

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS:

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA
EN LOS PROCESOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE 13 AÑOS
DONDE HA MEDIADO CONSENTIMIENTO, CAJAMARCA, 2013 – 2017.**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: MARCO RAFAEL TERÁN ARRIBASPLATA

Asesor:

M.Cs. HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT @ 2022 by
MARCO RAFAEL TERÁN ARRIBASPLATA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA
EN LOS PROCESOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE 13 AÑOS
DONDE HA MEDIADO CONSENTIMIENTO, CAJAMARCA, 2013 – 2017.**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: MARCO RAFAEL TERÁN ARRIBASPLATA

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar
Asesor

M.Cs. José Del Carmen Grández Odiaga
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Maribel Bringas Flores
Jurado Evaluador

M.Cs. David Alfredo Barreto Chiche
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL PÚBLICA DE TESIS

Siendo las 18:30 horas del día 25 de enero de dos mil veintidós, reunidos a través de Google meet meet.google.com/nnr-udjr-spp, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador presidido por el **M.Cs. JOSÉ DEL CARMEN GRÁNDEZ ODIAGA**, **M.Cs. SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES**, **M.Cs. DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR**; Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada: **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS PROCESOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE 13 AÑOS DONDE HA MEDIADO CONSENTIMIENTO, CAJAMARCA, 2013 - 2017**, presentada por el **Bach. en Derecho MARCO RAFAEL TERÁN ARRIBASPLATA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** la mencionada Tesis con la calificación de **dieciséis (16)**; en tal virtud el **Bach. en Derecho MARCO RAFAEL TERÁN ARRIBASPLATA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 19:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
M. Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar
Asesor

.....
M. Cs. José Del Carmen Grández Odiaga
Jurado Evaluador

.....
M. Cs. Sandra Maribel Bringas Flores
Jurado Evaluador

.....
M. Cs. David Alfredo Barreto Chiche
Jurado Evaluador

*A: Jacobo y Auristela Damita, mis
padres, pilares en mi formación
humana y profesional; y por estar
siempre en momentos difíciles
brindándome su amor, paciencia y
comprensión.*

AGRADECIMIENTO:

Agradezco, a mis padres, hermanos y profesores, a quien les debo gran parte de mis conocimientos, gracias a su paciencia y enseñanza; y finalmente un eterno agradecimiento a esta prestigiosa universidad la cual me abrió sus puertas, preparándome para un futuro competitivo y formándome como persona de bien.

Estoy a favor de la verdad, la diga quien la diga. Estoy a favor de la justicia, a favor o en contra de quien sea.

(Malcolm)

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	vii
RESUMEN	xii
<i>ABSTRACT</i>	xiii
INTRODUCCIÓN.....	xiv
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.2. Descripción del problema.....	7
1.3. Formulación del problema.....	7
1.4. JUSTIFICACIÓN	7
1.5. OBJETIVOS.....	9
1.4.1. Objetivo General	9
1.4.2. Objetivos Específicos.....	9
1.5. DELIMITACIÓN	10
1.5.1. Espacial.....	10
1.5.2. Temporal	10
1.6. EL TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.6.1. De acuerdo al fin que persigue	10
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación	11
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que utiliza.....	12
1.7. HIPÓTESIS.....	12
1.8. MÉTODOS Y TÉCNICAS.....	13
1.8.2. Métodos generales	13
1.8.1. Métodos jurídicos	14
1.8.3. TÉCNICAS.....	15
1.9. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	16
1.9.1. Población	16
1.9.2. Muestra.....	16
1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN	16
CAPÍTULO II	18
MARCO TEÓRICO	18
2.1. <i>MARCO IUSFILOSÓFICO</i>	18
2.2. MARCO HISTÓRICO	21
2.3. MARCO DOCTRINAL.....	23

2.3.1. Teoría de la pena	23
A. Aspectos introductorios	23
B. Teorías sobre el fin de la pena	24
2.3.2. Determinación judicial de la pena.....	28
A. Distinción conceptual entre individualización y determinación judicial de la pena	29
B. Aplicación de la determinación e individualización judicial de la pena..	31
2.3.3. Principio de proporcionalidad.....	32
A. Definición	32
B. Criterios del principio de proporcionalidad.....	34
C. Principio de proporcionalidad	36
D. El principio de proporcionalidad en su aplicación en el Derecho Penal	37
E. El criterio de proporcionalidad y su relación al momento de la aplicación judicial de la pena	39
2.3.4. Delitos contra la libertad sexual	40
A. Aspectos introductorios	40
B. Libertad sexual	43
C. Características de la libertad sexual.....	48
D. Su regulación en el Código Penal peruano	55
E. Bien jurídico a proteger	59
F. Los Delitos contra la Libertad Sexual e indemnidad sexual	60
G. Artículo 171 del Código Penal peruano.....	74
H. Artículo 174 del Código Penal peruano.....	81
2.3.5. Delitos contra la indemnidad sexual	86
A. Aspectos preliminares.....	86
B. Definición doctrinal.....	91
C. Definición jurisprudencial.....	92
D. Características.....	93
E. Regulación en el Código Penal peruano	95
F. Artículo 173 del Código Penal peruano	101
2.3.6. Consentimiento de la menor de catorce años en las relaciones sexuales	107
A. Criterios jurisprudenciales	107
a. Recurso de nulidad N°2311-2014 - Huánuco	107
b. Recurso de Nulidad 415-2015 - Lima Norte	108
c. Recurso de Nulidad N° 3303-2015-Lima.....	111
d. Recurso de Casación 335-2015 – Santa.....	114

e. Sentencia Plena Casatoria 1-2018/CIJ-433	117
B. Criterios doctrinales	120
a. Postura doctrinal de Paredes Pérez Jorge	120
b. Postura doctrinal de Guevara Vásquez Iván	121
c. Postura doctrinal de Pérez López Jorge	124
d. Postura doctrinal de Peña Cabrera Freyre	125
CAPÍTULO III	129
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	129
3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	129
3.1.1. Derechos y principios que respaldan la sanción de la violación sexual de menor de edad en la teoría, jurisprudencia y normativa penal.....	129
3.1.2. Analizar la casuística presentada en el distrito judicial de Cajamarca sobre procesos de violación sexual de menores de 13 años en los que ha mediado consentimiento durante los años 2013-2017.....	140
A. Criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad por expediente analizado	142
B. Verificación de los criterios para la aplicación de una pena gradual	147
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	158
3.2.1. El criterio de proporcionalidad entre los derechos inmersos dentro de los hechos imputados como delictivos	158
3.2.2. La graduación de la pena en base a las circunstancias sociales, psicológicas y antropológicas que rodean al hecho delictivo a fin de optimizar el principio de proporcionalidad	163
CONCLUSIONES.....	176
RECOMENDACIONES	177
LISTA DE REFERENCIAS	179

LISTA DE ILUSTRACIONES

Tablas

Tabla 01. Forma de aplicación del principio de proporcionalidad	141
Tabla 02. Postura de la Corte Suprema para resolver procesos por delitos de violación sexual a menores de 13 años.....	158

GLOSARIO

1. Conducta típica

Es la acción u omisión que despliega una persona, la cual se encuadra con la figura que describen las leyes como delito; es decir, la conducta se adecua a la descripción de la ley (Pérez y Merino, 2016).

2. Indemnidad sexual

Es una manifestación de la dignidad de la persona humana, este derecho, lo tiene todo ser humano para el libre desarrollo de su personalidad y sexualidad, sin intervenciones traumáticas, provocadas por terceros; las que podrían generar imborrables secuelas en la psiquis de la persona por periodos prolongados o de forma permanente (López, 2009).

3. Pena

Es la condena, la sanción o la punición que un juez o un tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito, el cual ha sido debidamente demostrado en un respectivo proceso judicial (Gardey y Pérez, 2012).

4. Principio

Es una proposición clara y evidente susceptible de demostración sobre la cual se funda una determinada valoración de justicia de una sociedad y se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado.

5. Esgrimir

Es el uso de algo como un medio para atacar, defender o argumentar.

RESUMEN

En el Perú, cuando la víctima es menor de 14 años y, a pesar de que haya prestado su consentimiento para el acto sexual, este es considerado delito de violación sexual de menor de edad; sin embargo, también se presentan casos en los que se suman circunstancias distintas a la agresión sexual propiamente dicha, esto es, la formación de una familia con hijos producto de la relación consentida; realidad social que se viene presentando en muchos lugares de la zona rural de nuestro país y Cajamarca no es la excepción. Es partir de este contexto que surge la presente investigación que responde al problema ¿Cuáles son los criterios jurídicos que motivan la determinación judicial de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años, cuando ha mediado consentimiento, en el distrito Judicial de Cajamarca, años 2013-2017? Para responder a esta pregunta, se estructuró una investigación básica empírica, con alcance descriptivo y con utilización de métodos cualitativos tales como el método de análisis y síntesis, el método hipotético deductivo; además, métodos específicos como el socio jurídico, el dogmático y el hermenéutico. Llegando a concluir que los criterios para motivar la determinación de la pena fueron la gradualidad y proporcionalidad, lo que ha generado el respeto del derecho a la familia, el interés superior del niño y el derecho al nombre del menor nacido como consecuencia de las relaciones sexuales sostenidas.

Palabras Clave. Conducta típica, indemnidad sexual, pena, determinación de la pena, violación sexual, consentimiento, proporcionalidad.

ABSTRACT

In Peru, when the victim is under 14 years of age and, despite having given consent for the sexual act, this is considered the crime of rape of a minor; However, there are also cases in which circumstances other than the sexual assault itself are added, that is, the formation of a family with children as a result of the consensual relationship; social reality that has been occurring in many places in the rural area of our country and Cajamarca is no exception. It is from this context that the present investigation arises that responds to the problem: What are the legal criteria that motivate the judicial determination of the penalty in the processes of rape of minors under 13 years of age, when consent has mediated, in the Judicial district of Cajamarca, years 2013-2017? To answer this question, a basic empirical research was structured, with a descriptive scope and with the use of qualitative methods such as the method of analysis and synthesis, the hypothetical deductive method; in addition, specific methods such as the socio-legal, the dogmatic and the hermeneutic. Concluding that the criteria to motivate the determination of the sentence were gradual and proportionality, which has generated respect for the right to the family, the best interests of the child and the right to name the minor born as a result of sexual relations. sustained.

Keywords. *Typical conduct, sexual compensation, penalty, determination of punishment, rape, consent, proportionality.*

INTRODUCCIÓN

La presente tesis, titulada: Principio de proporcionalidad y determinación de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años donde ha mediado consentimiento, Cajamarca, 2013 – 2017, busca determinar los criterios jurídicos para la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena en los procesos de violación sexual en menores de 13 años donde ha mediado consentimiento, del Distrito Judicial de Cajamarca.

Con esto se analiza la problemática existente sobre los criterios usados para determinar la pena para quienes cometen el delito de violación contra la libertad sexual de menores de 13 años. Para ello, se ha recurrido al análisis de sentencias de los Juzgados de Cajamarca, de las Casaciones y doctrina.

Esta investigación comprende tres capítulos: En el capítulo I, se hace referencia a los aspectos metodológicos, planteamiento del problema, los objetivos, la hipótesis y los métodos y técnicas que se utilizaron en la investigación.

En el capítulo II, se desarrollan los aspectos doctrinarios referentes a los delitos contra la libertad sexual y la indemnidad sexual, bienes jurídicos protegidos que preservan la libertad de decidir cuándo y con quien mantener relaciones sexuales. Así también, se desarrolla la doctrina sobre la pena y sus teorías para entender cuál es la naturaleza de la pena dentro del campo jurídico, observando los principios y/o garantías que deban aplicarse a un caso en concreto.

En el capítulo III, se desarrolla la contrastación de la hipótesis analizando los resultados obtenidos de la observación de las sentencias de los Juzgados Colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca y de las Casaciones de dicha materia. Llegando a establecer cuáles son los distintos criterios adoptados por los magistrados, al momento de determinar la pena en los procesos de violación

sexual de menores de 13 años, donde la víctima prestó consentimiento para la realización del acto sexual. Finalmente, sobre la base de todo lo desarrollado se plasmaron las conclusiones y recomendaciones respectivas.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho penal, como rama del Derecho, no se encuentra exento de cumplir con la finalidad organizadora de la sociedad que tiene este último, sin embargo, los mecanismos con los que cuenta para ello, suelen ser de mayor monta y, por tanto, suponer mayor restricción a los derechos de las personas que se encuentren inmersos en su aplicación.

Mir Puig (2003) señala:

De esta manera, su finalidad puede ser identificada teniendo en cuenta un fundamento funcional que se centra en el contenido de la pena y en la identificación de si esta responde a un criterio retributivo o preventivo y, en el caso de la prevención, si ha servido para la disminución de la delincuencia. (p. 98 y 99)

Aunado a dicho fundamento funcional, se cuenta con el fundamento político que realiza una discusión sobre la función de protección de los bienes jurídicos que ostenta el derecho penal, a través de la prevención de la comisión de delitos pero que, añade un componente social al exigir que esta rama del Derecho desarrolle la capacidad de satisfacer de manera eficiente la necesidad de protección de la sociedad, lo que exige además que se voltee a ver al derecho penal democrático que establece límites a la capacidad punitiva del Estado, mismos que son determinados por el

respeto de los derechos fundamentales de las partes, así como por la intervención de los principios que informan al derecho penal (Mir Puig, 2003).

De esta manera, podemos señalar que la actuación punitiva del Estado, además de encontrarse respaldada por la legalidad contenida en los códigos sustantivos y procesales, debe valerse de los principios y derechos que, en el contexto del Estado constitucional, constituyen límites a su actuación de cara a la eficacia de las garantías sociales que asisten a las partes (Ferrajoli, 1995). Algunas de estas garantías pueden ser identificadas en la tutela del debido proceso (art. 139, num. 3 de la Constitución Política del Perú) o del derecho de defensa (art. 139, num. 14 de la Constitución Política del Perú); pero también, en los principios que le dan contenido al derecho penal, tales como la mínima intervención, la *última ratio* y la fragmentariedad.

Todos estos principios, se basan en la verificación de la necesidad de aplicación del *ius puniendi* dado que “más allá de ella el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento” (Mir Puig, 2003, p. 109), de lo que se desprende que el derecho penal debe ser aplicado de manera subsidiaria, cuando otros extremos del derecho no hayan surtido efecto o no sean capaces de otorgar solución a la afectación del bien jurídico tutelado (principio de *ultima ratio*) y, sumado a ello, que la intervención de esta rama del derecho “no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino las modalidades de ataque más peligrosas para ellos” (Mir Puig, 2003, p. 110).

Principios que no acaban de ser comprendidos por el legislador, quien muchas veces no los tiene en cuenta “originando entonces una contradicción entre los imperativos de *lege ferenda* y *lege lata* que permite hablar de un *abuso* del poder punitivo por parte del Estado” (Mir Puig, 2003, p. 109).

Situación que parece presentarse en la tipificación del delito de violación sexual de menor de edad regulado en el artículo 173 del Código Penal, dado que, la preocupación por establecer formalmente un límite etario para la tutela del derecho a la indemnidad sexual, termina por desconocer la existencia de múltiples situaciones fácticas en las que la configuración de este derecho depende de consideraciones materiales y no formales.

Tan es así que, la actual regulación del artículo antes mencionado, contempla una pena privativa de la libertad de cadena perpetua para los casos en los que se haya presentado acceso carnal con un niño, niña o adolescente menor de 14 años, eliminando la graduación de pena que contenían las modificatorias anteriores a la impuesta por el artículo 1 de la Ley N.º 30838, publicada el 04 agosto 2018.

La razón de que se criminalice las relaciones sexuales de un adulto contra menores de 14 años de edad, aun cuando sean consentidas, ha intentado ser justificada en que el bien jurídico en estos delitos, no es la libertad sexual, que se conceptualiza como la afectación a la voluntad de elegir el cuándo, el con quien, el dónde y de qué modo tener una relación sexual, sino, la indemnidad o intangibilidad sexual.

Es decir, se protege el proceso de formación de voluntad del niño, niña o adolescente, pues se parte de la idea de que aún no están en condiciones de decidir sobre su sexualidad, es por ello que se denomina a este delito, de abuso sexual, y no de violación sexual como ocurre en los casos en que las víctimas cuentan con más de 14 años de edad, quienes estarían en posibilidad de decidir sobre su sexualidad.

Sin embargo, este tipo penal no tiene en cuenta la variación material que se presenta en el desarrollo psico sexual de las personas, pretendiendo resumir en una fórmula normativa de carácter formal, una situación desprendida del desarrollo del ser humano que se presenta de manera situacional o material.

Esto es lo que genera la constante presencia de situaciones problemáticas para su aplicación en casos que presentan características muy particulares en los que, la aplicación de la potestad punitiva del Estado, lejos de tutelar un bien jurídico determinado, con la aplicación del presente artículo, podría terminar por afectar los derechos fundamentales de las partes, contraviniendo así la finalidad política del derecho penal antes mencionada y los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad que se instituyen como sus límites.

Los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca, no son ajenos a esta problemática; es así que en el Exp. 0432-2016, se condenó a 30 años de pena privativa de libertad a un joven de 19 años que

tuvo relaciones sexuales consentidas con su enamorada de 13 años de edad, siendo que, luego de apelada la sentencia, la sala de apelaciones le redujo la pena a 15 años de pena privativa de libertad efectiva, invocando la Casación N° 335-2015 - Del Santa, la misma que declaró como doctrina jurisprudencial en casos de una relación sexual consentida (ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal), cuando la agraviada tenga proximidad a los catorce años de edad con el agente (diferencia etaria) y no exista afectación psicológica.

En otro caso seguido en el Exp. 2011-2006 (Chota), se condenó a 4 años de pena privativa de libertad suspendida a un joven que tuvo relaciones con una menor de 13 años de edad, caso que fue reabierto cuando la agraviada ya tenía 24 años y 2 hijos con el acusado por lo que los magistrados motivaron su decisión en aplicación del principio de proporcionalidad, imponiéndole al acusado una pena suspendida en su ejecución. Es decir, el acusado en dicho caso no fue recluido en un establecimiento penitenciario.

Se han presentado también otros casos como el contenido en el Exp. 204-2006 (Celendín) en el que se condenó a 7 años de pena privativa de libertad efectiva a un joven de 19 años que tuvo relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años de edad, con quien incluso engendraron una niña (11m), la decisión fue motivada en base a la Casación 332-2015 - Del Santa, la aplicación del beneficio premial por el reconocimiento de los hechos de parte del acusado y la aplicación del principio de resocialización.

En este pronunciamiento la Corte Suprema señaló además que la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22, segundo párrafo del Código Penal (imposibilidad de aplicar atenuante por responsabilidad restringida en delitos sexuales), vía control difuso, es compatible con la Constitución y finalmente para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudir al artículo 29 del Código Penal, es decir se aplicará una pena entre los 2 días y 35 años de pena privativa de libertad.

Casación que ha sido dejada sin efecto por la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433 del 18 de diciembre de 2018, en la que se estableció que la pena de cadena perpetua conminada en el artículo 173 antes señalado, no es inconstitucional ya que el bien jurídico vulnerado es la indemnidad sexual y su adecuado proceso de formación; no obstante, en materia de determinación e individualización de la pena, exige que el juez penal sea muy riguroso al analizar la situación, tomando en cuenta los principios contemplados en los artículos VIII y IX del Título Preliminar y 45, 45A y 46 del Código Penal, preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena; que favorecen al principio de legalidad y, principalmente, el de proporcionalidad.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En este sentido, a efectos de contar con un consolidado acerca de la motivación con la que cuentan la sentencias judiciales del Distrito Judicial de Cajamarca en materia de determinación de la pena, en los casos que se han presentado circunstancias particulares relativas al consentimiento en relaciones sexuales mantenidas por menores de 13 años, consideradas formalmente delito de violación sexual de menor de edad; la presente investigación tiene por finalidad determinar los criterios que han sido utilizados en las sentencias correspondientes y, en ese sentido, presentarlos como resultado de la investigación.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los criterios jurídicos que motivan la determinación judicial de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años, cuando ha mediado consentimiento, en el distrito Judicial de Cajamarca, años 2013-2017?

1.4. JUSTIFICACIÓN

La importancia de esta investigación se sustenta en conocer los criterios jurídicos que utilizaron los jueces de los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca para justificar la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de determinar la sanción penal en las sentencias condenatorias por el delito de Violación Sexual, en agravio de menores de 13 años y con ello compatibilizar las exigencias propias del control social formal del cual el Derecho Penal es parte y sobre todo de los principios fundamentales.

De esta manera, se han elaborado una serie de fundamentos que permiten la inclusión de la proporcionalidad y gradualidad en la redacción del artículo 173 del Código Penal, alejando su aplicación de la simple mecánica formal que involucra la fijación del límite de edad como presupuesto para sancionar una conducta que afecta la indemnidad sexual.

Finalmente, esta investigación permitirá mejorar la labor fiscal, sobre todo a los fiscales penales logrando disponer que los casos de violación sexual a menores de 14 años sean concluidos a través de los procesos especiales como la Terminación Anticipada o Procesos Inmediatos; de esta manera se buscará un beneficio en aras de la celeridad procesal y de una correcta y debida administración de justicia, beneficiando tanto al aparato estatal como al imputado y sobre todo a la presunta agraviada.

Por otro lado, resulta importante tener en cuenta, que ante la existencia de hijos entre el procesado y la agraviada, el Estado asuma su rol de proteger, promover y consolidar a la familia antes que destruirla con la imposición de una pena no menor de 30 años o de cadena perpetua, en el caso de la última modificatoria. Además, evitar se utilicen de manera incorrecta, figuras como el error de tipo, el error culturalmente condicionado y se genere impunidad convirtiendo al Derecho Penal en uno Simbólico.

Es importante, conocer cuáles son los criterios jurídicos utilizados por los jueces en la aplicación del principio de proporcionalidad durante el procedimiento de determinación de la pena en los procesos de violación

sexual de menores de 13 años donde ha mediado consentimiento, a fin de proteger otros derechos fundamentales en consonancia con la Constitución y las normas convencionales, como ejemplo, el derecho a la familia, el interés superior del niño, y el derecho al nombre.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo General

Determinar los criterios jurídicos que motivan la determinación judicial de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años, cuando ha mediado consentimiento, en el distrito Judicial de Cajamarca, años 2013-2017.

1.5.2. Objetivos Específicos

- A.** Analizar los derechos y principios que respaldan la sanción de la violación sexual de menor de edad en la teoría, jurisprudencia y normativa penal.
- B.** Analizar la casuística presentada en el distrito judicial de Cajamarca sobre procesos de violación sexual de menores de 13 años en los que ha mediado consentimiento durante los años 2013-2017.

1.6. DELIMITACIÓN

1.6.1. Espacial

La presente investigación se desarrollará en el ámbito de competencia de los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca.

1.6.2. Temporal

La investigación, abarcará las resoluciones de casos en los cuales se aplican el principio de proporcionalidad, en base a criterios jurídicos, durante la determinación de la pena de los procesos de violación sexual en menores de 13 años donde ha mediado consentimiento, durante los años 2013 a 2017.

1.7. EL TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

Porque permite ampliar los conocimientos respecto a la forma cómo se han venido utilizando los criterios para la determinación de la pena en casos de violación sexual a menores de 13 años en el distrito judicial de Cajamarca. “Teniendo en cuenta que, una investigación básica constituye el fundamento de otra investigación” (Carruitero, 2014, p. 177).

En este caso, el conocimiento que pretende incrementarse, está referido no únicamente a la comprensión de la actuación judicial y los criterios que dentro de este aspecto del Derecho se han desplegado para resolver los casos relativos a la violación sexual de menores de 13 años, sino que, a partir de estos, se pretende consolidar un conocimiento doctrinario que sirva posteriormente a la modificación normativa o a su aplicación teniendo en cuenta la realidad reflejada en la práctica judicial.

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

Porque se buscó detallar los criterios que se tuvieron en cuenta para determinar la pena en casos de violación a menores de edad de 13 años, de tal forma que se comprenda la relación entre criterios. “Teniendo en cuenta que una investigación descriptiva se centra en la medición de una o más variables, de uno o más criterios, en una población definida o en una muestra de la población” (López, 2009, p. 45).

En el caso de la presente investigación, no puede utilizarse el término variables, dado que es básica, pero sí el término criterios, que son precisamente el objeto en el cual se ha centrado la misma, de tal manera que, una vez identificados, estos han sido analizados y, posteriormente, convertido en insumo para la construcción de una nueva propuesta dogmática relativa a la

determinación de la pena en procesos por violación sexual de menor de edad en los que media consentimiento.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que utiliza

A. Cualitativa

Porque no se recurre al uso de datos estadísticos. Los resultados se basan en el análisis de cualidades de las variables y de los criterios que tienen relación con la determinación de la pena para quienes han cometido el delito de violación sexual a menores de edad de 13 años. “Pues, una investigación cualitativa es cuando se recurre a la riqueza interpretativa y el análisis del problema dentro de un contexto” (Hernández, Fernández y Batista, 2006, p. 3).

1.8. HIPÓTESIS

Los criterios jurídicos que motivan la determinación judicial de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años, cuando ha mediado consentimiento, en el distrito Judicial de Cajamarca, años 2013-2017, son:

- A.** El criterio de proporcionalidad entre los derechos inmersos dentro de los hechos imputados como delictivos.
- B.** La graduación de la pena en base a las circunstancias sociales, psicológicas y antropológicas que rodean al hecho delictivo a fin de optimizar el principio de proporcionalidad.

1.9. MÉTODOS Y TÉCNICAS

1.9.1. Métodos generales

A. Analítico-sintético

Este permitió analizar las normas que tienen relación con la determinación de la pena en caso de pena privativa de libertad a quienes han cometido delitos contra la libertad sexual a menores de 13 años.

“En el método analítico el jurista tiene que formarse una opinión sobre cada uno de los elementos que integran un acto jurídico” (Carruitero, 2014, p. 124).

El método analítico no puede comprenderse sin el método sintético, vale decir, el primero busca descomponer en sus mínimas expresiones a los componentes de la investigación; en este caso, el delito de violación sexual de menor de edad, la determinación de la pena y las funciones de los juzgados colegiados en torno a la motivación; luego de lo cual, una vez comprendido cada elemento de su composición y rescatados aquellos que resultan eficientes para la tutela de los derechos de los justiciables, dentro de los cuales se ubica a la víctima, pero también al imputado; es posible proponer una nueva construcción funcionalmente más adecuada a tal finalidad; esto último, se logra con la utilización de la síntesis.

B. Deductivo

“Este método permite partir de la generalidad llegar a situaciones específicas” (Lamprea, 1982, p. 163). Así, permitió a partir de las normas y de los hechos, deducir situaciones específicas, para comprender los criterios utilizados para determinar la pena en casos de violación a menores de 13 años; así como, a través de las generalidades obtenidas dentro de la ciencia jurídica, obtener conclusiones que condensen los criterios judiciales analizados.

1.9.2. Métodos jurídicos

A. Dogmático

Este método permitió analizar las normas relacionadas con la determinación de la pena en casos de violación contra la libertad sexual a menores de 13 años. “El método dogmático, implica la aplicación formal a los casos de derecho o para resolver los casos de derecho” (López, 2009, p. 45).

El método dogmático jurídico, dentro del seno del positivismo, inició como un método casuístico que se basaba en la norma positiva para otorgar solución a los casos concretos; no obstante, los dogmas jurídicos han ido sobrepasando los límites del positivismo y, en la actualidad, se encuentran referidos a los contenidos o valores jurídicos que se tornan en figuras o instituciones jurídicas, ya sea que estas se recojan o no en la norma positiva.

B. *Ratio legis*

Este método se utilizó para interpretar las normas jurídicas relacionadas con la determinación de la pena en casos de violación a la libertad sexual a menores de 13 años.

Por eso, “cuando se utiliza el método de la *ratio legis*, implica extraer el significado de las normas jurídicas la razón de la norma, que debe ser encontrada en el propio texto” (Rubio, 2018, p. 90).

1.9.3. TÉCNICAS

A. Análisis documental

Esta técnica se utilizó para el análisis doctrinal y la entrevista a la sentencia, así como para la sistematización de información respecto a los casos de violación sexual a menores de 13 años. El instrumento utilizado para esta técnica es la Ficha de Cotejo y la entrevista a la sentencia.

B. Técnica de procesamiento de datos

Primero se fijó la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena de los procesos de violación sexual en menores de 13 años del Distrito Judicial de Cajamarca; luego se determinó el índice de relaciones sexuales en menores de 13 años en el Distrito de Cajamarca; después se analizó los criterios judiciales que han sido aplicados antes y después de la Casación N° 335-2015 - Del Santa; y posteriormente se estableció las ventajas jurídicas que trae consigo la aplicación de criterios uniformes respecto al principio de

proporcionalidad en los delitos de violación sexual de menores de 13 años.

1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA

1.10.1. Población

Once sentencias respecto a violación sexual a menores de edad de 13 años disponibles en los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca, durante el periodo 2013 a 2017.

1.10.2. Muestra

Teniendo en cuenta el número reducido de casos que reúnan las condiciones propias de la presente investigación, se ha optado por considerar todos las existentes, con lo que la población y muestra son equivalentes en número, a saber, once sentencias condenatorias expedidas por los Juzgados Colegiados Penales del Distrito Judicial de Cajamarca; y la Casación N° 335-2015 - Del Santa.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Luego de revisar los trabajos de investigación en los repositorios de las universidades locales y nacionales, se ha considerado al trabajo de investigación de posgrado titulado: La pena aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos, presentado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, presenta entre sus conclusiones la siguiente:

La dogmática penal dominante admite que no solo la capacidad de reproche del sujeto agente del delito, sino su grado de culpabilidad, deben ser valoradas por el órgano jurisdiccional al sancionar el ilícito tipificado como delito. Consecuentemente, se debe advertir si el sujeto es imputable (capacidad y culpabilidad), conocía la antijuridicidad del hecho o se lo pudo exigir una conducta distinta a la cuestionada. Además, es admitido por la dogmática que la necesidad de pena se condice con sus fines de prevención general y especial, que en un Estado Social y Democrático de Derecho debe tener límites referidos a la proporcionalidad de la pena que corresponde precisamente a la culpabilidad y/o grado de la misma. (Vásquez, 2003, p. 63)

En el trabajo citado, respecto la determinación de la pena, solo hace evidencia respecto a situaciones generales respecto a determinar la pena; sin embargo, con el presente trabajo de investigación se busca determinar los criterios que los jueces utilizaron al determinar la pena en casos de violación contra la libertad sexual a menores de 13 años de edad, en los juzgados unipersonales de Cajamarca, durante el periodo 2013 a 2017.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

En un Estado Constitucional de Derecho, los derechos de todas las personas se respetan bajo el parámetro de las normas que regulan las relaciones entre ellas. Por ello, la Constitución por la supremacía que tiene, así como el carácter vinculante, condiciona a que la aplicación de las normas se realice en irrestricto respeto a los principios constitucionales. Asimismo, cuando se desarrolla un proceso penal determinado, también se realiza dentro de los parámetros constitucionales, vale decir el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de presunción de inocencia y los demás que involucran.

En el caso de los delitos contra la libertad sexual, es importante que se realice la protección a la víctima y se procese al victimario teniendo en cuenta los diversos factores evaluables por las normas, de tal forma que al momento de la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito, se tenga en cuenta la dignidad de la persona humana, sobre todo si es una menor de edad, como bien lo ha sentado el acuerdo plenario N° 01-201/CJ-116 sobre la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, al indicar en su fundamento jurídico 16 que en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la

conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es un una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada *intangibilidad o indemnidad sexual*. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

Por otro lado y en correlación a la protección de la dignidad de las personas, eje número uno, en función al cual se determinan la penas para quienes cometen el delito contra la libertad sexual en su modalidad de violación a menor de edad de 13 años, de tal forma que más allá de las situaciones familiares, edad de quien comete el delito, el entorno familiar de la víctima, entre otros factores, es importante, por tratarse de un delito denigrante que se apliquen principios fundamentales del Derecho, de tal forma que tanto jurídicamente y socialmente se evidencie una real protección a las víctimas, de tal forma que se optimice la protección a los menores con aplicación de penas, las mismas que evidencien una correcta aplicación de las normas sancionadoras, así como de una protección y prevención del delito en la sociedad.

El Acuerdo Plenario n. 07 – 2007/CJ-116, indica que es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan, por ello y desde la perspectiva del principio de

proporcionalidad es indispensable que se adecue la cantidad y calidad de la pena al daño causado a la víctima en relación al perjuicio que con el delito se cause a la sociedad y al grado de culpabilidad y por último al costo social del delito.

Tal fundamento sirvió para establecer factores complementarios para determinar y justificar el tratamiento penal privilegiado del agente, entre ellos: a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva, b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana y, d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Más aún si tenemos en cuenta la gravedad de la pena privativa de libertad, que se le impone a los sentenciados por el delito de violación sexual a menores de edad. La imposición de la misma, debería observar los principios y garantías constitucionales y supra constitucionales.

No debemos dejar de lado, lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia n. 00008/2012 PI/TC del 07 de enero de 2013 que dejó zanjado el debate jurídico reafirmando que los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad como sujetos de derecho con capacidad para decidir sobre su sexualidad, reafirmando que esta libertad se encuentra en la esfera de lo

privado de cada persona y en decisión de aceptar este tipo de actividades sexuales de manera personal, correspondiendo al estado realizar la difusión sobre temas de responsabilidad sexual.

Realidad social que advirtió el Tribunal Constitucional al reconocer la autodeterminación de dicho sector poblacional para decidir sobre aspectos vinculados con el ejercicio de su sexualidad saludable y responsable, pero también solicita que se enfatice la creación de políticas públicas vinculadas con educación sexual integral y acceso a servicios diferenciados para adolescentes, los cuáles, desde el 2012 hasta la fecha no han sido suficientes para contrarrestar esta realidad social, siendo necesario que el Derecho vaya a la par con ella.

2.2. MARCO HISTÓRICO

En el artículo titulado: Aplicación del principio de proporcionalidad en la sentencia Casatoria 335-2014, cuyos autores concluyen que existen normas jurídico-penales establecidas para cierto tipos de delitos y dentro de ellas no se han previsto ni subsumido la variedad que puedan presentarse, como es el caso de un joven de 19 años mantenga relaciones sexuales con una menor de 13 años sin recurrir a la violencia física, y éste sea acusado por violación sexual, pidiéndose la aplicación de la pena máxima, cuando el hecho típico se aproxima a una seducción debido a que la edad de la menor se aproxima a 14 años (Núñez y Flores, 2017).

Es importante para nuestra investigación porque las penas máximas no deberían aplicarse cuando existen criterios como la falta de violencia física, psicológica o amenaza, por lo que es necesario establecer una proporcionalidad en la aplicación de la pena en los delitos de violación sexual de menores de 13 años.

Asimismo, mediante la Casación N° 335-2015 - Del Santa, publicada en el diario El Peruano, con fecha 19 de agosto del 2016, se determina criterios para la determinación judicial de la pena en los casos de violación sexual de menor de edad, los cuales son: La ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; la proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; la afectación psicológica mínima del sujeto pasivo y la diferencia etaria entre la víctima y el sujeto activo del delito; lo cual se ha considerado como doctrina jurisprudencial vinculante.

Por su parte nuestra investigación se enfoca a los criterios jurisdiccionales que también deben ser aplicados en caso de uniones de hecho y promesa de matrimonio que se hayan celebrado entre la víctima y agresor de violación sexual, costumbres, tradiciones, características personales del sujeto pasivo, la ausencia de cualquier tipo de violencia, la existencia de hijos, la actuación de una pericia antropológica, de esta manera se aplicaría correctamente el principio de proporcionalidad de la pena, en base a criterios que bien ser considerados en estos casos, e incluso ser considerados como circunstancias atenuantes.

Puesto que cada caso de violación sexual contra menor de edad, tiene sus propias peculiaridades y eventualidades, que deben ser analizados y tomados en cuenta por los magistrados al momento de imponer la sanción punitiva.

2.3. MARCO DOCTRINAL

2.3.1. Teoría de la pena

A. Aspectos introductorios

Meini (2013) refiere que el punto importante a estudiar en cuanto a la legitimación de la pena, será visto en su aplicación y su correspondiente efecto jurídico, más no desde un ámbito natural como la ausencia del condenado del seno familiar o el placer que experimenta la víctima cuando se condena a su agresor.

De igual manera advierte:

La respuesta debe ir por comprender a la pena como medio al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, y que supone atribuir un significado directivo, en este sentido, imperativo, de regulación social, a la norma jurídico-penal, asignándole la función de crear expectativas sociales. (Meini, 2013, p. 142)

Sin embargo, eso no significa que en el canon hermenéutico se deje de lado la posibilidad de que la pena sea analizada desde su punto de vista social, pues, así como la libertad jurídicamente garantizada que delimita la norma de conducta no es solo un vínculo entre el destinatario de la norma y el Estado; sino que

enlaza a todos los ciudadanos entre sí y con el Estado, pues se trata de respetar la libertad de actuación del otro como se pretende que la de uno sea respetada (Meini, 2013).

Zulagdia y Pérez (2002) señalan que:

La teoría de la pena no se encamina en el sentido de ir por la definición de la pena, pues la misma como tal, es consecuencia o castigo a la conducta reprochable penalmente hablando, del sujeto agente que la realiza. Se inclinan por entender a la misma, como un conjunto de axiomas o principios legitimantes del Derecho penal, que se reducen a dos fórmulas: Las que legitiman la pena por su función metafísica de realizar las exigencias de valores absolutos como la Justicia o el Derecho (teorías absolutas) y las que legitiman la pena por sus consecuencias sociales, por su función socialmente útil (teorías relativas, teorías de la unión y teoría de la prevención general positiva). (pp. 58-59)

B. Teorías sobre el fin de la pena

En la exposición líneas arriba, en cuanto a esta figura, se ha tejido la misma en considerar a las denominadas teorías absolutas, por un lado, y por el otro, a las referidas a las teorías relativas, cada una de éstas, mencionadas y desarrolladas a continuación.

a. Teorías absolutas

Sobre aquellas, para encontrar la génesis cognoscitiva en cuanto a su regulación, podemos señalar que la misma es una respuesta en un sentido ideológico a la devaluación histórica que ha tenido el hombre.

Explica Durán (2011):

Esto explica que el enfoque central sea determinar cuál sería la reacción o consecuencia desde un plano moral de la persona que es sancionada, por parte de una dirección de gobierno abusivo, y en el mismo sentido, en una postura contraria a las concepciones utilitaristas de la pena, que, dicho sea de paso, son explicadas bajo un contexto del contrato social. (p. 03)

Las teorías absolutas de la pena, tiene el fundamento jurídico y el sentido de esta, únicamente en la retribución y a través de la cual se hace justicia al culpable de un delito. Caracterizándose únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente. La base ideológica de las teorías absolutas radica en el reconocimiento del Estado como guardián de capacidad del hombre para auto determinarse.

Las notas características de esta teoría, según refiere Migliardi (2011) se desglosan en dos supuestos; por un lado, está constituida por la tesis de que la pena, el castigo penal, no puede perseguir jamás fines útiles de evitación o de prevención del delito, y esto es porque la idea se basa en el concepto de dignidad humana sustentado por los partidarios de la teoría de la retribución, concepto que se vería conculcado en el caso de que el hombre fuese utilizado como un animal, para orientar su comportamiento en sociedad a través de la pena. Sea con la

amenaza de ésta, para que se abstuviera de realizar ciertas conductas o, con la aplicación directa de la sanción penal.

Por el otro lado, se tiene la idea de comprender o interpretar el por qué se conmina a la realización de valores absolutos, que la aplicación de la sanción punitiva sea conducente al delito. En ese sentido, para los seguidores de esta teoría, que no se verifique la parte ejecutiva de la pena, sería una conducta no aceptada y no correspondiente, en ninguna de sus formas a la teoría de la pena (Migliardi, 2011).

Podemos señalar a modo de conclusión que estas figuras, atienden solo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. “Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido, es decir, es la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida” (Bramont, 2000, p. 34).

b. Teorías relativas

Tiene como su máximo estandarte a Emanuel Kant (ley penal como imposición categórica) y a Hegel, filósofo y jurista alemán, con su delito como negación del derecho y a la pena como negación de la negación (Ministerio Público; 2016).

Su postulado se enmarca en que la pena no encuentra la justificación para su aplicación en el Derecho penal, como una

reacción retributiva frente al mal que se ha cometido, por parte del agente que despliega conductas reprochables penalmente, sino, como una modalidad de prevenir delitos futuros.

De ahí, que se configura lo que es la denominada prevención. Es decir, evitar la comisión de hechos penalmente relevantes dentro de una sociedad.

c. Teorías mixtas

Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión tratan de mediar entre las teorías absolutas y relativas como una solución en la lucha de escuelas, es decir recogen de una y de la otra lo mejor y no llegan a satisfacer totalmente a nadie. Esto se debe a que las teorías de retribución y prevención resultan antípodas, por lo tanto, no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente.

La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir. Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo, el mérito de haber superado la parcialidad, tanto de las teorías absolutas como de las relativas. “Ninguna de estas dos teorías, puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, ya que, solo fijan su atención en partes de ese fenómeno” (Bramont, 2000, p. 80).

Las teorías mixtas intentan mediar entre las teorías absolutas y las relativas con la finalidad de reunir los fines de la pena en una relación equilibrada, es decir que, durante la ejecución de la pena, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial. Ello debido a que, el delincuente estando recluido en prisión, debe recibir la educación y socialización suficiente para alcanzar un grado evolutivo que al devolverlo a la vida en comunidad no vuelva a delinquir, siendo la pena limitada en la medida de su culpabilidad.

2.3.2. Determinación judicial de la pena

Cuando se inicia una investigación por un hecho que es de interés penal, al momento de disponer la consecuencia jurídica por dicho hecho que se ha cometido por un determinado agente, se establecen una serie de criterios a tomar en consideración para precisar la temporalidad y el modo de imponer una pena. Lo que llamamos como la determinación judicial de la pena.

Demetrio (2015) señala que el “legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo” (p. 77). Según dicho autor, puede entenderse en modo concreto:

Como un proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal, en el que se fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad y se decide la clase y cantidad de pena, todavía en abstracto, que hay que imponer a un hecho. (Demetrio, 2015, p. 77)

Por su parte, Velásquez (2015) la concibe desde dos aristas, en sentido estricto y el amplio:

En sentido estricto, designa la operación mental por medio de la que el juzgador realiza un proceso de valoración y cuantificación, y se expresa en cifras concretas la magnitud de la sanción imponible, por lo que se le llama cuantitativa; el segundo, hace referencia a un campo mucho más vasto que trasciende la tarea de medición judicial propiamente dicha, pues también corresponde al juez ocuparse en el procedimiento relativo a todas aquellas cuestiones atinentes a la ejecución penal, como la suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento en un determinado establecimiento, la imposición de especiales deberes, la forma como se paga la multa, etc.; de ahí que se le conozca como cualitativa. (p. 104)

En ese orden, tenemos lo que precisa Prado (2015), “para quien la figura mencionada parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político criminal” (p. 48).

A. Distinción conceptual entre individualización y determinación judicial de la pena

Hay una separación epistemológica entre lo que se considera individualización, respecto a la determinación judicial de la pena;

pues la individualización judicial de la pena en sentido estricto es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y la pena de multa.

“A la individualización judicial de la pena en sentido amplio pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros sustitutivos penales” (Demetrio, 2015, pp. 78-79).

Se suele distinguir entre una y otra, tal como lo menciona Velásquez (2015), a partir de la distinción alemana derivada de su artículo 46 del CP, con lo que se quieren separar con claridad los momentos legal y judicial de dicha figura; ello, en términos criminológicos, equivale a distinguir entre la criminalización primaria y la criminalización secundaria.

La determinación o individualización abstracta genérica comprende todo lo relativo a las nociones, especies penales y límites de la pena; al paso que la específica alude a la asignación de la pena a los delitos particulares y a la valoración de las circunstancias influyentes en estos. Señala Velásquez (2015) que la determinación o individualización concreta genérica se refiere a aquellas normas y reglas que afectan al modo de aplicación de

la pena en general; y, la específica, a la aplicación de la pena al caso singular, esto es, la verdadera medición de la pena.

B. Aplicación de la determinación e individualización judicial de la pena

Para Mendoza (2015):

Estas figuras se concretan en el momento judicial, pues se tiene el contexto fáctico de la comisión del hecho delictivo y a su presunto autor, datos que permitirán, recién asignar un significado normativo a las pautas constitucionales y legales, establecidas para el proceso de individualización de la pena. (p. 101)

A pesar de efectivizarse en la praxis, por el ámbito judicial, tal como refiere Maier, como se citó en Avalos (2015):

La simple experiencia puede verificar que el capítulo dedicado a la individualización de la pena, además de abarcar un porcentaje ínfimo de la sentencia, queda librada al más absoluto arbitrio judicial que, sin sujeción a ninguna de las formas rígidas establecidas para reconstruir el hecho y arribar al fallo de culpabilidad, mide la reacción penal que va a aplicar con métodos que carecen de un fundamento racional. En el mejor de los casos se halla allí un simulacro de fundamentación que la mayoría de las veces acude a meras abstracciones -que la ley penal contiene como parámetros para medir la pena-, sin concretarlas ni demostrarlas en el caso particular de que se trata (p. 24).

Muy a pesar de la aplicación de políticas que importen la reducción, y más aún, la efectivización de penas que vayan en concordancia con el hecho realizado por el agente, sobre todo en nuestro país.

Por eso, Ávalos (2015) señala que:

La carencia de una teoría que englobe de manera estructurada la determinación judicial de la penal que aplican los operadores jurisdiccionales, son sujetos o expuestos por parte de algunos jueces, de decisiones arbitrarias, que no se condicen con criterios propios como el de razonabilidad, y están expuestos a líneas improvisadas en la sanción que éstos imponen, por lo que muchas veces se burbujea en el azahar, en estas resoluciones penales, antes de que, las mismas, como debería ser, sean consecutivas, motivadas de modo concreto y correcto, que además, no deje espacio a las posibles afectaciones a derechos de defensa de las partes procesales. (p. 25)

2.3.3. Principio de proporcionalidad

A. Definición

El ordenamiento jurídico peruano ha previsto en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, regulado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, la cual establece que:

Quando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.

Dos principios rectores no solamente de la actuación jurisdiccional, sino, de todas y cualquiera de las funciones de gobierno que son ejercidas como poder constituido; vale decir, la función legislativa, la función ejecutiva, la función administrativa, la función representativa y todas aquellas que se desprendan del encargo realizado por la población a sus representantes.

Así, el Tribunal Constitucional peruano en el expediente N° 0010-2000-AI/TC, de 03 de enero de 2003, menciona que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho.

En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no.

La existencia del principio de proporcionalidad como un principio del ordenamiento jurídico peruano: “es invocable en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción” (Castillo, 2004, p. 04).

El Estado de derecho fundamenta el principio de proporcionalidad en la medida que, al sujetarse el poder político a la Constitución, se sujeta también a los dispositivos constitucionales que reconocen y garantizan derechos. Señala Castillo (2004) “lo que le obliga a un respeto irrestricto de los mismos y, en todo caso, a que la afectación de los derechos sea razonable y equilibrada” (p. 07).

B. Criterios del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades.

Para Aguado (2010) el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, está integrado por tres sub-principios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que, en esta rama del ordenamiento jurídico, y en relación con la principal consecuencia jurídica derivada del delito, la pena.

a. Criterio de idoneidad

Este criterio tiene una doble exigencia: a) En primer lugar requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho constitucional tenga un fin; b) en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. No cualquier finalidad sirve para legitimar un acto que restringe derechos fundamentales.

El fin que ha de perseguir la medida es que debe ser constitucionalmente permitido y socialmente relevante. Cuando se enjuicie la idoneidad de la medida para alcanzar el fin, el criterio debe ser realizado siempre en el presente, de modo que puede ocurrir que una medida que en su origen fue no idónea,

con el tiempo y el cambio de circunstancias puede haber devenido en idónea o viceversa (Castillo, 2004).

b. El criterio de necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el criterio de idoneidad no por ello se ajusta al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar el criterio de necesidad. Este criterio, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental afectado que otras medidas igualmente eficaces; este criterio solamente se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue.

“Por ello se afirma que el criterio de necesidad es un juicio plurilateral pues exige un juicio con respecto al fin que se persigue y con respecto a otras posibles medidas igualmente eficaces” (Castillo, 2004, p. 10).

El principio de proporcionalidad en sentido estricto viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina.

c. El criterio de proporcionalidad propiamente dicho

Criterio que responde a la idea de evitar una utilización arbitraria y desproporcional de las medidas que conllevan a la limitación de los derechos fundamentales, criterio que a continuación será analizado con más detalle.

C. Principio de proporcionalidad

Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el criterio de idoneidad y de necesidad, no significa que sea proporcional. Es necesario aprobar el criterio de proporcionalidad en sentido estricto.

Este exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada.

Por lo que a mayor beneficio se permitirá un mayor costo; es decir, este criterio permitirá concluir que una medida es razonable si se produce una restricción del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con el fin. (Castillo, 2004).

D. El principio de proporcionalidad en su aplicación en el Derecho Penal

Cuando se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito penal, se trata de establecer si la intervención del poder punitivo en la esfera jurídica de derechos como la libertad, es proporcional; es decir, “si se trata de una intervención idónea, necesaria y equilibrada, proporcionada en sentido estricto” (Castillo, 2004, p. 16).

En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 01010-2012-PHC/TC, establece que el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, en donde la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial con arreglo a la Constitución, por lo que existe una presunción de que el quantum de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica. El principio la proporcionalidad en el ámbito penal es garantista, es decir, sirve para determinar los grados máximos de penalidad y no para definir grados mínimos irreductibles.

Señala Castillo (2004):

Esto significa que en sentido estricto está pensado para impedir que se condene a un sujeto a una pena mayor a la que resulte de la relación de adecuación entre la importancia del bien jurídico lesionado, la gravedad en su afectación, la gravedad de la conducta y las calidades subjetivas del imputado. (p. 22)

En el Derecho Penal, se habla de proporcionalidad en sentido abstracto y en sentido concreto, en el ámbito abstracto se señala que este, se da fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que le corresponde en exclusiva al legislador y que, por consiguiente, no se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento y entre los principales valores a tener en cuenta se tiene: La importancia del bien jurídico; grado de ofensa al bien jurídico protegido; elemento subjetivo del desvalor de acción; la trascendencia o nocividad social del hecho delictivo; grado de ejecución; y grado de participación (Aguado, 2010).

En cuanto a la proporcionalidad concreta, esta ópera fundamentalmente cuando el legislador deja en manos del Juez o Tribunal un cierto grado de discrecionalidad en la imposición de la pena, estando obligado el Juez o Tribunal a ajustar la pena exacta a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad.

Al respecto Aguado (2010), señala que:

Este principio juega un papel fundamental en el margen de arbitrio que le queda en la determinación cuantitativa al apreciar las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido que atienden tanto a la gravedad del hecho como a las circunstancias personales del delincuente, es decir, a las necesidades de prevención especial. (p. 282)

E. El criterio de proporcionalidad y su relación al momento de la aplicación judicial de la pena

Según Mendoza (2015), refiere al criterio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa a utilizar en el proceso de individualización de la pena, debiendo diferenciarse de la acepción estrictamente penal, material o procesal, que lo comprende como prohibición de exceso, o como una característica de la pena, o como principio del Derecho Penal, que incide en la relación entre magnitud de injusto y culpabilidad, proporcionalidad a la magnitud de la pena.

La aplicación de la proporcionalidad en los casos de determinar judicialmente la pena, es de preponderante importancia, toda vez que importa la reducción o la supresión de la arbitrariedad en la aplicación de la pena, en términos cuantitativos.

Además, sirve como herramienta para la ponderación entre principios constitucionales en conflicto, pues la optimización de un principio implica la menor satisfacción del otro. Corresponde al juez evaluar si esa reducción es proporcionada, conforme a la importancia del principio afectado.

De cara al proceso de individualización judicial de la pena, el test de proporcionalidad se constituye en una herramienta valiosa capaz de ser utilizada para: “a) el control de la constitucionalidad

de los dispositivos normativos que regulan la imposición e individualización de la pena; y) b) en el control constitucional de la cuantía de la pena, resultado del proceso de individualización judicial de la pena” (Mendoza, 2015, p. 151).

2.3.4. Delitos contra la libertad sexual

A. Aspectos introductorios

En cuanto al estudio dogmático de los delitos que importan una lesión a un bien jurídico como la libertad sexual, o una más grave, como la indemnidad en el mismo ámbito, por ser los mismo, una situación que no es esporádica, sino, renuente o permanente, en un contexto nacional.

En ese sentido, al apuntarse a su protección, y establecerse como una política criminal necesaria, el que se estipule una sanción, para este tipo de conductas.

Es aquí, en donde el Derecho Penal debe corresponderse con el modelo de Estado que tenemos hoy en día, esto conduce a una concepción del Derecho Penal como un instrumento de control al servicio de la persona humana, de formas que Derechos Constitucionales, especialmente relevantes en el Derecho Penal sexual, como la libertad. Esta regulación ha sido necesaria, y más aún, modificada en la misma, por los hechos de agresiones sexuales que han ido aumentando considerablemente.

Tiene lugar en la articulación normativa penal, sanciones dirigidas a la prevención del delito o cuando la comisión del hecho ya ha sido realizada, generando en la colectividad uno de los bienes más relevantes para aquellos, tales como el de libertad sexual o de indemnidad, en caso de estas agresiones a menores de edad. Sin embargo, a efectos didácticos para el entendimiento de estos bienes jurídicos, nos centraremos en estos delitos que afectan la libertad sexual.

En ese sentido, Peña, como se citó en Reátegui (2018) señala que cuando se habla de los delitos que importan el desmedro o afectación de libertad sexual, lo más importante en ese sentido es que la garantía proteccionista que circunscribe la ley penal, que no es otra cosa que la libre acción de voluntad que se desprende del sujeto pasivo, y que ésta, puede verse alterada, tanto como una acción que se deriva de la propia mano del agente que invade con un cuerpo extraño alguna de sus partes íntimas o sexuales, por quien se vale de otro (error o inculpabilidad) alcanzan el fin que se ha buscado con su dominio, que no es más que el violentar la libertad sexual, reconocida incluso a nivel constitucional, en clara afectación de la víctima.

Esto en razón a que, si hablamos de una situación por la cual, la persona no altera su libertad proporcionada constitucionalmente en el plano sexual, no estaríamos hablando o discutiendo del delito en comento.

Ahora bien, en los tópicos de protección penal, pueden distinguirse los actos sexuales de los contrarios contra el pudor, por ejemplo, en el conocimiento de realizar dicha conducta, como lo señala San Martín (2007) “que es indispensable la prueba del dolo de consumir el delito que acompaña a los actos de ejecución; la consumación solo exige la penetración, pero no hace falta que sea completa, basta que haya existido” (p. 221). Lo que guarda relación con lo vertido en la Ejecutoria Suprema del 20 de agosto de 1997, recaída en la resolución 4737-97/Lima.

Continúa: “Tengamos en cuenta que el coito vestibular, consiste en la esfera genital externa, por lo que el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas sino de consideraciones normativas” (San Martín, 2007, p. 221).

Por su parte, Díez (1999) señala que “la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos” (p. 01). Es decir, con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso.

En definitiva: “no se circunscribe a la posibilidad de decidir con quién ejercitarla, sino, además, en la línea del precedente autor

se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes” (Díez, 1999, p. 01).

B. Libertad sexual

a. Definiciones doctrinarias

Una apreciación conceptual que podemos rescatar en cuanto a la libertad, es la misma que en palabras de San Martín (2007) sostiene:

En los delitos sexuales se entiende que el bien jurídico vulnerado es la libertad sexual, esto es, la facultad que tiene toda persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, que viene limitada por dos requisitos: el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, y la manifestación voluntaria y libre consentimiento para participar en tal clase de relaciones. (p. 214)

En cuanto al pleno conocimiento del sujeto del contenido de alcance sexual, al que referenciaba el autor precedente, quizá estaría el término diferenciador de los delitos en donde la indemnidad sexual, es el bien jurídico a proteger.

Por su parte, Salinas (2016) señala que “la libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual” (p. 35). De acuerdo a ello, se debe entender a la libertad como la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra

persona para relacionarse, sin embargo, no siempre se ha protegido la libertad sexual en los Códigos que han regido el ámbito penal nacional, a través del tiempo.

En la actualidad ya no se protege ni cautela la honestidad, la moralidad o la irreprochabilidad de las mujeres, sino uno de los valores sociales más importantes sobre los que descansa un Estado democrático de derecho y el pluralismo político: La libertad del ser humano sin distinguir el género al que pertenece, ni su condición social, económica o ideológica (Salinas, 2016).

En ese sentido, la libertad sexual autoriza de algún modo que la persona pueda realizar cualquier variante sexual, que si bien es cierto la sociedad rechaza esos comportamientos, desde el punto de vista moral, jurídicamente no están prohibidos para el Derecho Penal, por ejemplo, el voyeurismo, el fetichismo, la masturbación, etc. (Noguera, 2015).

Esto sin temor alguno, podría decirse que es parte de la facultad de libertad o libre disposición sobre decidir en qué circunstancia y modo realiza el acto sexual, más aún, si la otra parte o partes involucradas, den su libre consentimiento para realizar las mismas.

También Reátegui (2018) señala que:

Podemos desglosar a esta figura bajo dos parámetros, por uno de ellos, decidir el sí, el cuándo y el con quién realizar la conducta con contenido sexual y por la otra perspectiva precisa el connotado autor implica oponerse ya sea a mantener una relación sexual con una persona no elegida o a la práctica de un determinado acto sexual. (p. 26).

Diez (1999) al expresar el contenido de la libertad sexual, la desarrolla del siguiente modo:

La libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales. En ello coincide con otros objetos de protección de nuestro código, como la libertad ambulatoria o la libertad de conciencia, que también se sustraen al régimen general de protección de la libertad personal a través de los delitos de coacciones y amenazas (p. 03).

Un conocedor de aspectos dogmáticos en cuanto al estudio de la libertad sexual, es el profesor Berenguer, quién citado por Reátegui (2018), precisaba que se ha comprendido esta figura en el sentido de que como el derecho a de entenderse que, dentro de su estructura normativa, se encuentra la temática sexual y el entendimiento de que cada sujeto es libre en disposición de su cuerpo, más aún, como se dijo, en acápites sexuales.

Lo que genera como consecuencia de que puede desplegar o evitar en sentido contrario, cualquier tipo de práctica que le brinde satisfacción desde ese plano. A eso se le puede conocer como ejercicio o disposición de la libertad sexual.

b. Definición jurisprudencial

En el Recurso de Nulidad N° 751-2003-Ayacucho, citado por el profesor Reátegui (2018), señala lo siguiente:

La libertad sexual es vulnerada cuando un sujeto activo trata de imponer a la víctima a un acto de contenido sexual en contra de su voluntad, ya sea con violencia física o psicológica, por ende se reafirma el objeto de protección jurídica de la autonomía de la voluntad sexual, cuando la víctima es mayor de edad, entendida esta libertad como la facultad que tiene toda persona para disponer de su cuerpo en materia sexual eligiendo la forma, el modo, el tiempo y la persona con la que va a realizar dicha conducta sexual. (p. 31)

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Sala Penal Transitoria en el Recurso de Nulidad N° 2540-2009 Apurímac, también nos acerca a una definición en cuanto a la libertad sexual en los siguientes términos:

Que, aun cuando en los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es la propia libertad sexual, entendida como la manifestación de la libertad personal, que se orienta a propugnar que la actividad sexual de las personas se pueda desarrollar dentro de un ambiente de libertad, sin violencia en ninguna de sus formas, empero, reservado para los seres humanos que han alcanzado una edad cronológica determinada.

Podríamos señalar del párrafo precedente, que, esto podría ser lo que diferencie a la libertad sexual como bien jurídico, de otras protecciones jurídico penales, como la intangibilidad sexual, pues, contrario sensu, si estamos ante sujetos que aún no gozan de su pleno desarrollo sexual o de personalidad, pues el enfoque sería más a un contenido de indemnidad sexual.

Por su parte, el máximo intérprete de la Constitución, a través de sus múltiples resoluciones también se han desarrollado tópicos referentes a la libertad sexual. Uno de ellos, es el expediente N° 008-2012-PI/TC, en su fundamento 21, precisa que:

En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para auto determinarse en el ámbito de la sexualidad. Tiene como contenido constitucional, una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia el Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una dimensión positiva conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar el acto sexual.

En el plano jurisprudencial en la legislación comparada, el profesor San Martín (2007) haciendo referencia a una Resolución de la Corte Suprema Italiana, precisaba lo siguiente:

El carácter ilícito de los comportamientos debe ser valorado a la luz del respeto de la persona humana y de sus potencialidades para perjudicar la libertad

de determinación en la esfera sexual. Esta es aislada de las indagaciones sobre el impacto en el contexto social y cultural en que se producen, en la medida en que el aspecto central es la disponibilidad de la esfera sexual de la parte de la persona que es el titular (p. 214).

Esta línea interpretativa se condice con el contexto nacional, en el sentido de centrarse en la libertad del individuo de poder decidir sobre lo concernientes a su sexualidad, incluso, si la misma puede ser vista como reprochable moralmente, o en un contexto histórico cultural de un pueblo que no comparte la posición del sujeto, sin embargo, no es razón suficiente, para privársele de su poder de decisión en cuanto a su propia sexualidad y todo lo relacionado a la misma.

En ese sentido, ya no se hablaría de una libertad sexual como tal, ya que si la misma, encuentra serias limitaciones para su realización, se les estarían afectando derechos incólumes a estos agentes, que no puedan estar en la línea moral y/o cultural que del resto de ciudadanos en una sociedad.

C. Características de la libertad sexual

Entre los rasgos que definen a la libertad sexual para un mejor entendimiento de su implicancia jurídico penal, se señalan los siguientes:

a. Se deriva del derecho a la libertad personal regulado en la constitución

Partimos de la regulación Constitución en cuanto a la libertad personal, prescrita en el artículo 2 inciso 24, apartado b que señala: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

En ese sentido, y siguiendo a Díez (2010), refiere que “la libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales” (p. 03).

Pues, si en esa permisibilidad en el ámbito personal, el sujeto pretende disponer de la misma, a través de la decisión sobre su propia sexualidad, y en el camino, se le pone barreras, no podría hablarse de una adecuada libertad sexual, por ende, del derecho que se le reconoce en nuestra Carta Magna.

Se considera entonces que, la libertad sexual, vendría a ser una parte específica de una libertad propiamente dicha, más aún, de una libertad personal como garantía que se le habilita a todo sujeto dentro de la sociedad.

b. Es un derecho relativo

La apreciación que se tiene, sobre la disposición de su ámbito sexual, no podría considerarse una protección legal absoluta, es decir, que el sujeto en total libertad, realice actos propios que puedan derivar de la afectación de derechos o garantías propias de otros agentes.

Esto es, si el sujeto en la facultad de realizar actos sexuales que el disponga o decida, no puede con el mismo, menoscabar los derechos o libertades sexuales de terceros. Pues, una vez admitido que se tiene libertades en torno a su sexualidad, no puede interpretarse la misma que estas facultades no tienen barreras o límites, pues si las hay, precisamente, y estas se dan, cuando el sujeto que realice estas conductas interfiere o menoscaba la voluntad de la persona con la que desea satisfacer su libertad sexual, aquí ya se hablaría de una conducta sancionada penalmente como violación sexual.

c. Mantiene su propia tutela o protección penal

Uno de los rasgos propios concernientes a la libertad sexual, es que la misma, encuentra una vía de protección en el ámbito penal, que los distingue de la regulación con otras tutelas en temas sexuales.

En la estructura normativa que desarrolla el Código Penal Peruano vigente, se distinguen dos bienes jurídicos con rasgos propios en los ámbitos sexuales; por un lado, se tiene la protección a la libertad sexual, que se regula por ejemplo en el artículo 170 de dicha norma, y por el otro, los relativos a la indemnidad sexual regulado a manera de ejemplo, en el artículo 173.

Esta orientación en la que nos encontramos, es precisamente, porque la libertad sexual contiene tópicos diferentes en cuanto al contenido de lo que sería la intangibilidad o indemnidad sexual, que derivan en que su bien jurídico no sería el mismo. Por lo tanto, estos fenómenos a consideración del legislador, deben contener su propio tratamiento, como bien se ha tomado en cuenta en nuestro Código Penal sustantivo en comentario.

d. No solo se afecta el ámbito corporal de la víctima

De la comprensión en cuanto las consecuencias de la comisión de este delito de índole sexual, se deriva no sólo un daño corporal en la víctima o agraviado, sino, además, otros posibles daños no corporales que inciden en el desarrollo de la persona, luego de habersele afectado su libertad sexual.

Para ello, Gardner y Shute, citado por Mañauch (2014) señala un punto principal a efectos de una mayor comprensión sobre este rasgo característico:

Para establecer el fundamento de ilicitud de la violación en su forma pura es necesario prescindir de cualquier dimensión de daño (*harm*) ulterior que pudiese estar próxima o remotamente conectada con ese mismo padecimiento, en el entendido de que la eventual dañosidad de una violación para su víctima tendría que exhibir el carácter de un epifenómeno (p. 35).

Por lo tanto, Gardner y Shute (2014) señala como línea conclusiva el precitado autor que:

Ello no sólo vale, como es obvio, para el eventual daño corporal que pudiera resultar de la penetración en cuestión, sino también y decisivamente para las posibles consecuencias psicológicas del contacto sexual para la víctima, en la forma de una “experiencia traumática (p. 36).

Ciertamente, entre la composición de daños que se derivan de este desmedro a la libertad sexual, es que, no sólo aparece un daño corporal que puede comprobarse con un certificado médico legal, sino, además, un profundo quebrantamiento en el aspecto psicológico, que puede repercutir en la víctima si es que no se lleva un tratamiento con un profesional en el campo.

e. Es una de las libertades con mayor afectación en el contexto nacional

Según las cifras oficiales que arroja el Instituto Nacional de Estadística e informática, en los últimos 05 años, las denuncias por violación sexual han ido aumentando considerablemente.

En el 2014 las cifras oficiales eran de 3690 denuncias, las que para el año 2017 subieron a 4872.

A esto, le sumamos los casos de víctimas de violación sexual mayores de 18 años, que no denuncian a sus agresores por múltiples razones, entre las que se tiene, por ejemplo, el temor a posibles represalias, o amenazas que ejercen sobre aquellas.

Estos números evidencian una problemática mayor en cuanto a la vulneración de esta libertad, pues, a pesar del intento de rebajar las denuncias en comento, a través de políticas criminales establecidas por el Estado, las mismas, no se han detenido, y, es más, van en una línea ascendente. Por ello, entre todas las afectaciones a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, este es uno de los que más se han sucedido en el contexto nacional.

f. Antecedentes en cuanto a su regulación en los Códigos Penales del Perú

En los primeros códigos penales que se han tenido en el territorio nacional, se encuentra muy lejana la idea de protección de la libertad sexual como bien jurídico, y más bien, se encamina en aspectos morales o culturales para su tipificación dentro del armazón jurídico penal.

Ahora bien, en el Código Penal de 1863, se señalaba en su artículo 269 la sanción por violación de una virgen impúber, aunque sea con su consentimiento, por un lado, y por el otro de una mujer casada haciéndole creer que es su marido.

Para Taylor (2018) “la honestidad sexual es puesta en evidencia como factor determinante para la protección de la mujer, lo que muestra que el matrimonio es el contexto en que las relaciones sexuales son moralmente permitidas” (p. 10).

Más adelante, con la promulgación del Código Penal de 1924, a consideración de Caro (1999) “era tangible desde la rúbrica utilizada, pues reguló los llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales, dentro de la sección tercera del libro segundo que sancionaba los delitos contra las buenas costumbres” (p. 02).

En ese sentido, señalaba Caro (1999) que:

La consideración de elementos empírico-culturales en el tipo, como mujer de conducta irreprochable (art. 201), o la imposibilidad de considerar como sujeto pasivo de violación al hombre o a la mujer casada (art. 196), constituían claras manifestaciones de una criminalización moralista y discriminatoria, convalidada doctrinalmente y que dio lugar a una extensa jurisprudencia pre-constitucional que merece una valoración similar y cuyas principales tendencias se aprecian hasta la actualidad. (p. 02)

Al respecto, Bramont, como se citó en De Puit (s.a.), señalaba que el objeto de la tutela penal, respecto de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, es el interés del Estado de asegurar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se atiene a la reserva sexual de las personas, lo explica el autor en el extremo de la inviolabilidad sexual de los individuos contra la manifestación ilícita de prácticas viciosas.

Luego se arribó al Código Penal vigente, promulgado el año 1991, que se apartó de sancionar las conductas de violación sexual por el plano moral, y se enfocó en el hecho de que en estos delitos se afectaba tanto el libre desenvolvimiento de los actos sexuales como la interrupción al desarrollo de la personalidad de los sujetos, en el caso de los menores de edad.

D. Su regulación en el Código Penal peruano

En este acápite, estudiaremos los delitos más importantes en cuanto a los delitos de naturaleza sexual, donde la libertad sexual es vulnerada como bien jurídico.

a. Antecedentes en su regulación normativa

El artículo 170 en su primera aparición o regulación en el Código Penal Peruano vigente, prescribía lo siguiente:

El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La regulación primigenia del artículo en comento, a tenor de lo señalado por Reátegui (2018) “era bastante débil, ya que la pena era de tres a seis años de pena privativa de libertad, por lo que el juzgador podía aplicar hasta una pena de ejecución suspendida” (p. 66).

Por ello prosigue el citado autor en señalar que era totalmente lógico y coherente el monto de la pena impuesta al delito en estudio, con el pensamiento de corte garantista que se manejaba en aquella época (Reátegui, 2018).

Y es que, luego ya, con el correr de los años, estas disposiciones legislativas sufrían en el tiempo, cambios, de algún modo, radicales, por la gravedad y por una situación de cierto modo constante en el contexto nacional.

En respuesta a lo anterior dicho, en una línea de tiempo, se han tenido un abanico de normativas que modificaban la regulación originaria del artículo 170 y lo relacionado a vulneraciones de libertades sexuales, como la Ley N° 26293 que incrementó la pena en el artículo 170 y los vinculados a violaciones sexuales, luego se tiene la Ley N° 27055, de fecha 22 de enero de 1990,

que no hizo más que modificar aspectos procesales, en concordancia con el Código de Procedimientos Penales de ese tiempo, en el caso concreto, en artículos que hacen referencia a la manifestación de la víctima.

Así, surgieron la Ley N° 27115, de fecha 17 de mayo de 1990 que modificó el artículo 178, suprimiendo totalmente la exención de pena por matrimonio y el ejercicio privado de la acción penal.

Luego se derivaron varias modificaciones por tratarse de una medida política criminal urgente, dada la renuencia de la misma en un contexto nacional.

b. Regulación actual

El artículo 170 del Código Penal en cuanto al tipo base del delito de violación sexual, prescribe lo siguiente:

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 descendente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente 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.

E. Bien jurídico a proteger

Reátegui (2018) decía que el bien jurídico en estos delitos sería la libertad sexual, en una explicación a este tópico, además señalaba que esta figura es un derecho que se le habilita a toda persona para que tenga la posibilidad de satisfacer sus relaciones de índole sexual. Esto evidentemente tiene relación con la situación por parte de la prostituta que también es participe de la tutela o protección de este delito, al tener la libertad de decidir sobre la disposición o no de su sexualidad con una tercera persona, por lo tanto, serían del mismo modo, agentes pasivos, es decir, víctimas del detrimento o restricción a libertad sexual.

Es decir, “la violación es punible no por la actividad sexual en sí, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual de otro” (García y Bramont, 2017, p. 236).

Esta es, la libertad de querer o de voluntad es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo y de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros.

El profesor Salinas (2016) precisaba que no se podría mencionar esta libertad sexual si en el curso de la civilización, no hubiese logrado dominar la fuerza ciega del instinto sexual dotándose de un sentido volitivo, tanto para satisfacer como para abstenerse de hacerlo.

Esta voluntad ya adquirida y moldeada a través del tiempo, se vería vulnerada cuando una persona trata de imponer a otra un acto de contenido sexual en contra de su voluntad, sea mediante violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva) (Reátegui, 2018).

F. Los Delitos contra la Libertad Sexual e indemnidad sexual

a. Sujeto activo

Se deriva de la interpretación literal de la norma en comento, que la misma, puede realizarla cualquier agente, sin distinción alguna, esto es, sin tener el sujeto una cualidad especial para que se pueda realizar el tipo penal.

Sin embargo, a pesar de ello, decía Salinas (2016), en la doctrina aun no es común esta posición, y, por el contrario, se presenta discutible, pues cierto sector de la doctrina, aunque menor, aún sostiene que solo el varón titular del instrumento natural penetrante puede ser sujeto activo del delito.

En la misma línea, el profesor Bramont (2013) precisaba que el comportamiento comprende tanto la actividad heterosexual como la homosexual, pero esta última solo entre hombres. Para que se cometa el delito de violación es necesario que, por lo menos, uno de los sujetos del delito sea un hombre.

Pero esa interpretación no podría aceptarse en el sentido que, no es necesario que uno de los sujetos sea un hombre para que pueda existir una comisión delictiva en el ámbito sexual, pues en estos casos, también podría recaer el sujeto activo en una mujer, ya que ésta, puede introducir objetos por vía anal o vaginal a una mujer, y así, de igual modo, consumarse el acto.

Por lo tanto, se admiten tanto la participación en el hecho penalmente relevante, al hombre como la mujer como sujetos activos.

b. Sujeto pasivo

Cuando se habla respecto al agente que se le vulnera su libertad sexual en estos delitos, no hay una condicionante para verse afectado por su agresor, es decir, no importa la edad de la víctima, ni tampoco el estado civil ni honestidad, un mucho menos tiene que ver aquí la virginidad o prostitución de la víctima (Reátegui, 2018).

En un sentido más extensivo, el autor citado en la línea precedente, explica que no tendría una diferenciación en cuanto a la punición por parte del Derecho penal, hacia las personas que sean ancianas, jóvenes o niños, pues en cualquiera de éstos podría haber vulneración del bien jurídico, libertad sexual, si es que, no consienten las relaciones sexuales, esto es, son agredidas sexualmente.

Así que, en el caso de las que satisfacen en el plano sexual a determinadas personas por una cantidad de dinero, es decir, las prostitutas, puede ser víctimas de esta comisión delictiva, si es que no consienten, en ninguna de las formas, estas situaciones, dichos actos.

En el sentido del vínculo matrimonial, se tenía el pensamiento arcaico de que la mujer u hombre debía complacer a su cónyuge, incluso cuando se negaba a dicha comisión, por

múltiples razones, como la del sujeto que estaba en evidente estado de ebriedad, o de haber consumido sustancias ilícitas, en ese sentido, también podría ser víctima de violación sexual, cuando aquella no consiente tener relaciones de ámbito sexual (Reátegui, 2018).

c. Medios comisivos

La violencia que importa para los efectos jurídicos penales del delito contra la libertad sexual, es la violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso con acceso carnal (Reátegui, 2018).

Es decir, esta debe ser tal que venza la resistencia tendrá que ser apreciada por el juzgador teniendo en cuenta la edad, salud, energía física, temperamento del agente y de la víctima, los vínculos de dependencia entre ambos y otras circunstancias (Noguera, 2015).

Esto es, deberá el juez concluir que la fuerza utilizada por el agente no fue agradable para el agraviado. A lo que podemos considerar que lo no agradable, se circunscribe en el hecho de ir en contra de su voluntad o libertad sexual de decidir no realizar acto alguno con dicho agente.

En ese sentido, Salinas (2016) alude que la violencia a la que refiere la configuración penal de este delito, es el material, explicando que la misma consiste en una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la víctima. El autor recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia u oposición de la víctima.

Ahora, en cuanto a grave amenaza, bajo esta definición, unas luces sobre las mismas, y de acuerdo a Reátegui (2018), sostenemos que la amenaza está relacionada de modo directo con la intimidación, y en el sentido del tipo penal que se habla, se deben establecer ciertos presupuestos como; no toda amenaza puede constituirse como materia de estudio en la tipificación de este delito, pues la misma sólo debe ser en situaciones como la de coacción extrema y que exponga de modo evidente, a la víctima. Y esto, guarda correspondencia a la amenaza que se exige en el ámbito penal, pues, en otras situaciones donde las mismas no genera suficiente intimidación al sujeto pasivo, el Derecho Penal no ha de intervenir, por la naturaleza que reviste el mismo. Por otro lado, se tiene que el camino final en donde debe situarse, es en la afectación de la libertad sexual de la víctima, pues es una condición necesaria para poder hablar de una configuración de los delitos de violación sexual.

Además, se refiere sobre la obligación a una persona, que sería la víctima, la misma puede comprender tanto un comportamiento pasivo de la víctima como la realización de actos positivos de penetración vaginal o análoga, a favor del autor o de un tercero (Salinas, 2016).

Aquello, para consideración de Salinas (2016) permite criminalizar comportamientos graves como el de la mujer que obliga por la violencia o amenaza grave a un varón a que le practique el acto sexual o la coacción a una mujer para que tolere la práctica sexual de un tercero.

Esto es, va en contra de la voluntad de la persona al realizar la cópula sexual u otro análogo, esto es, se obliga a otra persona a realizar el acto sexual u otro análogo. El acto sexual es entendido como la penetración total o parcial del pene en la cavidad vaginal de la mujer, *secundum naturam*; con la expresión acto análogo, se alude a los casos de coito rectal o anal, *contra naturam* o de manera extensiva, y tal como precisa la última regulación normativa del artículo en comento, también puede darse la violación sexual por la vía bucal. Esto como señala Salinas (2016): “el acto sexual o acceso carnal puede ser tanto por la vía vaginal, anal, bucal o mediante la realización de otros actos análogos como la introducción de objetos o partes del cuerpo por la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo” (p. 34).

d. Circunstancias agravantes

Como línea preliminar, en cuanto a la posibilidad de agravar el tipo base del artículo 170 del Código Penal, es por el hecho, tal como precisa Buompadre, como se citó en Reátegui (2018) del aumento considerable en cuanto al peligro al que se somete la víctima por las conductas represivas del sujeto que vulnera su libertad sexual, no sólo por la base o justificación de proteger su bien jurídico, sino por delitos que se vulneran otros bienes jurídicos necesarios para la persona, como el de integridad corporal, o de modo más general, la vida.

Entre las principales agravantes que consideramos para efectos de no hacer extensivo el desarrollo de este acápite, tenemos: En cuanto a la primera agravante, que es si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos, es decir, la conjunción copulativa y significaba que debía interpretarse como la sumatoria de las dos circunstancias de a mano armada y por dos o más personas. Y si no se producían ambas situaciones, sino solamente una de ellas era considerada como violación sexual simple sin agravantes (Noguera, 2015).

Señala al respecto Salinas (2016) que esta circunstancia agravante se fundamenta en la misma imposibilidad de defensa que experimenta la víctima frente a un hecho de plural

participación y en la mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico, libertad sexual que importa el ataque de un grupo de personas.

Es decir, sólo es necesaria la realización de uno de los supuestos para poder catalogar al hecho, como una violación sexual agravada.

Por su parte, en cuanto a la segunda agravante 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.

Sobre este tópico, se configura la agravante cuando el agente aprovechando el cargo que le da particular autoridad sobre la víctima, la somete al acceso carnal (puede darse en el caso de tutores, curadores, trabajadores del hogar, empleados, obreros, etcétera) (Salinas, 2016)

Señala Reátegui (2018) que “el prevalimiento es una circunstancia agravante, que se circunscribe a que el agente tenga una determinada posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza” (p. 113).

Esto en razón a que, sin dicho alcance jerárquico, ya sea en el ámbito laboral, familiar u otro, no podría configurarse esta gravante.

Podríamos agregar que se fundamenta la misma en el sentido de que, se facilita la comisión de un delito sexual pues el sujeto se aprovecha de dicha posición sobre la víctima para realizar su conducta reprochable socialmente.

En cuanto a la situación que recae en la quinta circunstancia agravante, esto es si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.

Compartimos la postura del profesor Salinas (2016), que en su interpretación señala lo siguiente:

Esta agravante es innecesaria por dos motivos: Primero, porque tal situación ya se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo 170 se menciona que se produce la agravante cuando el agente para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima. (p. 119)

En el otro sentido, señala el precitado autor que, sin duda, el legislador ha introducido esta agravante en la creencia de agravar la situación jurídica de aquel profesor o auxiliar de un colegio que, abusando de su cargo, por medio de amenaza o violencia, someta al acceso carnal sexual a sus alumnos (Salinas, 2016).

Aquí interesa, sobre todo, delinear regulaciones que no puedan ser innecesarias, sobre todo cuando, las mismas, pueden interpretarse en otras. En el caso en comento, si la posición de docente, auxiliar o personal administrativo, puede interpretarse en otro inciso, el mismo caería en una redundancia legislativa.

Así, similares circunstancias se desarrollan hasta el numeral séptimo, por la posición jerárquica que impone el sujeto realizador del delito de violación sexual.

El octavo agravante si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, de modo concreto hablamos de un agente que, por ejemplo, es portador del VIH o de otra gonorrea, violenta la libertad sexual de la víctima.

Refiere Salinas (2016) “que se trata de una figura de peligro, pues no se exige necesariamente que el contagio se haya producido, sino solo el peligro de que el contagio se produzca” (p. 117).

En ese sentido, a pesar de que la persona portadora es consciente de que, al realizar el acto sexual reprochable, puede contagiar a la víctima de dicha enfermedad venérea, la realiza de todas maneras.

En cuanto al noveno agravante si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente, en este sentido, el fundamento del mismo sería en que, el sujeto realiza el acto de violación, a sabiendas que, con el mismo, podría ocasionar algún tipo de trastorno a los niños y/o adolescentes que presencian dicho acto.

En el décimo agravante, se señala cuando la víctima se encuentra en estado de gestación, esto podría fundamentarse en el sentido de que la víctima al estar embarazada se encuentra imposibilitada, por un lado, de tener mayor dificultad en oponer resistencia debido a su estado, y por el otro, un serio peligro al bebe que lleve en su vientre, por lo que la conducta considerada dentro de las agravantes del delito de violación sexual, está justificada.

Las demás circunstancias agravantes no encuentran mayor dificultad en cuanto a su análisis, por ser el mismo, una regulación clara y concreta para su respectiva sanción penal.

e. Elemento subjetivo

Podríamos señalar que el conocimiento de realizar la conducta típica por parte del agente vulnerador de la libertad sexual, es necesaria, es decir, requiere dolo de por sí. Es decir, “la violación implica una actitud de abuso de la libertad de otro,

pues se actúa en contra de su voluntad; requiere, por tanto, necesariamente el dolo” (García y Bramont, 2017, p. 239).

En ese sentido, Salinas (2016) señala que el aspecto subjetivo del delito de acceso carnal sexual se constituye de dos elementos, el primero, denominado “elemento subjetivo adicional al dolo” y el segundo, “el dolo”. Si alguno de estos elementos falta en una conducta de apariencia sexual, el delito no se configura.

Tal como precisaba Reátegui (2018) “el agente debe conocer que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos, y en razón de ellos despliega los medios comisivos estudiados, grave amenaza o violencia” (p. 104). El fin perseguido por el agente delictivo es el de perpetrar el acto sexual.

Además, se señala que lo decisivo es el *leitmotiv* de la finalidad que persigue el autor con su actuar. Así, “si su objetivo no es lograr la satisfacción de alguna apetencia de carácter sexual, se descarta la comisión del delito en hermenéutica jurídica” (Salinas, 2016).

Es decir, en los delitos sexuales, el autor obra con conciencia que equivale a conocimiento y voluntad que equivale a intencionalidad. Por eso, se afirma que “el agente actúa como

animus violandi, es decir con la intención de perpetrar el hecho punible” (Noguera, 2015, p. 103).

En otras palabras, el otro elemento subjetivo en el comportamiento delictivo de acceso carnal sexual lo constituye el dolo, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad en la comisión del evento ilícito (Salinas, 2016).

f. Tentativa y consumación

En cuanto a la tentativa, podría darse siempre y cuando existan actos de ejecución, es decir, que el agente por lo menos haya comenzado la realización del delito, debiendo analizarse si verdaderamente la intención del agente era perpetuar esta infracción punible (Noguera, 2015).

Un tópico importante en la estructura o configuración total del delito en comento, es la consumación, la misma que en palabras de Reátegui (2018) “no hace falta que el sujeto eyacule ni que se produzca la rotura de himen; se requiere, en cambio, contacto corporal, con independencia de que el sujeto logre satisfacer plenamente sus deseos” (p. 78).

Es decir, no importan si la conducta desplegada por el agente, le satisfizo en el ámbito sexual, pues, es un aspecto que no entra a tallar en los aspectos referentes a la configuración de

este delito. Aquí, el enfoque de estudio se enmarca en la lesión a la libertad sexual de la víctima, pues, si ésta, se da con la penetración o contacto corporal, hablamos de una consumación del delito.

Así, el delito de violación se consuma con la penetración total o parcial del pene en el conducto vaginal de la mujer, o en el ano del hombre o la mujer, previo empleo de violencia o grave amenaza (García y Bramont, 2017).

El autor Noguera (2015) señalaba que este delito queda consumado “con la introducción total o parcial del miembro viril en la vagina, ano o boca de la víctima, así como con la introducción total o parcial de objetos o partes del cuerpo en la vagina o ano de la víctima” (p. 103).

Por lo tanto, en este delito de acceso carnal sexual, la consumación se verifica en el momento mismo que se inicia el acceso carnal sexual propiamente dicho, es decir, la introducción o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal (Salinas, 2016).

El máximo Tribunal Supremo, a través de su Recurso de Nulidad N° 874-2005-San Martín, y citado por el autor Reátegui (2018), prescribe:

El delito de violación sexual se consuma con la introducción del pene, aunque sea parcialmente; que la consumación del delito solo requiere la penetración en los órganos sexuales de la mujer, sin que sea exigible la perfección fisiológica del coito, la cópula normal y completa en su alcance y consecuencias, sólo se requiere que exista penetración, no que se produzca la rotura más o menos completa del himen con desfloración de una mujer virgen (p. 100).

G. Artículo 171 del Código Penal peruano

La regulación actual en cuanto a este artículo, dice lo siguiente:

El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

a. Aspectos introductorios

El autor Noguera (2015) lo subsume en la denominación violación por alevosía, en razón a que es cometida con deslealtad, traición. Recordemos que la alevosía es una circunstancia del delito en la que, si consecuencia consiste en agravarlo, debido a que existen pocas posibilidades de que la víctima pueda defenderse.

Por ello, además, en cuanto a los aspectos cuantitativos a imponer en la sanción penal, la misma se equipará a las

circunstancias agravadas del tipo sexual precedente, por considerar que esta es una situación o contexto grave, ya que no sólo vulnera la libertad sexual de la víctima, sino, además, lo hace después de ponerla en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

En ese sentido, conforme a Bramont (2017), el elemento característico de este delito es que el sujeto activo coloca a la víctima, con la finalidad de mantener relaciones sexuales, en un estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir.

En la configuración de este delito, el sujeto que despliega la conducta típica en comento, se apoya en el uso de medios tóxicos, como drogas, estupefacientes, entre otros, cuyas consecuencias en la víctima es la generación de un estado en el que no pueda distinguir los actos voluntarios como involuntarios (Reátegui, 2018).

b. Bien jurídico protegido

Arce (2010), refiere que, en la libertad sexual “la victima ha sido puesta en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir el acceso carnal y, por tal motivo, no puede prestar su consentimiento para tal actividad, la ley presume que la víctima se negaría” (p. 62).

Pues si hablásemos de una voluntad expresa de querer realizar el acto sexual en cualquiera de sus formas por ambos sujetos, pues no hablaríamos de delito de violación sexual presunta, ya que, por último, no existiría comisión de hechos penales algunos.

Por su parte, Salinas (2016) señala que el bien jurídico que se busca proteger con la tipificación de los supuestos delictivos recogidos en el artículo 171 del CP, lo constituye la libertad sexual entendida en sus dos facetas; por un lado, como la libre, voluntaria y espontánea disposición del propio cuerpo en contextos sexuales sin más limitación que el respeto a la libertad ajena, y por el otro, como la facultad de repeler agresiones sexuales no queridas ni deseadas (p. 143).

c. Tipicidad objetiva

Sujeto activo

Al respecto para la configuración de dicho tipo penal se da en el momento que el sujeto activo ha colocado a su víctima en un estado de inconsciencia o en la imposibilidad de oponerse o resistir, realiza sin riesgo el acto o acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos (Salinas, 2016).

Por lo que, en ese sentido, puede ser tanto hombre como mujer el agente realizador de esta conducta ilícita. Pues, “el agente del delito puede ser tanto varón como la mujer, esto es, el tipo penal no exige condición o cualidad especial” (Salinas, 2016, p. 144).

En palabras de Arce (2010), el sujeto activo puede ser el hombre o mujer mayor de 18 años mientras que el sujeto pasivo puede ser el hombre o mujer que esté vivo y colocado en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir.

Del mismo parecer, al no haber distinción entre los sexos de las personas, conforme a Reátegui (2018), puede ser que la mujer sea sujeto activo, cuando introduce en las cavidades anal y vaginal de una mujer, parte del cuerpo u objetos sustitutos del pene, así como en la cavidad anal de un hombre y viceversa.

Sujeto pasivo

En ese punto: “puede ser cualquier persona con la condición que la víctima sea mayor de 14 años y no sufra incapacidad física o mental” (Reátegui, 2018 p. 113).

Medios comisivos del delito

En cuanto a los medios que se utilizan para realizar el tipo penal en comento, podemos desglosar los mismos en dos partes; la

primera, y definida por Bramont (2013), por estado de inconsciencia, se comprende a toda situación transitoria en la que la víctima carece de aptitud para percibir impresiones provenientes de los objetos externos, como por ejemplo en los casos de embriaguez, hipnosis, uso de narcóticos, etc.

En esa línea, Villa Stein como se citó en Salinas (2016), decía que esta figura debemos entender, al mental transitorio absoluto o parcial, no mórbido, que priva a la víctima de su capacidad intelectual y volitiva para asimilar y oponerse al agravio de que está siendo víctima, ejemplificando el mismo señalaba el precitado autor que eran casos como el de embriaguez, narcóticos, pastillas somníferas en particular, afrodisiacos, anestesia del ginecólogo que simula un aborto, etc.

Este estado de inconsciencia, decía Reátegui (2018) que, por lo general, es transitorio, debe afectar de manera total y grave la conciencia del sujeto, anulándola o aniquilándola por completa; es definitiva no se trata de una simple perturbación o de una alteración de la conciencia más o menos intensa que afecta a alguna de las funciones psíquicas más importantes.

Sobre aquello, en el aspecto procesal, explica Noguera (2015) que el representante del Ministerio Público quien dirige la

investigación penal, debe darse cuenta sobre la voluntad o no de la víctima para ingerirlas y principalmente si son capaces de producir un estado psíquico perjudicial que les haya podido dejar en el estado de inconsciencia.

Por el otro lado, en la misma línea del autor precedente señala que la imposibilidad de resistir se comprende como toda situación en la que se encuentra una persona incapacitada de ofrecer resistencia frente a la acción de otro sujeto. La víctima, sin embargo, conserva su capacidad de percepción y sus facultades volitivas, sin embargo, las circunstancias materiales del hecho demuestran que se halla privada de la facultad de actuar (García y Bramont, 2017).

Esto se verifica cuando el sujeto activo previamente produce la incapacidad física de la víctima para poder defenderse (Salinas, 2016).

Por alguna de las formas en las que, a nivel corporal, la víctima o agraviado no puede actuar en igualdad de condiciones con otra persona en su lugar, puesto que, por una acción desplegada por el propio ejecutor del tipo penal, la víctima le es imposible obrar en forma positiva para negarse a consentir u oponer resistencia al actuar del agente de realizar el acceso carnal sexual u otro análogo como puede ser la introducción de objetos o partes del cuerpo.

En otras palabras, al configurarse este supuesto, de acuerdo al profesor Reátegui (2018), esta imposibilidad de resistir debe ser absoluta, no configura la hipótesis, en caso que la víctima pueda exteriorizar su voluntad contraria de cualquiera manera, viéndose el agente impedido de usar una mínima violencia.

Se explica lo precedente, en el sentido de que, la víctima si al momento de que el sujeto despliegue conductas propias de violación sexual en contra suya, y ésta, pueda tener la posibilidad mínima, aunque sea de poder evitar que se consuma la misma, pues no estaríamos ante este supuesto penal, y más, encajaría en el delito precedente, esto es, el artículo 170 del Código Penal Peruano.

d. Tipicidad objetiva

En este punto, se exige el dolo, pues se requiere el conocimiento y la voluntad pre ordenada del agente de utilizar cualquier tipo de medios para provocar en la victima un estado de inconsciencia, de desventaja física que le impida resistir el acceso carnal (Arce, 2010).

La razón suficiente para poder comprender sólo la admisión del dolo, es que el sujeto debe estar consciente sobre el acto sexual en contra de la voluntad de la víctima, y más aún, al ponerla en un estado inconsciente o con imposibilidad para que

pueda hacer frente a ese comportamiento punible, de lo contrario, si tan sólo quisiera cometer el acto contra la libertad sexual, sin poner en indisposición por cualquiera de las conductas que se exige en este tipo, se estaría en el tipo penal del artículo 170 del Código Penal.

e. Consumación

En cuanto a su consumación, el mismo se da en el mismo instante que se produce el acceso carnal sexual sobre la víctima que se encuentra en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, el mismo que ocurre cuando comienza la penetración del pene en la cavidad vaginal, bucal o anal de la víctima (Salinas, 2016).

Es decir, este acto se da en el sentido de que el sujeto acceda carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, o en todo caso, introduzca de forma análoga objetos en las cavidades sexuales de la víctima, luego de haberla puesto en estado de inconsciencia o que le haya imposibilitado de tal forma que el (la) agraviado(a), no pueda hacer nada para evitar dicha conducta.

H. Artículo 174 del Código Penal peruano

Otro de los delitos que se afectan la libertad sexual, es el artículo 174 de la normativa penal sustantiva, que, para efectos de una

explicación sobre sus alcances, se señala la misma en los siguientes términos:

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

a. Generalidades

Aquí se habla de personas que ya han desarrollado su personalidad en el decurso de la vida, por lo que no estaríamos hablando de un caso de indemnidad sexual, más que todo de libertad sexual.

Tal como señala Reátegui (2018) “al legislador penal en la formulación del artículo 174 del Código Penal no le ha importado la edad cronológica o mental del sujeto pasivo” (p. 205). Sino, por el contrario, la situación en la que se encuentra, esto es, en un estado de dependencia que haga imposible, por múltiples razones, hacer frente a un caso de violación sexual, donde aquel o aquella, sea la víctima.

b. Bien jurídico a proteger

De modo tajante, el profesor Bramont (2017) precisa que se protege la libertad sexual.

Por su parte, en la misma línea, Salinas (2016) señala que se lesiona la libertad sexual desde el momento en que la víctima se encuentra en una situación de dependencia que le imposibilita o limita una aceptación libre y voluntaria para realizar el acto sexual o análogo.

Esto en razón a que, si la víctima no estuviera en esta situación de dependencia, y pudiera gozar de manera libre y sin coacción alguna, su libertad sexual, no estaríamos en la comisión de este tipo penal, más bien, en un tipo base de violación sexual.

También, Reátegui (2018) señala que “se lesiona la libertad sexual desde el momento en que la víctima se encuentra en una situación de dependencia que le imposibilita o limita una aceptación libre y voluntaria para realizar el acto sexual o análogo” (p. 206).

c. Tipicidad objetiva

Sujeto activo

Para la comisión de este delito, el sujeto puede ser tanto hombre como mujer, sin cualidad específica.

Refiere Salinas (2016) que el sujeto activo del delito de acceso carnal sexual por prevalimiento puede ser tanto varón como mujer, el mismo que debe tener una posición de superioridad, autoridad o vigilancia sobre su víctima.

Algo importante en ese punto es como señala Reátegui (2018) la posición de superioridad, autoridad o vigilancia no implica que el autor desempeñe un cargo o sea funcionario del hospital, asilo o establecimiento similar en el que se halla colocado el sujeto pasivo.

Sujeto pasivo

Evidentemente el sujeto pasivo, es decir, el agraviado del injusto penal, recae en la persona que se encuentra en una situación de dependencia al estar en un lugar donde está recluida por alguna razón, ya sea tratamiento de enfermedades mentales u otras.

Aquí, es indiferente, de la mano del bien jurídico protegido, verificar si el sujeto pasivo es una persona de conducta honesta o de comportamiento sexual intachable.

También una prostituta, un proxeneta o una persona de manifiesta liviandad sexual pueden ser sujetos pasivos del delito en análisis (Salinas, 2016).

Medios comisivos

En cuanto al aprovechamiento señala Noguera (2015) que también es consciente el agraviado(a), pero nada puede hacer, sino que tendrá que someterse a tener acceso carnal con el sujeto activo que está en una posición de superioridad sobre ella, es decir de ventaja.

El profesor Castillo Alva, como se citó en Reátegui (2018) señalaba que “no es imprescindible o preponderante que se precise una postura jurídica de que el agraviado dependa del agente del delito sexual, pues tan solo se exige que se compruebe que exista una relación de dependencia de la víctima, respecto al sujeto activo” (p. 209).

d. Tipicidad objetiva

Sobre el mismo, es un delito de comisión dolosa, el agente voluntariamente actúa o desenvuelve su conducta con conocimiento y voluntad de realizar el acceso carnal con la persona que se encuentra bajo su dependencia, autoridad o vigilancia (Salinas 2016).

e. Tentativa y consumación

En cuanto a si por causas diversas, no se logra concretar el tipo penal, en ese sentido, se admite la tentativa en esta regulación normativa penal. Es el caso de que, el agente está a punto de cometer el acto sexual y es intervenido o detenido por tercera persona (puede ser un policía o un funcionario de la misma institución en la que labora el agente activo).

En cuanto a la consumación, la misma señala Noguera (2015) “se produce en el instante en que el agente realiza total o parcialmente el acceso carnal con la víctima” (p. 203). Señala

además el precitado autor, poniendo un ejemplo para mayor entendimiento lo siguiente: “Puede consumarse el delito así no se haya perpetrado dentro de los establecimientos o lugares que refiere el artículo 174 del Código Penal”.

Por ejemplo, si el médico del asilo conduce a una mujer de 65 años de edad a un hotel para sostener ahí el acceso carnal.

En ese sentido, compartimos dicha postura en el sentido de que, por más que el acceso carnal no consentido no se realice en las instalaciones del centro en donde se encuentra la víctima, se origina ahí, tal como señala el tipo, es decir, el sujeto obró con el conocimiento necesario para derivar a la agraviada a un lugar lejano al lugar donde se encuentra internada esta última, y así cometer la conducta reprochable penalmente.

2.3.5. Delitos contra la indemnidad sexual

A. Aspectos preliminares

Como se ha visto anteriormente, se han estudiado tópicos respecto a la libertad sexual, las mismas que se desarrollan en el sentido de vulnerar la libertad o disposición que tiene un sujeto, sea este hombre o mujer, sobre el realizar actos de naturaleza sexual.

Sin embargo, ahora no estamos frente a protecciones a la libre decisión de la sexualidad de una persona, sino en la atención política

criminal a establecer sanciones para los sujetos que interrumpen el libre desarrollo de la personalidad de una persona menor de edad, sobre su ámbito sexual, es decir estamos frente a los casos llamados de indemnidad sexual.

Esto se explica según doctrina mayoritaria, no se protege propiamente la autodeterminación sexual pues por definición carecen de tal facultad, lo que se vulnera es la indemnidad sexual- noción de *cuño* italiana (San Martín, 2007).

Noción que la explica Díez (2014) del siguiente modo:

Es introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, y que expresaría una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. (p. 13)

La indemnidad respecto a la libertad, además se da que, en la primera, su protección se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el futuro desarrollo de su personalidad, por el otro, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual se trata de preservar en todo caso, la libertad sexual *in fieri* o en potencia (San Martín, 2007).

La distinción entre aquellos esquemas está constituida por la edad de quien en cada caso puede fungir como víctima del delito en cuestión.

Así, y en estricta referencia a las particularidades, por un lado, los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona cuya edad sea igual o superior a los 14 años habrían de ser categorizados como delitos contra la libertad sexual; y por el otro, que los delitos que solo podrían tener como víctima a una persona menor de 14 años, en cambio, como delitos contra la indemnidad sexual (Mañauch, 2014).

Ahora bien, en cuanto al término indemnidad sexual o intangibilidad sexual, Caro (1999), explica su origen y aplicación en los siguientes términos:

Para eso, en el plano legislativo asegura que, para la regulación de los tópicos referentes a la afectación sexual de un individuo, la misma debe satisfacer el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que prescribe que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. En ese sentido, resulta fundamental que las decisiones judiciales determinen la tipicidad según el grado de afectación de la libertad o indemnidad sexual. (p. 11)

Por lo que, bajo el contexto interpretativo de Carnevali, como se citó en San Martín (2007) “el fin de la norma es comprender como en un injusto punible todos aquellos comportamientos que afectan el bien jurídico “indemnidad sexual”, sin atender cómo se lleva a cabo el acceso carnal y quien lo realiza” (p. 218). Será sujeto activo, entonces, el que imponga el acceso carnal a un menor de edad.

Por ello, el injusto no se circunscribe al hecho de considerar el pasado de la víctima [como el caso de prostitutas, por ejemplo], o la opción sexual que tenga el o la agraviada, o de la realidad previa en cuanto a un vínculo de carácter sentimental, sexual o de confianza entre sujeto activo y pasivo, entre otros aspectos que se aprecian en la jurisprudencia penal sexual como condiciones positivas o negativas de la tipicidad, por lo que, ésta generalizada tendencia puede explicarse como rezago del moralismo social que inspiró al Código de 1924, pero en otros casos refleja la cultura de discriminación de género (Caro, 1999).

En ese sentido, Salas (2013) precisaba que la indemnidad sexual está encaminada al resguardo del libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro cuando goce de las condiciones necesarias que no se dan cuando se es menor de edad; de lo contrario, constituiría una vulneración a la libertad sexual del adolescente, esto en razón a que cuenta con las condiciones mínimas (física y psíquicas) para ejercerla, siendo importante el consentimiento válido (discernimiento, comprensión del acto, grado de experiencia, cultura, relaciones sociales que le rodea).

Con el fin de comprender este tópico, tal como precisa Noguera (2015) al Estado le interesa proteger la sexualidad de los menores e incapaces, que no están en condiciones de comprender la magnitud de la conducta sexual, lo cual facilita al sujeto activo en la comisión de

estos delitos. En ese sentido, despliega políticas criminales a fin de establecer barreras que impidan a un sujeto la irrupción del desarrollo de la víctima menor de catorce años, en el sentido de su ámbito sexual.

Se podría entrar en una incertidumbre en el sentido de considerar que los mayores de catorce años y menores de dieciocho años, entran en la categoría de personas que no adquieren la mayoría de edad, por lo que podría comprenderse su protección en la categoría de la indemnidad sexual. Empero, esto ya ha sido aclarado por la propia normativa penal, que aquellos sujetos, se protege el bien jurídico, libertad sexual, entendiendo que ya toman absoluto conocimiento sobre su sexualidad, ya que la misma ha sido desarrollada sin interrupción alguna.

El camino al que se dirige en el ámbito penal para la protección de la indemnidad sexual se da por el sentido de que se trata de sujetos que no gozan a plenitud de su desarrollo psico-biológico, pues esta dualidad de términos se desarrolla, según el contexto del ordenamiento jurídico, a los catorce años, por lo que, así se señale que el sujeto, sea hombre o mujer, consienta actividades en el ámbito sexual, éstas son viciadas o no aceptadas, para un contexto jurídico-penal.

B. Definición doctrinal

Se tiene la conceptualización definida por Reátegui (2018), para quien esta figura se proyecta en el sentido de los sujetos que aún no han cumplido el proceso de madurez suficiente, es decir, no hay un completo desarrollo para poder desarrollar de manera consciente, y libre todo lo relacionado a su aspecto sexual. Por ello, la normativa correspondiente a la sanción de los delitos sexuales, también sanciona la cópula sexual a edad temprana por el hecho o situación de encajarse en la denominada indemnidad sexual.

Por su parte, Díez Ripollés, como se citó en Reátegui (2018), analiza la figura de la indemnidad sexual desde un aspecto o componente negativo, pues la interferencia del desarrollo normal, o mejor dicho, el decurso normal de los aspectos de la personalidad del ser humano, no deben ser interrumpidos en ninguna de sus formas, por componentes o acción de terceros, y más aún, en la situación de los menores de edad, por lo que, aparece como medida jurídica de protección, la figura en referencia.

El profesor Muñoz Conde, como se citó en Salinas (2016) también conceptualiza a la indemnidad sexual, del siguiente modo:

Podemos concluir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual y, en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales. (p. 43)

C. Definición jurisprudencial

Una definición que se pone a la palestra jurisprudencial, en el ámbito nacional, viene a darse por el profesor Reátegui (2018), quién cita la Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 8-2012-AI/TC, de fecha 12 de diciembre del 2012, que prescribe lo siguiente:

Se quiere reflejar el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad a la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de la personalidad. (p. 35-36)

En ese orden, se precisa de la Casación N° 87-2011 que, en su fundamento décimo segundo, prescribe lo siguiente:

Que, se tiene que el Código Penal en su Título IV Delitos contra la Libertad, en su capítulo IX regula los tipos penales referentes a la violación de la libertad sexual, plasmando en dichos tipos penales como bien jurídico objeto de tutela penal a la libertad e indemnidad sexual. Este último, entendido como la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces.

Por otro lado, tenemos la Casación N° 579-2013 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quién en su fundamento 4.6 prescribe lo siguiente:

La indemnidad sexual, se da cuando el sujeto pasivo no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, siendo así nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemática- protege a las personas menores de catorce años e incapaces; en ese caso, el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia del consentimiento válido.

D. Características

a. Mantiene una línea tangencial a los delitos de libertad sexual

Es evidente la relación especial de la esfera vital del ámbito de la libertad sexual a la autorrealización de la persona, la misma que a su vez, también se comparte con la libertad de conciencia, y que en este tipo de vulneraciones o afectaciones se encaminan a una singular cualidad respecto al injusto. Esto pues, no se encaminaría en el sentido de los delitos genéricos que protegen la libertad personal (Díez, 1999).

Por otro lado, en cuanto a sus medios de comisión o maneras de realizar la conducta penal, son aristas que no van en una misma dirección, tanto por lo que se protege en cada uno de estos tipos penales, por un lado, en cuanto a la libertad sexual y por el otro, del delito en comento, correspondiéndose con lo relacionado a sus aspectos subjetivos (Díez, 1999).

Conforme ya se ha detallado en párrafos precedentes, mientras la libertad sexual incide en el quebrantamiento de disponer sin intromisión alguna sobre actos sexuales, en la indemnidad sexual, se encaminan a la sanción de los sujetos que detienen el correcto desarrollo de la personalidad, o del enfoque psicobiológico.

Se dice que se mantiene en ese sentido, una línea tangencial, por el hecho de que encuentran un punto en común, que es ver sobre aspectos sexuales, sin embargo, no tienen más que ese tópico genérico de estudio, pues la inclinación o contenido de cada uno de éstos, no se corresponden o condicen para su interpretación y análisis.

b. Su ámbito de protección son los menores de catorce años e incapaces

Tal como se precisa de modo claro en el título de este acápite, el radio de protección por la indemnidad sexual, va a recaer precisamente en los menores de catorce años y las personas que son discapacitadas mentalmente, esto pues, de modo complementario, si estamos ante el caso de un sujeto que ultraja sexualmente a una persona de diecinueve años, por ejemplo, en pleno goce de sus capacidades, no se tendrá como objeto de tutela la indemnidad sexual, sino, la libertad sexual.

En esa línea, la Casación N° 579-2013, antes revisada, señalaba que:

El ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio de cara al futuro, en ese sentido cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia del consentimiento válido.

c. Tiene su propia protección en la normativa penal

Así como se han estudiado los tópicos normativos penales que sancionan al sujeto que vulnera la libertad sexual de una persona (en el artículo 170 y 171 del Código Penal vigente), también la propia articulación de la regulación penal sustantiva en comento, regula lo relacionado a la indemnidad o intangibilidad sexual.

Así, por ejemplo, el artículo 172 en adelante, que son delitos en donde su objeto de protección es la indemnidad sexual, conforme ha de verse, son regulados independientemente de los relacionados a la libertad sexual, por ser los mismos dos conceptos, en donde su contenido o desarrollo se encamina en dos situaciones distintas.

E. Regulación en el Código Penal peruano

Hay un articulado extenso en cuanto a los delitos que protegen la indemnidad sexual, por lo que, a efectos de la presente investigación, se tomarán en cuenta las más importantes, para su respectivo análisis de los mismos.

El código penal sustantivo, en su artículo 172 prescribe lo siguiente:

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

a. Generalidades

Este es uno de los delitos que regula la protección del bien jurídico indemnidad sexual o intangibilidad sexual, y es por la condición en la que se encuentra la víctima, que, por circunstancias ajenas a la acción del agente, padece de anomalías que no le permiten discernir o desarrollar completamente aspectos relacionados a su actividad psicobiológica.

Aquí, el sujeto activo no requiere que haga uso de la violencia, amenaza grave o le ponga en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir. Igual aparece el delito, así la víctima supere la minoría de edad y preste su consentimiento relativo para que el sujeto activo realice el acceso carnal sexual (Salinas, 2016).

En contrapuesta a los tipos penales en donde es necesaria que medie la violencia o amenaza grave, aquí la condición psicobiológica de la víctima, permite o facilita en todo caso, la comisión de esta conducta violatoria.

b. Bien jurídico a proteger

El primero de los tipos penales que tiene como objeto de protección penal la indemnidad sexual, es el artículo referido ex ante.

El cual protege a aquellos sujetos que sufren una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, debido al estado en que se encuentra la víctima y al aprovechamiento que de ello realiza el sujeto activo (García y Bramont, 2017).

Del mismo parecer, Arce (2010), señala que “en este delito se atenta principalmente contra la incolumidad psico-física de la víctima. La libertad sexual es atacada de manera tangencial, pues la víctima carece de ésta en forma casi total” (p. 63).

c. Tipicidad objetiva

Sujeto activo

En cuanto al agente realizador de la conducta penal en este delito, vendría a ser cualquier persona que tenga conocimiento de que su víctima sufra anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir (Arce, 2010).

Sujeto pasivo

Noguera (2015) señala que “puede ser el hombre o mujer, mayor de 14 años de edad, que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se encuentra en incapacidad de resistir” (p. 147).

Así también se señala que víctima o sujeto pasivo “puede ser también tanto varón como mujer con la única condición que tenga una edad cronológica mayor a dieciocho años y se encuentra en un estado de inferioridad psíquica o física” (Salinas, 2016, pp. 162-163).

Medios comisivos

Se parte la idea de que el sujeto mayor de catorce años, tiene acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En ese sentido, el tener acceso carnal señalado por Reátegui (2018), sostiene que “el concepto de acceso carnal sexual equivale a acoplamiento sexual de dos personas, una necesariamente hombre, con penetración de su órgano genital” (p. 179).

Ahora, en cuanto al acto análogo, se desglosa en dos posturas para efectos de la comisión de este delito, por un lado, la introducción de objetos, sucedáneos del órgano sexual masculino, que sean capaces de ser utilizados con propósitos sexuales; y por el otro, de partes del cuerpo, aquellos que tienen posibilidades anatómicas de ser introducidas, de modo penetrante, dentro de las cavidades vaginal o anal (San Martín, 2007).

En cuanto a la anomalía psíquica, aquella perjudica todos los ámbitos de la personalidad, como el libre albedrío, la creatividad, control de emociones entre otros, generando con ella que la víctima no tenga el control sobre todo lo concerniente a su personalidad, y, sobre todo, indagar sobre la afectación jurídico penal que se tiene consigo, al ser víctima de un caso de violación sexual (Noguera, 2015).

En ese sentido, Salinas (2016) precisa que aquí, el sujeto pasivo no administra adecuadamente los estímulos externos, por lo tanto, no valora adecuadamente lo que suceda en la realidad.

Reátegui (2018) señala que la dolencia debe ser grande, de mucha entidad o importancia, ha de colegirse, de la mano de un elemental argumento de la misma intensidad y nivel deben ser los demás elementos descritos por ley.

En cuanto a la incapacidad de resistir se señala que la misma es un estado de inferioridad física en que se encuentra el sujeto pasivo, por el cual le es imposible obrar en forma positiva para negarse a consentir u oponer resistencia al actual del agente (Salinas, 2016).

Un ejemplo para el entendimiento de este ítem, según refiere Reátegui (2018) “es el caso de una mujer paralítica o mutilada de los miembros superiores, o el de un hombre en una silla de ruedas,

esto es, no debe haber reacción física de la víctima en la incapacidad de resistir” (p. 150).

d. Tipicidad subjetiva

Un aspecto interesante se denota en el aspecto jurisprudencial, en la ejecutoria suprema de la Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad N° 777-2013-Lima, referenciada por Reátegui (2018), que señala un error de tipo, por la acción del agente que realizó todo, desconociendo la alteración física de la víctima, tal como se precisa en las siguientes líneas:

La pericia psiquiátrica de la agraviada concluye que presenta esquizofrenia que se agudizó con motivo de la violación y embarazo. Si bien el encausado negó haber forzado a la agraviada a tener trato sexual –la primera vez incluso se quedó a dormir con él-, sostuvo que desconocía de su enfermedad mental. Los padres de la víctima tampoco lo sabían, la enfermedad recién se conoció a los tres meses de embarazo de la agraviada. (p. 151)

Entonces aquí se describe lo determinante que es el actuar doloso por parte del sujeto que realiza la actividad ilícita penal, puesto que, en la ausencia del mismo, no podría hablarse de una configuración de este delito. Si este caso de esquizofrenia, tuviera como efectos que la persona muestre sin duda alguno, incapacidad mental plena, en ese sentido, no se justificaría el presunto desconocimiento del agente.

e. Tentativa y consumación

La tentativa si es factible en este delito, en razón a que puede existir una situación que impide al sujeto realizar el ilícito penal, como el hecho de que se intervenga al mismo a efectos de evitar que se consuma dicho acto.

En cuanto a la consumación, basta que se verifique la real penetración o introducción parcial e incluso por breve término, para la consumación del hecho delictivo (Salinas, 2016).

F. Artículo 173 del Código Penal peruano

En primera línea, para el estudio de los tipos penales en donde su bien jurídico es la indemnidad sexual, se tiene el artículo 173 que precisa lo siguiente:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua.

a. Aspectos preliminares

En este tipo de delitos se trata de un problema que responde a varias aristas como por ejemplo ético, social y por supuesto jurídico – penal (Reátegui, 2018).

Ya que, no podría hacerse un análisis sólo del plano jurídico penal, ya que no se podría encontrar respuestas al por qué de las

agresiones, constantes y, sobre todo, que aumentan considerablemente en un contexto nacional. Por ello, como señala Reátegui (2018): “hace falta analizar al agente desde una concepción sociológica, para identificar los presupuestos o rasgos del agente, y su inclinación a la afectación de la indemnidad sexual de los menores de edad” (p. 161).

También, podríamos considerar un plano económico, pues, en una situación nacional, donde las posibilidades laborales carecen de cierta manera, las víctimas menores de edad son un medio para la comisión de otros delitos, tales como la trata de personas, o la divulgación de pornografía infantil, quebrantando de dicho modo, no sólo la intangibilidad sexual, sino, además, el derecho a la intimidad de los menores, entre otros.

Para Noguera (2015) “lo que la norma busca es negarle capacidad de decisión y de entrega voluntaria, con efectos legales permitidos en su sentido cultural y jurídico” (p. 165). Esto en razón a que la ley penal presume *iuris et de iure*, que no es libre la voluntad de decisión del menor de edad para realizar el acto sexual válido e independiente, como si tiene la facultad de decidir una persona mayor de edad.

Se habla de indemnidad, el mismo que proyecta el interés en que algunos agentes, que son catalogados por su condición personal

como vulnerables, queden impunes cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad (Díez, 1999).

b. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se tutela en vía penal, es la indemnidad sexual. A pesar de que se pueda pensar que estemos ante un caso de vulneración de la libertad sexual, pues; en estos delitos lo que en realidad se protege es la indemnidad o intangibilidad sexual de la víctima (Arce, 2010).

En el mismo parecer, Bramont (2017) precisa que se protege en este delito la indemnidad sexual. Desde esta perspectiva, se estima que debe protegerse el libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores.

Así también Gálvez (2012) añade que, en la doctrina penal, se sostiene, entre otros, que “el fundamento de este tipo penal se encuentra en la ausencia de capacidad de consentir del menor o en la invalidez de éste” (p. 440).

c. Tipicidad objetiva

Sujeto activo

Como aspecto preliminar se sostiene que el delito más grave previsto dentro del rubro delitos contra la libertad sexual en nuestro

Código Penal lo constituye el ilícito penal denominado acceso carnal sexual sobre un menor (Salinas, 2016).

Sujeto pasivo

Gálvez y Delgado (2012) precisa que éste sujeto es menor de catorce años, tenga el sexo que tuviese, pues “en este tipo penal se incluyen tanto las relaciones heterosexuales, así como las homosexuales. Respecto al cómputo de la edad habrá que atender al criterio cronológico- biológico, siendo irrelevante la mayor o menor madurez psicológica de la víctima” (p. 453).

Medios comisivos

Donna Alberto, como se citó en Reátegui (2018), señala que esta figura se entiende como la penetración del aparato reproductor masculino en las partes íntimas de la mujer. Aquí, se circunscribe los conceptos básicos en cuanto al acceso carnal, en lo que el profesor en referencia, habla de una situación tradicional. Empero, si se busca una definición extensiva a lo conservador, podemos añadir o comentar penetraciones por vía anal.

El acceso carnal podría acoplarse a la conceptualización o desarrollo sexual de dos personas, en las que una debe ser de manera obligatoria, un hombre con penetración de su órgano genital por una de las vías indicadas: vagina, ano, boca. En consecuencia, podrá ser típica una relación entre dos hombres o entre un hombre y una mujer, pero no entre dos mujeres (San Martín, 2007).

Por ello, amparándose en Orts y Roig (2007), las prácticas homosexuales femeninas pueden encajar en el supuesto de acto análogo si van acompañadas de la introducción de objetos en vagina o ano, aunque también el *cunnilingus*.

d. Tipicidad subjetiva

En ese tópico, se exige el dolor, que es la conciencia y voluntad de practicar el acto sexual u otro análogo con un menor. Esto implica el conocimiento de la edad de la víctima y la información del carácter delictuoso del hecho (Arce, 2010).

Decía Gálvez y Delgado (2012) que se requiere necesariamente el dolo, es decir el agente actúa con conocimiento y voluntad de tener acceso carnal con un menor de catorce años de edad o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía anal o vaginal.

Pues, aquí es determinante que el sujeto tenga el conocimiento de que está realizado el acto reprochable sexualmente, ante una agraviada o contrario sensu, ante un agente pasivo, que es menor a la edad de catorce años, de no ser así, no se cumpliría este tipo penal, y estaríamos ante el tipo base de los delitos que afectan la libertad sexual, esto es, el artículo 170 del Código Penal.

e. Tentativa y consumación

En cuanto a estos tópicos podemos considerar que, si es factible la tentativa, siempre que existan indicios e inicios del ataque al bien jurídico que la ley protege. Por ejemplo, que el sujeto activo pretenda practicar el acto sexual u otro análogo a una niña o niño o menor de dieciocho años y la misma sea en el momento que le estuviera desprendiendo de sus partes íntimas y tratando de penetrar y compenetrarse con los órganos genitales de la víctima (Gallegos, 2016).

En esa línea, el delito permite la tentativa. Desde una perspectiva general, tiene expuesto la Corte Suprema que la tentativa no solo comprende los actos propiamente ejecutivos, es decir, la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico; adicionando a ello, se requiere que el agente quiera los actos que objetivamente despliega con conocimiento de su peligrosidad y, además, con la intención de proseguir en la ejecución de los actos necesarios para la consumación del delito (San Martín, 2007).

Por su parte, Peña Cabrera (2007) señala que se da ésta cuando el agente por causas extrañas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrarla o introducirle objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo; además que en éstas no se medien ni violencia ni amenaza grave, la calificación de las formas de imperfecta ejecución es una tarea valorativa no muy fácil de concretar.

Ahora en cuanto a la consumación, ésta se realiza con la penetración total o parcial del pene (o cualquier parte del cuerpo o cualquier objeto) en la vagina, ano o boca del menor. Es decir, con el acceso carnal u otro acto análogo. (Arce, 2010).

2.3.6. Consentimiento de la menor de catorce años en las relaciones sexuales

A. Criterios jurisprudenciales

a. Recurso de nulidad N°2311-2014 - Huánuco

Los casos predecesores se han tornado en que la edad biológica de la víctima ha sido trece años, de las cuales una de ellas se justificó por el llamado error de tipo, y el otro por el consentimiento de la víctima que no le exime de responsabilidad penal alguna, sin embargo, la misma debe ser proporcional al daño.

Sin embargo, el caso que trae a colación la presente Resolución, se da en el caso de unas relaciones sexuales entre un sujeto mayor de dieciocho de edad, y una víctima, de edad biológica según su acta de nacimiento de once años de edad. Aquí se destaca la irrelevancia que se tiene, en cuanto que las relaciones sexuales habidas, hayan sido consentidas por la agraviada.

En su considerando séptimo el máximo Tribunal Supremo, precisa lo siguiente:

El bien jurídico protegido en este caso, es la indemnidad sexual de la menor agraviada, debido a que al momento de cometido el hecho punible, esta tenía once años de edad, por tanto, no tenía capacidad jurídica para disponer del bien jurídico, libertad sexual; esto es, resultaba irrelevante su consentimiento o no para tener relaciones sexuales con el imputado, producto de lo cual incluso quedó en estado de gestación, conforme se mencionó anteriormente.

Así mismo, continúa destacando en el mismo considerando que:

Se advierte que tampoco se presentó el error de tipo en el encausado recurrente respecto al conocimiento de la edad de la menor agraviada al momento del hecho imputado -once años de edad, debido a que ambos coincidieron en referir que vivían en un pueblo chico donde eran vecinos, y que incluso el acusado era amigo del hermano de la agraviada y conocía a la familia de esta, de lo cual se advierte que tenía perfecto conocimiento de la edad de la aludida perjudicada.

b. Recurso de Nulidad 415-2015 - Lima Norte

En este caso recurso de nulidad N° 415-2015 de fecha diecisiete de marzo del dos mil dieciséis, se sustenta porque el mismo fue interpuesto por Fiscalía Superior, para revocar la sentencia de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida para un sujeto de nombre Jheferson Esquivel Roque (en adelante agente, condena que fue por el delito de libertad sexual de menor de edad.

Los hechos concretos se circunscriben en que el agente tuvo relaciones sexuales con una adolescente de trece años de edad, que resultó ser su enamorada, y por lo tanto, las mismas fueron consentidas.

Una de las conclusiones por las que arribaron los magistrados supremos, es que aplicar una condena efectiva para el sujeto con las circunstancias que rodean el hecho penal realizado, no sería positivo, y lo explica en su considerando cuarenta y cuatro, segundo párrafo, que precisa lo siguiente:

Pero también es cierto que las circunstancias de la ejecución de la pena privativa de libertad pueden agravar sustancialmente el efecto colateral y aquí sí puede hablarse de una imputación al Estado. Es tanpreciado y estrecho el vínculo familiar, que las penas y precisamente la que tiene carácter de efectivas, por más cortas que estas gravitan fuertemente sobre los familiares, especialmente los padres, cuando se trate una persona joven, que apenas ha cumplido la mayoría de edad.

Más adelante, añade como criterios a tomar en cuenta el consentimiento por parte de la víctima, y la edad que ésta tenía al momento de las relaciones sexuales con el agente (trece años), explicando los magistrados supremos del siguiente modo en su considerando cuarenta y nueve:

Además, se debe valorar la poca entidad del injusto, pues existió consentimiento de la víctima, no hubo un daño psicológico o físico, ella contaba, como se ve de su partida de nacimiento de fojas doscientos sesenta entre doce y trece años de

edad, la diferencia etaria con el acusado es de apenas cinco a seis años; Asimismo, debe considerarse que el imputado en todo momento aceptó la existencia de relaciones sexuales consentidas, que el Tribunal dio por probado.

Podemos interpretar que el juzgado tomó en referencia valorativa el acercamiento de la víctima al umbral del desarrollo de una persona, el mismo que se adquiere a los catorce años de edad, según lo precisado en la normativa penal sustantiva. Por ello, no puede existir una sanción, además, drástica, que oscila entre treinta y treinta y cinco años, teniendo en cuenta las atenuantes dadas en el caso concreto.

Y más aún, si la misma no guardaría correspondencia con uno de los pilares que mantienen en la legitimidad la aplicación de normas de rango penal en un contexto nacional. Tal como, lo precisan en el considerando cincuenta y dos, en su último párrafo que precisa:

Ello, sumado a la poca entidad del injusto, el error en que cayó y el principio de interdicción de penas crueles e inhumanas; abogan por que la imposición de una pena suspendida es la adecuada, pues si bien no puede quedar impune el hecho, tampoco puede ser sancionado de manera tan drástica como ocurre en casos de violación sexual por adultos mayores de veintiún años que aprovechan su edad y su experiencia para someter a una menor.

Podemos concluir que, adoptamos la postura de interpretación a la que arriba este Tribunal de no declarar la nulidad que había sancionado con pena suspendida al agente, por las consideraciones antes expuestas, y más aún, que en situaciones en donde la pena a imponerse oscila como ya se dijo, entre los treinta y los treinta y cinco años, el análisis del caso concreto, e inaplicando la norma penal, mediante control difuso, pueda darse por muy debajo de lo estipulado en la normativa penal.

c. Recurso de Nulidad N° 3303-2015-Lima

Una orientación contextual, para el entendimiento de esta Resolución se da en el sentido del análisis del aspecto subjetivo en el delito de violación sexual en menores de edad, pues, el agente que comete el hecho reprochable penalmente, puede alegar que lo hizo en base al denominado error de tipo, figura que se analiza desde el plano subjetivo de acuerdo a la teoría del delito.

Así, el error de tipo se define en palabras de Salinas (2016) como aquel error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo, la calidad del sujeto activo, la calidad de víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material, el resultado.

Un ejemplo que se aplica para la definición y aplicación de esta figura penal, es en el caso concreto, donde el agente alega que la comisión de su hecho penalmente relevante se debió a un desconocimiento que la víctima era menor de edad, cuando el suponía que la víctima tenía la edad permitida para las relaciones sexuales.

Así, se trae a colación el Recurso de Nulidad N° 3303-2015, que fue interpuesto por Mauricio Huamani (en adelante agente), en contra de la resolución que lo condenaba como autor del delito de violación sexual de menor de edad, imponiéndole una pena de treinta años de pena privativa de libertad efectiva.

De modo concreto, el agente conoce a su víctima (menor de trece años) a través de la plataforma social Facebook, Luego de conversaciones y acercamientos entre ambos, se reúnen en dos oportunidades en un Hostal para mantener relaciones sexuales, la primera el día 25 de marzo del 2014, y la posterior, con fecha 31 de marzo del mismo año.

Ante esta situación, fue intervenido y derivado a la comisaria en una tercera oportunidad, pues antes de ingresar al hotel, fue divisado por un familiar de la víctima, que dio cuenta a los efectivos policiales. En su defensa técnica, el agente entre

sus argumentos precisa que la relación sexual fue consentida, además, presumió que la menor tenía la edad suficiente para decidir sobre su sexualidad.

Sobre esto, los argumentos a los que arriba el Tribunal Supremo, en su considerando octavo son los siguientes:

En el presente caso, se tiene el acta de entrevista única N° 0011-2014, que a folios veinticinco la agraviada señala que, la segunda vez que ingresó a un hotel con el acusado, el cuartelero tocó la puerta de la habitación donde se encontraba, preguntándole si era menor de edad, a lo cual manifestó que tenía dieciséis años y que su DNI lo había dejado en su casa.

Además, como otra prueba para acreditar el error de tipo señalado como parte de la defensa técnica del agente, se señala:

La declaración testimonial de María Isabel Talaverano Jara, de folios trescientos dos a trescientos cinco, madre de la menor agraviada, quien refiere que a la fecha de los hechos su menor hija tenía trece años y ocho meses de edad, y que, por su contextura y desarrollo físico, ésta no parece que tuviera trece años de edad, habiendo tomado conocimiento por parte de la propia agraviada, que ésta le dijo al acusado que tenía catorce años de edad.

Estas vertientes probatorias son importantes para acreditar que se cumple lo exigido por el error de tipo, esto es, que el agente actuó con ignorancia o desconocimiento, por un lado, en cuanto a su edad, y por el otro, que en la misma relación

sexual fue consentida, ya que se derivó de un vínculo sentimental con la menor de edad.

Por lo que, declaran nula la sentencia que lo habían condenado a treinta años de prisión efectiva, reformándola, absolvieron al acusado de la comisión del delito de violación sexual de menor de edad.

d. Recurso de Casación N° 335-2015 – Santa

El recurso de casación fue interpuesto por Fiscalía Superior, en contra de la resolución de la Sala de Apelaciones que revocó la Sentencia de primera instancia que había condenado al señor Geancarlos Vega (en adelante el agente), por el tiempo de treinta años de prisión efectiva, y revocándola, le impuso la pena de cinco años de prisión efectiva.

Los datos concretos evidencian la vinculación sentimental que hubo entre el agente con una menor de edad quien, al momento de la comisión de los hechos típicos tenía 13 años 25 días, y el agente, tenía la edad de 19 años.

Así, el Tribunal Supremo (Recurso de Casación) en el considerando cuadragésimo tercero, estableció como doctrina jurisprudencial vinculante a modo de resumen lo siguiente:

Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

a. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual. En el presente caso hubo consentimiento, entre el agente y la víctima.

b. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años. La proximidad de la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción.

c. Afectación psicológica mínima de la víctima. Evidentemente, al existir consentimiento, aun cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo.

d. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea, no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado.

La Corte Suprema abre el camino de la atenuación de la pena en los delitos de violación sexual de menores de edad, a pesar de considerar en *prima facie* que la pena mínima en este tipo penal es de treinta años, y la máxima de treinta y cinco.

Este criterio se ampara en cuestiones constitucionales referidas a la proporcionalidad, racionalidad de la medida a imponer, en razón a una serie de consideraciones que deben configurarse para que esta atenuación de la sanción punitiva, tenga su razón de ser.

Para redondear su línea interpretativa, los Magistrados Supremos en su considerando cuadragésimo quinto consigna, también, como doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

El juez penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29 del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el juez penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso en concreto.

Sin lugar a dudas, esta resolución participa en el telón de la discusión dogmática para sancionar a los sujetos que mantienen relaciones sexuales con personas menores de catorce años. Ello en razón de que no hay un aspecto cuantitativo exacto para poder aplicar una determinada sanción; ya que se ha advertido casos donde por la edad de la víctima (trece años), y porque la relación sexual se ha dado en el marco del consentimiento expreso por la misma, la punición se ha disminuido, de tal forma que el rango de 30-35 años que se exige en el tipo penal de las violaciones sexuales

de menores de edad, se pueden concluir una pena entre los 5 -10 años de pena efectiva. Criterio que bien pueda ser considerado, una vez evaluado el cumplimiento de todos los criterios establecidos como doctrina jurisprudencial vinculante, en casos ¿cuándo la menor tiene doce años de edad biológica, y mantenga una relación sentimental con el agente? ¿O cuándo la menor acaba de cumplir los trece años, y se dan las mismas condiciones que la pregunta precedente?

Es evidente que, la decisión sobre la pena a imponer, debe analizarse de acuerdo al caso en concreto, pues se dan circunstancias en cada una de estas, que es necesario someterlas al debate, para ver si se aplica una pena por debajo del mínimo, a través del control difuso, o se mantiene la sanción o rango punitivo de 30 - 35 años, aun cuando la misma relación sentimental sea consentida.

e. Sentencia Plena Casatoria 1-2018/CIJ-433

En esta sentencia los Jueces Supremos en lo Penal, se reunieron a efectos de dilucidar en cuanto a los Alcances de la determinación de la pena en los delitos sexuales. En sentencia plena casatoria N° 1-2018 del dieciocho de diciembre del dos mil dieciocho, que sin dejar sin efecto el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante a la Sentencia Casatoria N° 335-2015/El Santa, estableció nuevas reglas o

criterios vinculantes, se circunscriben en los siguientes ámbitos:

a. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.

b. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45,45-A y 46 del citado código; y, los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena.

c. No son aplicables los denominados factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación. Éstos no se corresponden con las exigencias jurídicas que rigen la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior.

d. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales.

En esta breve reseña de los criterios jurisprudenciales destacan el hecho que la sanción a imponerse por la comisión del delito de violación sexual, en el sentido de aplicar la cadena perpetua, corresponde con los dictámenes constitucionales de un Estado Social Democrático de Derecho, señalando que no podría decirse que en base a las

directrices que conducen a las normativas penales, no puedan ser éstas, justificativas de una sanción como aquella en un contexto nacional.

Al no ser absoluta, se relativiza en ciertas situaciones, que para efectos de una alternativa que posicione la sanción por debajo del quantum establecido por el artículo penal en comento, se da tomando en cuenta los siguientes criterios:

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena, aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios.

En esas circunstancias y si lo que se busca es aplicar para el extremo de las relaciones de una menor de trece años, por citar un ejemplo, se dejarán de tomar como extremo vinculante lo señalado por la Casación N° 335-2015, en el sentido del consentimiento, o la proximidad a los catorce años, edad que se permite la libre disposición de su ámbito sexual. Pues aquellos criterios ya fueron dados sin efectos por este Acuerdo Plenario, que el mismo, se desarrollarían para una posible reducción de pena, en aspectos sociales y/o psíquicos del agente que realiza el acto sexual reprochable penalmente.

Sobre esta sentencia plena Casatoria, se han tenido opiniones doctrinales, de las cuales, se mencionan las principales, a continuación.

B. Criterios doctrinales

a. Postura doctrinal de Paredes Pérez Jorge

En su artículo que lleva por título: La discrecionalidad judicial vinculada en la determinación de la pena en los delitos contra la libertad sexual de acuerdo con la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433. El autor Paredes (2019) a nuestra interpretación, asume la postura dada en dicho pleno casatorio relacionada al tema de la constitucionalidad de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad, y su individualización por parte del Juez en el caso concreto, pues menciona que el artículo 45-A del CP establece las etapas obligatorias que el juez debe seguir: a) Identificación de la pena abstracta y b) Individualización de la pena concreta (p. 27).

A estos parámetros, en la línea del precitado autor, se señalan 03 criterios de cumplimiento obligatorio para la individualización de la pena para los sujetos que tienen relaciones sexuales con menores de edad, en los siguientes términos:

- a. La determinación de la pena se establece en los límites fijados por la legislación en su conjunto.
- b. Discrecionalidad judicial reglada. Se debe valorar los criterios vinculados al injusto y culpabilidad.
- c. Proscribe el “principio de inherencia. No se puede valorar nuevamente los elementos constitutivos o que forman parte del tipo penal.

Estos criterios evidentemente no forman parte de los señalados en la Casación N° 335-2015 Santa, para determinar la pena a imponer, por lo que, aquellos fueron dejados sin efecto vinculante por la Sentencia Casatoria revisada la N° 1-2018 (Paredes, 2019).

b. Postura doctrinal de Guevara Vásquez Iván

El autor, en su trabajo de investigación “De la casación espuria al Pleno Casatorio y las reglas de clausura: A propósito de la sentencia plena casatoria N° 01-2018/CIJ-433, señala que “la sentencia plenaria casatoria N° 1-2018 ha tratado de corregir los excesos de la Casación N° 335-2015-El Santa, mediante la cancelación del efecto vinculante de dicha casación” (Guevara, 2019, p. 34); sin embargo, para consideración del autor, la sentencia casatoria en su proceso de formación o desarrollo de su contenido, se hace mención de modo excesivo a pronunciamientos de la Legislación extranjera o comparada.

Lo explica señalando que el carácter soberano de la jurisdicción se traduce en el sentido de expresar la necesidad de la soberanía para que se pueda implantar o impartir justicia de modo viable, sin que factores externos a la misma jurisdicción obstaculicen el cumplimiento de lo decidido (Guevara, 2019).

En ese orden, señala que por más que sea correctamente aplicable situaciones dadas en la legislación comparada que puede equipararse al contexto nacional “en términos de soberanía”, como bien refiere Guevara Vásquez, pues no se trata de simples contenidos de *obiter dicta*; vale decir, de elementos de fundamentación referencial respecto al fallo judicial (Guevara, 2019).

Por otro lado, en cuanto a la determinación judicial de la pena en las relaciones sexuales derivadas del artículo 173, si bien en su primer criterio jurisprudencial vinculante, señala que la pena que se impone (cadena perpetua) no resulta inconstitucional, a consideración del autor Guevara (2019) ello estaría referido sobre todo a la constitucionalidad formal, pues una pena privativa de libertad cuyo extremo mínimo es de treinta años para casos en donde hay una relación heterosexual de pareja sentimental sin duda puede resultar excesiva.

Ahora bien, en cuanto a la configuración de la cadena perpetua como sanción a imponerse en los delitos de violación sexual, más aún si estos fueron modificados recientemente a través de la Ley N° 30838, el señalar como criterio jurisprudencial este acuerdo plenario casatorio que la figura en mención debe ser aplicada en sus justos términos, para el autor en referencia, la solución sería un tanto difícil de entender en cuanto a su esquema o estructura doctrinaria que fija esta sentencia casatoria, pues, a los criterios que ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante, por la necesidad de la individualización de la pena, cuando el tipo penal se ha realizado a nivel de la consumación es menester concretar aún más la aplicación de las excepciones (Guevara, 2019).

Aquí, en esa medida, “se requiere de la constatación de la presencia de situaciones que ameritan la aplicación de institutos como son, por ejemplo, el error de tipo o el error de prohibición” (Guevara, 2019, p. 39).

Estas figuras generales, detendrían la sanción de mayor drasticidad que se establece para una persona que comete un hecho penalmente relevante, pues, al configurarse el error de tipo, o de prohibición, esto es, frente a la situación de no estar cometiendo delito alguno, y, sobre todo, en el decurso

del proceso acreditar las mismas, no se estaría cumpliendo un elemento imprescindible para el cumplimiento del tipo penal exigido en el Código sustantivo.

c. Postura doctrinal de Pérez López Jorge

El autor Pérez (2019), en su artículo titulado: La sentencia plenaria casatoria N° 1-2018. Alcances a la determinación de la pena en los delitos sexuales, señala que “al momento de determinar judicialmente la pena, la Corte Suprema concluye que las características de la víctima no autorizan en sí misma una imperativa respuesta punitiva menos intensa. Sin embargo, se establece como causal de disminución de la punibilidad la minoría relativa de edad del imputado” (pp. 58-59).

El fundamento o razón de ser que se extrae de lo que señala la sentencia plenaria es que la ley ya ha establecido en el artículo 46 del Código Penal las circunstancias a las que el juez obligatoriamente debe acudir para determinar la pena aplicable al condenado. Lo explica con mayor precisión en el sentido de que ya hay una regulación, a través del artículo 45-b del Código Penal, y la individualización concreta del tercio (Pérez, 2019).

Por consecuencia, se excluye el consentimiento de la agraviada como circunstancia atenuante de pena, pues el bien jurídico que se busca tutelar es la indemnidad sexual, que la misma se enfoca desde una arista biológica de la edad, pues la normativa, asume la postura del *juris et jure*, por la que el menor adolece de las condiciones biológicas y psicológicas necesarias para entender a plenitud lo concerniente a su sexualidad.

d. Postura doctrinal de Peña Cabrera Freyre

En cuanto a la invocación de circunstancias supra legales de la atenuación de la pena, es decir, para el caso en concreto, sobre la posibilidad de atenuar la pena prevista en el artículo 173 del Código Penal, y aplicando lo señala en el pleno casatorio N° 1-2018, el profesor Peña (2019) señala al respecto de dicha resolución del Tribunal Supremo, lo siguiente:

Si bien el artículo 45 del Código Penal, regula positivamente los pasos a seguir, en el proceso de determinación e individualización de la pena, por lo que el juzgador no puede salirse de ese marco de definición legal, no es menos cierto que el artículo 45 (in fine), fija otros criterios para fundamentar y determinar la pena, en estricto, factores de orden personal del agente, como se desprende de sus incisos a) y b), mientras que en el c), se hacen alusión a los intereses de la víctima.

El autor en comentario, ante esta situación señala que: ¿No es acaso, un interés del sujeto pasivo no verse afectada con la

acriminación de su pareja, con el padre de sus hijos?, así considerar la diferencia de edad entre ambos, supuesto victimario y víctima, incide pues en una valoración de índole personal del agente, que se imbrica en un plano fundamental, para poder establecer si existió o no, algún tipo de aprovechamiento y/o ventaja del primero sobre el segundo.

Por otro lado, sobre la situación donde la víctima pueda verse afectada mínimamente, al respecto el autor precedente señala que dar cuenta la mínima afectación psicológica de la víctima, es endilgar a un primer nivel del análisis, el principio de lesividad, no es la penalización legal de la conducta lo que legitima la intervención del Derecho penal, es justamente la lesión y/o la puesta en peligro de un interés jurídicamente tutelado (Salinas, 2019).

Ahora bien señala el Autor, un ámbito importante a saber, es la creación de circunstancias que dejen impune la responsabilidad penal basadas en el injusto penal, en el reproche personal de culpabilidad, no estipuladas en la normativa penal, por lo tanto no es aplicable el principio de legalidad, otra muy distinta al hecho de que el órgano jurisdiccional se ampare en un principio fundamental del Derecho penal, para poder ajustar la pena aplicable a una mínima dosis de razonabilidad y racionalidad (Salinas, 2019).

Esto se justifica con lo que ha venido aplicando la Corte Suprema en innumerables situaciones parecidas al tema a tratar, por lo que el Autor señala que no se puede postular una ciencia del Derecho Penal, alejada o dígase divorciada de la base legitimadora que lo soporta, de estos principios que lo edifican (Salinas, 2019).

Ahora, en cuanto al acercamiento cronológico de la edad, entre el agente de la conducta penalmente relevante, y la agraviada de la misma, el autor comenta que “la diferencia de edad, entre el autor y su víctima, debe ser aparejado el examen, con las particularidades y características individuales de la presunta víctima, y no de prima facie, como se postula en este fundamento de la sentencia plenaria (Salinas, 2019).

A modo de conclusión, adiciona que la edad próxima a la emancipación sexual de la víctima, es un dato importante, que nos remite al criterio de lesividad material, de manera que la afectación a una menor de trece años de edad, al implicar una dosis de mínima antijuricidad, tiene la eficacia de rebajar la pena.

Una situación distinta se tiene cuando estamos ante una menor de una edad cronológica de once, diez, o incluso de

menor rango, pues aquí, no hay justificación alguna que valga, ni circunstancia a tomar en cuenta, dada la gravedad que producirá, tanto en el aspecto corporal como psicológico a la menor de edad.

Por último, en cuanto a la imposición de la cadena perpetua, señala que responder con firmeza extraordinaria, no puede significar de ningún modo, dejar de lado el principio de jerarquización del bien jurídico tutelado, de que la vida humana es el bien jurídico más importante por lo que no resulta razonable y atendible proporcional, que el delito previsto en el artículo 173 del CP, tenga pena más grave que el asesinato (Salinas, 2019).

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. Derechos y principios que respaldan la sanción de la violación sexual de menor de edad en la teoría, jurisprudencia y normativa penal.

La teoría penal, es la raíz de cualquier dogmática especializada que se desarrolle al interior de esta materia, es por ello que el contenido del tipo penal de violación sexual de menor de edad, además de contar con justificaciones propias relativas al supuesto de hecho sancionado, cuenta con fundamentos teóricos relativos a la finalidad última de su regulación, misma que debe encontrarse en correlación con la finalidad propia del derecho penal general.

Así, la discusión de resultados propuesta para este extremo de la investigación, inicia con un camino ya recorrido muchas veces relativo al planteamiento de la finalidad del Derecho Penal, pero esta vez, teniendo en cuenta que se trata de una rama, si bien muy específica y, por tanto, especializada del Derecho, no deja y no puede dejar de responder a la finalidad del Derecho mismo y, sobre todo, no puede evitar encontrarse en concordancia con el contenido que a este se le otorga en el contexto del Estado Democrático Constitucional de Derecho tan en boga ya desde algunos lustros.

Presentado ya hace más de medio siglo, el Estado Democrático Constitucional, funge como una construcción político-jurídica, que trata de “ser imparcial, jugando un papel de mediador entre la moral y el derecho” (Bechara, 2011). De igual manera, se manifiesta como un rincón medular de su planteamiento, dado que rompe con la antigua pretensión del positivismo excluyente que centra sus esperanzas únicamente en el legislador y en la realización de una función aséptica con el ideal de mantener a las formulaciones legales, en ese momento entendidas como normas, descontaminadas de todo criterio moral (La Torre, 2013).

Bajo este entendido, el Derecho, deja de ser visto únicamente como un ordenamiento jurídico, compuesto por disposiciones normativas en las que prima la ley como una única forma de norma, sino que amplía sus horizontes hacia la verificación de otros campos, tales como el valorativo que también constituye Derecho y el fáctico que sigue la misma suerte (Reale, 1997).

Es más, el propio término “norma”, ha sufrido diversos cambios de contenido y ha visto ampliada su extensión, hacia aquellos valores ideales que se obtienen de la discusión *iusfilosófica* o la construcción teórica, e incluso de las conquistas dogmáticas propias de la evolución en el pensamiento jurídico; así como, para referirse a aquellas máximas de organización que desarrollan fácticamente las sociedades en su quehacer diario; si es que queremos quedarnos dentro de los límites del tridimensionalismo.

Aunque, si vamos un poco más allá, hacia la constatación de que la moral misma, como expresión de la naturaleza del ser humano, gesta normas que son supremas y anteriores al Estado mismo; de las cuales pueden derivarse principios y directrices que van mucho más allá de la mera consideración positivista de la existencia de normas primarias y normas secundarias en el sentido de disposiciones legales, en el sentido de normas reglas, mismas que, efectivamente son diferentes a los principios en cuanto estos cuentan con la dimensión del peso o importancia, es decir, cuando “los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno” (Dworkin, 1989).

Así como también, se ha extendido el contenido de la norma jurídica hacia campos posteriores a la determinación de la naturaleza humana, de la discusión valorativa o de la actuación del legislador, hacia el momento de la interpretación, bajo la postura de que el derecho reglado no es más que derecho inerte, deseoso de nacer, pero todavía no acabado, siendo que su génesis se produce recién cuando el juez o el jurista práctico lo interpreta, vale decir, la norma jurídica no constituye una disposición positivada, sino la aplicación de la misma a una circunstancia concreta; el legislador crea disposiciones, pero el juez o el jurista práctico tienen la posibilidad de crear normas a través de la interpretación (Tarello, 2018).

De esta manera, el primer fundamento a desarrollarse como parte del análisis de los valores que se encuentran detrás de la presente investigación, se centra en la presentación del Derecho desde una perspectiva que supera la sola dación de una ley como norma formal, como disposición normativa o como regla y que, sobrepasa estos límites positivos para instalarse además en el desarrollo valorativo que se construye a partir de una moral crítica, en el recojo de vivencia materiales que se presentan de manera muy diversa y que requieren una atención individualizada teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y, por supuesto, en la enorme responsabilidad que supone la labor del juez y de cualquier otro jurista práctico al momento de construir una norma adecuada para otorgar una solución justa a cada caso concreto, misma que, evidentemente no es arbitraria, sino que debe estar acompañada del repaso obligatorio por las circunstancias del caso concreto, la consideración del soporte normativo previo y el respeto de los valores fundamentales.

Conceptos sumamente relevantes para el estudio particular realizado en la presente investigación, puesto que, viran hacia la verificación de una finalidad material del Derecho, de la mano del pospositivismo y con base en el escepticismo que vira hacia la consideración de la labor del juez penal, no más como un aplicador automático de la ley penal, sino como un creador de norma jurídica en cada caso penal concreto que se presenta ante su judicatura.

Postura que podría sugerir inseguridad jurídica en la percepción de los juristas que han creído por décadas que la aplicación mecánica del Derecho y, en ese sentido, el respeto irrestricto del ordenamiento jurídico penal expresado en reglas de subsunción es la manera más segura de tutelar los derechos, pero que, en muchas ocasiones, lejos de favorecer a los derechos fundamentales de las personas, se termina por perjudicarlos seriamente en aras del respeto de las disposiciones normativas.

Tal situación podría presentarse y, de hecho ha ocurrido muchas veces, en los casos penales relativos a la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, cuya sanción ha sufrido múltiples modificaciones en las tres décadas que lleva de vigencia el Código Penal; en cuyo tenor vigente establece que el acceso carnal por vía bucal, anal o vaginal con un menor de 14 años, constituye violación sexual aun cuando medie el consentimiento del niño, niña o adolescente; puesto que, según la finalidad de la norma, el derecho fundamental que se busca proteger de manera formal es el derecho a la indemnidad sexual, misma que se ha determinado por una decisión legislativa, de manera formal, y se ha resumido en un baremo etario fijo; lo que impide al juzgador realizar una interpretación distinta en atención a las circunstancias del caso concreto, situación que pretende volverlo en un simple aplicador de lo que el legislador dispone, tal y como ocurría en la primera época del Estado liberal.

Vale decir, despoja al juzgador de su capacidad de interpretar la disposición normativa y de crear norma según las necesidades del caso concreto, regresa la concepción del Derecho a la época de las reglas y considera mucho más seguro cumplir con la prescripción formal, desde una lógica subsuntiva, sin verificar si la decisión tomada bajo estos límites formales favorece realmente a las partes involucradas en el proceso penal; visión desfasada y por demás perjudicial para los derechos fundamentales de las personas, para el contenido material del debido proceso y la tutela efectiva, así como, para la sociedad misma en relación al objeto de la prevención.

Téngase en cuenta que el fundamento funcional del Derecho Penal, justifica al *ius puniendi* ha abandonado la justificación de la obtención de la justicia por medio de la imposición de una pena, mirada retribucionista, para asentarse en la función de protección de bienes jurídicos por medio de la prevención de delitos, es decir, a partir de la necesidad de proteger a la sociedad (Mir Puig, 2003); lo cual no puede ser interpretado desde la perspectiva de una preconcepción de que quien comete un delito es un enemigo per se y que necesita de la imposición de la pena, ya que, “si el fundamento del derecho de castigar reside en su necesidad para la protección de la sociedad, no estará justificado hacer uso de él cuando dicha necesidad falte” (Mir Puig, 2003).

Si bien es cierto, esta frase de Mir Puig se refiere a la necesidad determinada por la comisión del delito y la determinación de la responsabilidad penal en términos de apuntar a la función de la pena o la medida de seguridad como medio de eliminación de la peligrosidad del delincuente; también puede ser ampliada hacia los casos en los que no se verifique una necesidad material de imposición de una pena o medida de seguridad; como es que se ha verificado en algunos casos que serán planteados en el acápite siguiente, en los que el acceso carnal con una menor de 14 años ha originado una familia estable o en los que se ha verificado pericialmente que no se ha lesionado integridad sexual alguna, por constituir este derecho una característica humana que debe ser verificada materialmente y no bajo disposiciones normativas formales.

Mirada que nos abre las puertas a la consideración de un Derecho Penal social, que si bien mantiene la fórmula de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, se encuentra consciente de que la pena no es la única salida para cuando estos se presentan y, en este sentido, la capacidad para satisfacer de modo eficaz la necesidad de protección de la sociedad exige que el ius puniendi se encuentre limitado por la garantía del individuo; así, el “derecho penal social no debe sustituir sino completar la unilateralidad del derecho penal liberal. La síntesis habrá de alcanzarse en un derecho penal democrático, que impondrá a su vez

límites propios a la facultad punitiva del Estado”, límites determinados ya sea por los propios derechos fundamentales que se encuentran detrás de la interpretación judicial que ha de otorgarse en cada caso concreto, así como de la verificación obligatoria de las circunstancias especiales que acompañan al mismo.

Ello va relacionado con la comprensión del contenido del derecho a la tutela efectiva, hiperónimo del derecho de defensa, que en el Derecho Penal debe encontrarse basado en las circunstancias materiales del caso, lo que influye en la configuración del fundamento social y democrático del derecho penal, así como en la utilización de los principios de ultima ratio y fragmentariedad.

El primero que “apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no hayan otras formas de control menos lesivas” (Carnevali, 2008, p. 13); y, el segundo, que supone que el “derecho penal no protege todos los bienes jurídicos, sino sólo los más importantes (...) y consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización” (Goicochea y Córdova, 2019, p. 50).

No obstante, no es una situación feliz y simple la determinación de la importancia de un bien jurídico, puesto que, si esta pretende ser establecida a nivel formal, es menester asegurar que cualquier bien

jurídico, también la indemnidad sexual, es sumamente importante; empero, su importancia se verifica en virtud de constataciones reales, materiales, fácticas, en la casuística misma, el asunto no se presenta tan sencillo; puesto que, se hace necesario contar con las pericias suficientes para acreditar que el daño a la integridad ha sido importante, así como, la verificación de que no concurren otros bienes jurídicos con mayor importancia que requieran de tutela, como por ejemplo el derecho a la familia o el derecho a la integridad de un hijo nacido fruto de las relaciones sexuales con la menor de 14 años.

Con todo lo desarrollado, teniendo en cuenta que en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, la idea positivista de la existencia de un ordenamiento jurídico meramente formal que se encuentra compuesto de una totalidad de prescripciones formales que han de ser respetadas en virtud de un *ius imperium* conformado por mera autoridad, ha sido superada y ha cambiado actualmente hacia la necesidad de verificación material en cada caso concreto de la norma a conformarse de manera que se asegure la cercanía de la resolución hacia la justicia; es posible afirmar que algunas propuestas de la teoría del delito han variado también sus contenidos y admiten consideraciones materiales.

Tal es el caso de la comprensión de la antijuricidad de un hecho que resulta típico, sabemos que todo hecho típico es tal por el hecho de

verse subsumido en el supuesto de hecho establecido en la disposición normativa, pero, doctrinariamente se ha establecido que tal subsunción no basta para que el hecho sea considerado antijurídico, sino que además este hecho debe ser contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto, vale decir, apunta a la coherencia del propio ordenamiento jurídico (Peña y Almanza, 2010).

Y es a partir de este último extremo que se sustenta la posición de la presente investigación, en el concepto que se tiene sobre el ordenamiento jurídico, que anteriormente viraba únicamente a la verificación del derecho escrito y actualmente, apela a un sistema normativo que depende también del reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en la constitución material, es más, el contenido de los derechos fundamentales formalmente recogidos en el texto constitucional, ha sido ampliado jurisprudencialmente por el jurista práctico en virtud de las necesidades del caso concreto; ello es lo que debe ocurrir en los casos que son tipificados como violación sexual de menor de edad, pero que, de conformidad con las circunstancias materiales, no resultan antijurídicos o, no ameritan ser sancionados verificada la coherencia del tipo penal con otras normas del ordenamiento jurídico, también las de la constitución material.

Por otro lado, volviendo hacia el concepto de culpabilidad, el mismo que constituye un concepto “medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva del autor en el hecho aislado” (Peña y Almanza, 2010), he de asentarse que este concepto implica la verificación de la actuación del autor en el hecho concreto, lo que lo vuelve un concepto graduable, que se ajusta y se hace proporcional e individual al trasgresor.

De lo que se obtiene que, este elemento resulta sumamente relevante pero no desde una perspectiva formal de reproche por la configuración de un tipo penal, sino desde la identificación del hecho material, mirándose, en primer lugar el grado de participación subjetiva en el hecho, pero, en segundo lugar, la necesidad preventiva especial que se deriva de tal participación y de las circunstancias que la rodean, lo que permitirá constatar la existencia de responsabilidad penal (Peña y Almanza, 2010).

Análisis necesario en todo tipo de delito, incluso, en uno que se supone tan reprochable como la violación sexual de menor de edad. A ello se llega puesto que, si bien es cierto puede asegurarse que se presenta culpabilidad del sujeto por su participación en un hecho concreto, para que exista responsabilidad, es necesario que esta concorra con la necesidad de prevención especial, misma que, en muchos de los casos que se analizarán a continuación, no existe o se ve disminuida.

3.1.2. Analizar la casuística presentada en el distrito judicial de Cajamarca sobre procesos de violación sexual de menores de 13 años en los que ha mediado consentimiento durante los años 2013-2017.

No existe mejor manera de conocer las circunstancias concretas de cada caso, que la revisión de los expedientes judiciales en los que se han presentado particularidades que han alejado la decisión judicial de la acostumbrada aplicación mecánica de la pena establecida en el artículo 173 del Código Penal; aunque, cabe aclarar que, dada la inestable regulación que este artículo ha tenido en estos últimos años, el análisis irá más allá de la referencia específica a la pena gravosa, sino que se centrará en las circunstancias materiales que determinan el contenido también material de la indemnidad sexual y, por tanto, la naturaleza dinámica del principio del interés superior del niño.

Para ello, se presentará, en primer lugar, un consolidado de los resultados generales de la observación de expedientes, en el que se resumen los principales criterios jurisprudenciales que han sustentado la inaplicación de la pena establecida en el artículo 173 del Código Penal en cada caso concreto; mismos que permitirán resumir los fundamentos que busca la presente investigación.

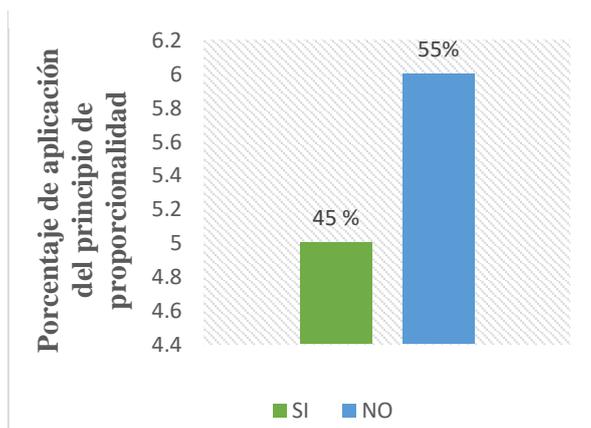
Tabla 01:

Resultados de la observación de expedientes.

SENTENCIA	EDAD DEL SUJETO ACTIVO	EDAD DEL SUJETO PASIVO	CONVIVEN	HIJOS	PENA IMPUESTA	Aplican Proporcionalidad		Fundamento	Aplican otros criterios
						NO	SI		
Exp.00273-2015-31. Cajamarca. 25-11-2017	23	13	SI	UNO	25 AÑOS	X			Error de tipo
Exp.00004-2015-75. Cajamarca. 10-09-2017	18	13	SI	UNO	22 AÑOS	X			Error de tipo
Exp.127-2016-72. Cajamarca. 06-09-2017	19	12	SI	DOS	20 AÑOS	X			Error de tipo
Exp.00033-2014-68. Cajamarca. 04-05-2018	28	13	SI	UNO	10 AÑOS		X	Cercanía etaria y ausencia de violencia	
Exp.0031-2016-48. Cajamarca. 17-01-2018	20	12	SI	UNO	20 AÑOS	X			Error de tipo invencible
Exp.412-2014-48. Cajamarca. 23-03-2015	25	12	SI	UNO	15 AÑOS	X			Error de comprensión culturalmente condicionado
Exp.328-2017-41. Cajamarca. 23-03-2015	23	12	SI	DOS	3 AÑOS 9 MESES		X	Cercanía etaria, ausencia de violencia, convivencia e hijos	
Exp.028-2014-1. Cajamarca. 12-05-2018	19	13	SI	DOS	5 AÑOS		X	Cercanía etaria, ausencia de violencia, convivencia e hijos	
Exp.00309-2017-1. Cajamarca. 07-08-2018	29	12	SI	DOS	25 AÑOS	X			Error de tipo invencible
Exp.204-2006-1. Celendín	27	12	SI	UNO	7 AÑOS		X	Convivencia y ausencia de violencia	
Exp.2011-2006-1. Chota	24	13	SI	UNO	7 AÑOS		X	Convivencia y ausencia de violencia	

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla 1: Porcentaje de aplicación de la proporcionalidad



Fuente: Elaboración propia del autor

Entiéndase que, de los casos existentes, solo en el 45%, los Magistrados del Distrito Judicial de Cajamarca, aplicaron el principio de proporcionalidad; no obstante, en el 100% de casos se vieron reducidas las penas contempladas en el artículo 173 del Código Penal, por diversas circunstancias que inspiran los criterios judiciales que se explican a continuación:

A. Criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad por expediente analizado

A continuación, estableceremos cuáles fueron los criterios utilizados para la aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias analizadas.

- a. Tenemos que en el Exp. 00033-2014-68, cuya sentencia fue emitida el 04 de mayo de 2018, el sujeto activo al momento de la comisión del hecho delictivo contaba con 28 años y el sujeto pasivo la edad de 13 años. En este caso se impuso la sanción de 10 años de pena privativa de libertad efectiva, teniendo como fundamento la convivencia entre el sujeto activo y pasivo, además de la ausencia de violencia.

De esta manera, se le impuso un tercio de la pena que establecía el tipo penal a la fecha de la comisión delictiva, pena que aún resulta ser relativamente alta¹, pero que, no responde a la

¹ Como crítica personal la pena impuesta igual sigue siendo excesiva para la familia que han conformado las partes procesales, estarán forzosamente separar por diez años, y en base a las máximas de experiencia

aplicación subsuntiva del tipo penal, sino que toma en cuenta las circunstancias materiales del caso para determinar una pena que resulte razonable.

- b. En el Exp. 328-2017-41, cuya sentencia fue emitida el 23 de marzo de 2015, donde la edad del sujeto activo al momento de la comisión de los hechos era de 23 años y del sujeto pasivo era de 12 años de edad; aplicando el principio de proporcionalidad en virtud de la Casación N° 335-2015-Del Santa, se le impuso al sujeto activo 3 años y 9 meses de pena privativa de libertad efectiva² teniendo como fundamento la cercanía etaria, ausencia de violencia, la existencia de convivencia e hijos; vale decir, la existencia de circunstancias fácticas que modifican la antijuricidad del hecho o, en todo caso, la existencia de culpabilidad.

- c. Por otro lado, en el Exp.028-2014-1 cuya sentencia fue emitida el 12 de mayo de 2018, el sujeto activo al momento de perpetrados los hechos tenía 19 años y el sujeto pasivo, 13 años, en este caso se le impuso al sujeto agente la pena de 5 años de pena privativa de libertad efectiva; acogiendo el fundamento de la cercanía etaria, ausencia de violencia, convivencia e hijos.

y a la realidad sociológica en la que vivimos es muy poco probable que se vuelvan a reconstituir vulnerado, el derecho a la familia y el interés superior del niño.

² Si bien, la pena en este caso es del 13% de la pena que regula el tipo penal, aun así, sigue siendo efectiva, e implica separar a una familia por el lapso de casi cuatro años lo que también afecta al derecho a la familia de las partes procesales y de los hijos que estos tienen, producto de ese inicio temprano de su vida sexual.

También se aplicó el principio de proporcionalidad, aunque la pena pareciera relativamente baja a comparación de la pena establecida por el tipo penal, aun así, se otorgó prevalencia a otros valores jurídicos que resultan más relevantes en el caso concreto, como el derecho a gozar de una familia que, por aplicación de la pena podría verse desintegrada, así como el derecho de los hijos de gozar de la tutela de su padre, que vería disminuida esta posibilidad de encontrarse recluido, lo que lleva a la aplicación del principio de *ultima ratio* y el de fragmentariedad.

- d. En el Exp.204-2006-1, en el que la edad del sujeto activo al momento de la materialización de los hechos, es de 27 años y la edad del sujeto pasivo de 12 años; se aplicó el principio de proporcionalidad y se le impuso al sujeto activo 7 años de pena privativa de libertad efectiva, teniendo como fundamento la cercanía etaria y ausencia de violencia; lo que evidencia que en algunos casos de violación sexual de menor de edad, las circunstancias fácticas determinan que no existe afectación de indemnidad sexual alguna; sin embargo, en este tipo de casos resulta sumamente importante la concurrencia de pericias psicológicas, antropológicas y sociales que coadyuven a dotar de objetividad la decisión; de lo contrario, se podría estar favoreciendo a la impunidad.

- e. Del mismo modo tenemos el Exp.2011-2006-1, la edad del sujeto activo al momento de la materialización de los hechos, es de 24 años y la edad del sujeto pasivo es de 13 años; acogiendo el principio de proporcionalidad se le impuso al sujeto activo 7 años de pena privativa de libertad efectiva, teniendo como fundamento la cercanía etaria y ausencia de violencia; basados en las circunstancias materiales del hecho, lo que deja ver que el límite etario formal establecido en el artículo 173 del Código Penal no puede ser tomado como una verdad absoluta y que, exige la verificación de las circunstancias propias del caso, puesto que el concepto de indemnidad sexual no es ni puede ser determinado formalmente, sino materialmente con la utilización de las pericias correspondientes.

Podemos notar que, en los dos últimos casos, si bien, muchos podrían decir que 7 años a comparación de 30 años que dispone el tipo penal es una pena baja y proporcional; sin embargo, este resultado es una falacia, porque si analizamos los derechos constitucionales conexos, notamos que la pena aún sigue siendo alta y restrictiva de la libertad, que implica separar a una familia por 7 años, un período de tiempo muy extenso si se enfoca desde el punto de vista de la Unidad Familiar puesto que las probabilidades de reconstitución de dichas familias son relativamente baja.

Ahora, respecto a las sentencias recaídas en los: Expediente 00273-2015-3, Expediente 00004-2015-75, Expediente 127-2016-72, Expediente 0031-2016-48, Expediente 412-2014-48, Expediente 00309-2017-1; la pena impuesta fue de 20 años a más, a excepción del Expediente 0031-2016-48 que fue de 15 años. Cabe hacer mención que en estos procesos no se aplicó el principio de proporcionalidad y evidentemente se afectó a las familias que los sujetos activos y pasivos habían formado.

En ese sentido, los criterios jurídicos que se han identificado en la casuística analizada y que constituyen la propuesta dogmática a realizar en los siguientes puntos y pueden ser aplicables a este tipo de casos como fundamentos de atenuación (podrían ser considerados como circunstancias atenuantes como las detalladas en el artículo 46 del código penal) o de aplicación de forma proporcional a la pena en base al principio de proporcionalidad, son los siguientes:

- a) La diferencia etaria no debe ser desproporcionada.
- b) Debe verificarse en cada caso concreto la inexistencia de afectación psicológica, cognitiva o conductual por el hecho vivido.
- c) Debe presentarse una convivencia (unión de hecho) libre de impedimentos.
- d) Debe apreciarse la presencia de prole.

- e) Debe hacerse necesaria la tutela de la unidad familiar.
- f) Debe verificarse la inexistencia de antecedentes por hechos similares, incluyendo la inexistencia de denuncias policiales.
- g) Puede constatarse la concurrencia de usos, costumbres y tradiciones diferenciadas.
- h) Deben identificarse las características personales del sujeto activo, como el nivel de instrucción que presente.

En la tabla 01, se muestra la forma de aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación de la pena de los procesos de violación sexual en menores de 13 años en el distrito judicial de Cajamarca donde ha mediado consentimiento, todo ello en base al objetivo general.

B. Verificación de los criterios para la aplicación de una pena gradual

En términos de cantidad, cinco sentencias aplicaron el principio de proporcionalidad en base a la Casación N° 335-2015 Del Santa, así tenemos: Exp .00033-2014-68, Exp. 328-2017-41, Exp. 028-2014-1, Exp. 204-2006 – Celendín, Exp. 2011-2006 – Chota; mientras que, seis de ellas no tomaron en cuenta el principio de proporcionalidad conforme a la Casación N° 335-2015 del Santa, las cuáles son: Exp. 00273-2015-31, Exp. 00004-2015-75, Exp. 127-2016-72, Exp. 0031-2016-48, Exp. 412-2014-48, Exp. 00309-2017-1.

Esta distinción de sentencias muestra resoluciones contradictorias dentro de un ordenamiento jurídico único, advirtiendo la forma como se ha venido aplicando el principio de proporcionalidad en los diferentes Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca, pues en mucho de los casos se impone una condena de 20 años a más de pena privativa de libertad a un joven de 19 años (o una edad cercana o próximo a la víctima) quien mantuvo relaciones sexuales con su enamorada de 13 años de edad, sentencias que al ser impugnadas logran la reducción de la pena privativa de libertad efectiva invocando la Casación N° 335-2015-Del Santa.

Esta sentencia penal declaró como doctrina jurisprudencial que en casos de relaciones sexuales consentida (Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal), tomadas de un hecho social común, esto es de aquellas relaciones sexuales consentidas entre el acusado de 19 años de edad como presunto autor del delito de abuso sexual de menor de edad o violación sexual presunta (artículo 173 inciso 2 del Código Penal) con una menor de 13 años 25 días de edad, fundamenta que la proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio, debiendo ponderar los siguientes factores: a) Ausencia de violencia para acceder al acto sexual, b) Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años c) Afectación psicológica mínima de la víctima, d) Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo.

La Corte Suprema para resolver el caso echa mano del test de proporcionalidad, entiende así que, en cuanto al examen de idoneidad, considera que la norma es idónea en sentido abstracto e inidónea en sentido concreto, es decir, por cuanto la prohibición de una atenuación no conduce o tiene la finalidad de proteger el bien jurídico de indemnidad sexual ni con el fin de la pena de prevenir delitos. (fj. 39)

Así mismo señala que: “La proporcionalidad en sentido estricto tiene dos principios en juego: el principio de legalidad contra la defensa de la dignidad y la libertad personal del imputado, entendiendo que estas últimas tienen un peso mayor a la dignidad. (fj. 39)”

En ese mismo sentido la Casación 336-2016-Cajamarca se muestra una realidad similar, imputando a un joven de 19 años de edad el delito de violación sexual del artículo 173 inciso 2 del código penal con la Agraviada de 13 años de edad a quienes les unía una relación sentimental (además de ser su vecino) en este caso en primera instancia se le condenó a 30 años de pena privativa de libertad, más el pago de 5 mil soles de reparación civil, así como se dispuso el tratamiento terapéutico.

Sin embargo, en segunda instancia, decidió inaplicar la pena de 30 años del artículo 173 inciso 2 del código penal y reformándole le impuso la pena de 16 años de pena privativa de libertad y se eleva en consulta la sentencia de vista a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema para su conformidad. En este caso la Sala fundamenta con respecto al principio de proporcionalidad lo siguiente:

El principio de proporcionalidad, orienta al cumplimiento de los fines preventivo especiales de la pena, cuestión que tiene reconocimiento en instrumentos internacionales como el artículo 5.6 CADH (fj.5.5). Así el principio resocializador en cuanto implica la prohibición de penas crueles e inhumanas principio que goza de fundamento convencional en el artículo 2 CADH (fj. 5.6).

De igual forma en la Casación N° 403-2016, Lambayeque, se imputa el delito de violación sexual presunta contenida en el artículo 173 inciso 2 del código penal a un joven de 21 años de edad que mantuvo relaciones sexuales consentidas con una menor de 12 y que prolongaron hasta los 13 años de edad. En primera instancia, se le condena a 30 años de pena privativa de libertad efectiva, sin embargo en segunda instancia se redujo la pena a 10 años de pena privativa de libertad efectiva en base a los siguientes fundamentos: a) El acusado señaló de forma coherente y uniforme que las relaciones consentidas se dieron en el marco de una relación sexual consentida, b) La pericia psicológica deja entrever estabilidad emocional, c) El acusado es un joven de 21 años, campesino, sin antecedentes penales, siendo en el caso concreto atendiendo al principio de proporcionalidad aplicarle una pena menos gravosa, como es la de 10 años.

Es así como la Sala fundamenta la aplicación del principio de proporcionalidad:

Cuando la proporcionalidad abstracta de la pena no ha sido respetada por el legislador, “es función del órgano jurisdiccional y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena”, concibiendo este principio de proporcionalidad o

prohibición del exceso como aquella en la cual la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y perjuicio socialmente ocasionado.

Así mismo expresa que:

En el caso concreto los magistrados supremos, entienden que las cuestiones que habilitan la aplicación del principio de proporcionalidad, toda vez que el acusado, tenía 21 años de edad al momento de ocurrido los hechos, aceptó la práctica de relaciones íntimas dentro de una relación sentimental, es de extracción campesina, tuvo sólo educación primaria, no tiene antecedentes penales o judiciales. (fj. 5.5)

En esa misma línea el Recurso de Nulidad N° 1843-2014, Ucayali, nos narra los hechos que se imputan por el delito de abuso sexual del artículo 173 inciso 1 del código penal. Es así como en primera instancia se le sentencia a cadena perpetua, pero en segunda instancia se pronuncia fundamentando que: “El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso es un principio limitador del *Ius Puniendi*”. (fj.14)

En este sentido señala que el legislador del Código Penal, regula algunas circunstancias tales como:

Las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, la cultura y sus costumbres” para determinar la pena concreta, en base a ello en su fundamento jurídico 15, refiere que en el caso concreto el acusado, no se tuvo en cuenta sus condiciones personales, su condición de primario, su escaso nivel cultural-económico por el cual se deberá reducir prudencialmente la pena. (fj. 15).

Concluyendo podemos afirmar que existe un patrón común entre todos estos casos, en lo que respecta a la aplicación del principio de proporcionalidad en casos donde las menores han prestado su consentimiento, a excepción de tres casos donde no se dio tal condición.

En efecto la jurisprudencia peruana ha seguido esta misma línea, aunque los criterios jurídicos sociales usados han diferido en cada caso. Así tenemos que en la Casación N° 335-2015, del Santa fue la más benigna influenciada por la edad del imputado, en la Casación N° 336-2016-Cajamarca y la Casación N° 403-2016- Lambayeque, toman en cuenta criterios similares como la cercanía a la agravada, la carencia de antecedentes penales.

Sin embargo, la más particular es el Recurso de Nulidad N° 1843-2014-Ucayali, en donde en aras del principio de proporcionalidad se hace uso del artículo 15 fundando sus razones en aspectos consuetudinarios, que no significa necesariamente el bloqueo de una posible condena, sino una prohibición de exceso.

Con la figura 03, lo que, se busca es mostrar los principales fundamentos de los jueces del distrito judicial de Cajamarca durante los años 2015-2017. En dicho gráfico se analizan 11 resoluciones judiciales que mencionan los fundamentos legales que sirvieron como sustento en los jueces; siendo estos fundamentos importantes para el desenvolvimiento del debido proceso.

Este hallazgo se dio al analizar detenidamente la sentencias por delito de violación sexual en menores de trece años de edad donde ha mediado consentimiento en el distrito judicial de Cajamarca, es así como la mayoría de los magistrados sustentaron la motivación de sus decisiones aplicando o considerando cuatro (04) criterios: 1) El Juzgado consideró que existió un error de tipo vencible, 2) Casación N° 335 2015, Santa, 3) Error culturalmente condicionado del artículo 15 del Código Penal y 4) el numeral 4 del artículo 29 del Código Penal.

Al analizar cada criterio individualmente, sabemos que “dentro del derecho se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de la fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o sobre sí mismo” (Cabanellas, 1953, p. 77).

Es así como el art.14 del Código Penal, señala que, el error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

De la misma manera Muñoz (1993) señala que, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de estos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo demás, si el error fuera vencible deja subsiguiente el tipo objetivo del injusto de un delito imprudente.

Cuando nos referimos a la Casación N° 335-2015 - Del Santa, debemos tener en cuenta los criterios establecidos por esa jurisprudencia vinculante, señalando que, se debe considerar, que existía proximidad para cumplir los 14 años, no sea mucha la diferencia de edad entre el imputado y la menor, y no exista grave afectación psicológica.

Cuando analizamos el tercer criterio, error culturalmente condicionado del artículo 15 del código penal, este señala taxativamente que, el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

En el segundo párrafo señala que, lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la

comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del título IV del libro segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

Finalmente, uno del criterio también muy concurrido por los magistrados en el Distrito Judicial de Cajamarca y no menos importante el artículo 29 del código penal, el cual expresa que, la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años. Es en base a este artículo en cuya motivación se basan los magistrados para emitir una pena proporcional.

Tomando en cuenta éstos cuatro criterios, podríamos decir lo siguiente: a) el error de tipo vencible, puede llegar a excluir de condena al imputado por un tema de desconocimiento de delito, siempre y cuando exista el consentimiento (esto ya se menciona en los resultados anteriores); b) la Casación N° 335-2015 – Del Santa usa factores que no se relacionan con el tipo vencible, sino por ejemplo con proximidad de edad o la “afectación psicológica”; c) en el caso del artículo 15, al ser en muchos casos zonas urbano-rurales, aún se podría hablar de un tipo consuetudinario, basado en la costumbre en donde no es transgresor la unión con menores de edad.

Siguiendo la misma línea que la figura 03, la presente discusión describe los porcentajes de utilización de la Casación N° 335-2015 - Del Santa para resolver procesos por delito de violación sexual en menores de trece años de edad en los que ha mediado consentimiento en el Distrito Judicial de Cajamarca.

Es de esta manera que podemos afirmar que el 45% de 11 resoluciones motivadas por los magistrados judiciales de Cajamarca se han pronunciado utilizando la Casación N° 335-2015- Del Santa, mientras que el 55% de éstas 11 resoluciones no aplica la Casación mencionada, ni discute la proporcionalidad de la pena, absolviendo en la mayoría de casos a los imputados implicados.

Como ya se ha señalado en las anteriores discusiones, la Casación N° 335-2015 - Del Santa, la misma que posteriormente se convirtió en una doctrina jurisprudencial en casos en las que se dé una relación sexual consentida (Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal), tiene ciertos criterios a considerar antes de emitir un fallo, los cuales son: que la agraviada tenga proximidad de la edad a los catorce años de edad; que no exista por el hecho afectación psicológica y finalmente que haya una mínima diferencia etaria entre la víctima y el sujeto activo del delito.

En este pronunciamiento de la Corte Suprema señaló además que la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22, segundo

párrafo del Código Penal (imposibilidad de aplicar atenuante por responsabilidad restringida en delitos sexuales), vía control difuso, es compatible con la Constitución y finalmente para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29 del Código Penal, es decir se aplicará una pena entre los 2 días y 35 años de pena privativa de libertad.

Pero, a pesar de todo ello, si bien es cierto se aplica el principio de proporcionalidad, en los delitos de violación sexual de menores de trece años de edad donde ha mediado consentimiento; pero el resultado sigue siendo penas efectivas.

Con esto se contrasta, que las penas que se imponen en este tipo de casos; aún siguen siendo gravosas y perjudican a la familia constituida entre el sujeto activo y pasivo. Por ende, la pena debe ser gradual. Esto significa, que la pena a aplicarse no debe ser una pena privativa de libertad, sino convertida en prestación de servicio comunitario, con reglas de conducta; bajo apercibimiento de revocarse la conversión e imponerse una pena privativa de libertad efectiva. Con este tipo de pena gradual y proporcional, no se estaría desintegrando una familia, cuya reconstitución a la larga sería de probabilidad baja hasta nula.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.2.1. El criterio de proporcionalidad entre los derechos inmersos dentro de los hechos imputados como delictivos

Sin salirnos de la hipótesis planteada, es necesario conocer la posición que tiene la Corte Suprema del Perú respecto a su postura de aplicar el principio de proporcionalidad sobre todo en procesos de violación sexual en menores de trece años de edad en los que ha mediado consentimiento; al respecto se tiene lo siguiente:

Tabla 02:

Postura de la Corte Suprema del Perú para resolver procesos por delitos de violación sexual a menores de 13 años

Casación	Postura de la Corte Suprema
Casación 335-2015, Del Santa	<ul style="list-style-type: none">• La Corte Suprema para resolver el caso echa mano del test de proporcionalidad, entiende así que, en cuanto al examen de idoneidad, considera que la norma es idónea en sentido abstracto e inidónea en sentido concreto, es decir, por cuanto la prohibición de una atenuación no conduce o tiene la finalidad de proteger el bien jurídico denominado indemnidad sexual con el fin de cumplir el fin de la pena de prevenir delitos (fj. 39)• En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, se presentan dos principios en juego, el principio de legalidad contra la defensa de la dignidad y la libertad personal del imputado, entendiendo que estas últimas tienen un peso mayor a la legalidad (fj. 39)
Casación 336-2016, Cajamarca	<ul style="list-style-type: none">• El principio de proporcionalidad, orienta al cumplimiento de los fines preventivo especiales de la pena, cuestión que tiene reconocimiento en instrumentos internacionales como el artículo 5.6 CADH (fj.5.5) así el principio resocializador en cuanto implica la prohibición de penas crueles e inhumanas principio que goza de fundamento convencional en el artículo 2° CADH (fj.5.6).
Casación 403-2016, Lambayeque	<ul style="list-style-type: none">• En su fundamento 4.4, la Corte Suprema señala que “cuando la proporcionalidad abstracta de la pena no ha sido respetada por el legislador, es función del órgano jurisdiccional y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena”, concibiendo este principio de proporcionalidad o prohibición del exceso como aquella en la cual “la pena debe ser adecuada al daño

ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y perjuicio socialmente ocasionado” (fj.4.4)

- En el caso concreto los magistrados supremos, entienden que las cuestiones que habilitan la aplicación del principio de proporcionalidad, toda vez que el acusado, tenía 21 años de edad al momento de ocurrido los hechos, aceptó la práctica de relaciones íntimas dentro de una relación sentimental, es de extracción campesina, tuvo sólo educación primaria, no tiene antecedentes penales o judiciales (fj.5.5)

**Recurso de Nulidad
1843-2014, Ucayali**

- La Sala Suprema, señala que “el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso es un principio limitador del *Ius Puniendi*” (fj.14)
- En este sentido señala que el legislador del código penal, regula algunas circunstancias tales como “las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, la cultura y sus costumbres” para determinar la pena concreta, en base a ello en su fundamento jurídico 15, refiere que en el caso concreto el acusado, no se tuvo en cuenta “sus condiciones personales, su condición de primario, su escaso nivel cultural-económico” por el cual se deberá reducir prudencialmente la pena (fj.15)

Fuente: Elaboración propia del autor

En consecuencia, podemos ver que en nuestro sistema jurídico existen diversas posturas de la Corte Suprema y que fueron recogidas en cuatro jurisprudencias que desarrollaron la aplicación del principio de proporcionalidad en los delitos de violación sexual de menores de 13 años de edad donde ha mediado su consentimiento. Debemos acotar que estas posturas no son excluyentes, por el contrario, se complementan.

Precisamente, tales posturas pueden ser resumidas y sistematizadas, en primer término, teniendo en cuenta al resultado del enfrentamiento de principios en los procesos penales por violación sexual de menor de edad, en los que media consentimiento; en los cuales, el principio de legalidad se enfrenta al derecho-principio a la dignidad, así como al derecho a la libertad;

enfrentamiento en el cual, según la Corte Suprema, resultan primando los dos últimos valores jurídicos, por encima del primero.

Al respecto, cabe acotar que, existen situaciones detrás de cada caso concreto, que podrían poner en enfrentamiento también al principio de legalidad, con otros valores jurídicos presentados a manera de derechos fundamentales, tales como el derecho de acceder a una familia, el derecho a la alimentación del hijo nacido producto de las relaciones sexuales, el interés superior del niño; entre otros que mencionamos en párrafos posteriores.

Otro extremo importante relacionado con el principio de legalidad antes mencionado, es su relación con el cumplimiento de la finalidad de la pena, también desarrollado por la Corte Suprema, de forma tal que, únicamente será aplicado cuando se constate que su utilización favorece a la resocialización y no resulta afectando a la mínima intervención o a la fragmentariedad.

Lo mismo, todavía dentro del campo del principio de legalidad, la Corte Suprema sustenta que, si se ha afectado el principio de proporcionalidad de manera abstracta por el legislador, es tarea del juez asegurar su configuración concreta; lo que resulta sumamente relevante en la violación sexual de menor de 13 años, puesto que en muchos de los casos concretos es necesario verificar la proporcionalidad basados en las circunstancias específicas.

Como ya lo venimos refiriendo, y lo hemos podido ver de los resultados plasmados en el presente capítulo la condena de pena privativa de libertad efectiva al sujeto activo en los delitos de violación sexual de menores de 13 años de edad, donde ha mediado consentimiento podría generar, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, la separación o ruptura de la familia que ha constituido las partes, familia que, en el utópico o supuesto caso, tendría que esperar muchos años, para poder reconstituirse.

En consecuencia, es tarea del juzgador, evitar que la actuación judicial afecte también tanto al sujeto activo como al pasivo, y a terceros con legítimo interés, como ocurre con el menor nacido de las relaciones sexuales; vulnerando sus derechos conexos como derecho a la familia, al interés superior del niño y el derecho al nombre.

Como se puede ver, en el Exp. N° 31-2016-48; el padre fue internado en un Establecimiento Penitenciario, antes que el niño naciera y al estar privado de su libertad, no ha podido reconocer a su hijo, menos conocerlo, educarlos, pasar los primeros años de infancia. Esto se relaciona con el tercer criterio jurídico, para aplicar el principio de proporcionalidad, que es proteger Derechos Fundamentales conexos, como el derecho a la familia, el interés superior del niño y el derecho al nombre.

En base a lo anterior se analizaron once sentencias de violación sexual en menores de trece años que consintieron mantener relaciones sexuales en el distrito judicial de Cajamarca, cuyos resultados se encuentran plasmados en la tabla 01.

En términos porcentuales observamos que el 45% de las sentencias analizadas (11) han aplicado el principio de proporcionalidad en base a lo que señala la Casación N° 335-2015-Del Santa, tal como lo podemos constatar en la figura 03.

Mientras que el 55% de 11, no discute la proporcionalidad de la pena, si bien es cierto en estos casos no se ha llegado a absolver al imputado; no obstante, la defensa de los sujetos activos invocó la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado o el error de tipo y con ello pretender la absolución de sus defendidos.

Ahora, si los Magistrados, acuñaran la postura de la defensa técnica de los sujetos pasivos en los delitos de violación de menores de 13 años, donde ha mediado consentimiento se generaría la impunidad y estaríamos aceptando el inicio temprano de la vida sexual de las adolescentes así mismo generando que este tipo penal, para este tipo de casos se convierta en Derecho Penal Simbólico.

Por ende, se contrasta que uno de los criterios jurídicos, para la aplicación correcta del principio de proporcionalidad en la

determinación de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años donde ha mediado consentimiento; es evitar el uso inadecuado de las figuras del error de tipo vencible; y del error culturalmente condicionado.

3.2.2. La graduación de la pena en base a las circunstancias sociales, psicológicas y antropológicas que rodean al hecho delictivo a fin de optimizar el principio de proporcionalidad

Tal y como se ha identificado en la casuística analizada, se presentan diversas circunstancias que requieren de una atención diferenciada de algunos casos que se presentan con circunstancias específicas, tales como, la existencia de consentimiento de la o el adolescente con cercanía etaria al límite legalmente impuesto; la existencia de consentimiento cuando media cercanía etaria entre la presunta víctima y el presunto victimario; la existencia de una relación permanente en el tiempo y enamoramiento entre la pareja en la que uno de los integrantes se encuentre por debajo del límite normativamente impuesto; la generación de una familia en la que uno de los integrantes se encuentre por debajo del límite normativamente impuesto.

Entre muchas otras variadas y diversas circunstancias que requieren de un análisis minucioso de parte de los operadores jurídicos, de manera tal que permita tomar nota de las características materiales del caso desde sus inicios, a efectos de favorecer una solución del

conflicto que resulte concordante con la tutela de los derechos fundamentales de las partes.

De esto se obtiene que, para el caso del delito de violación sexual de menor de edad, la existencia de indemnidad sexual, no debe presuponerse en virtud de un imperativo normativo, sino que, se requiere de la constatación en los hechos de que la presunta víctima realmente contaba con indemnidad sexual y, en todo caso, que la misma ha sido objeto de afectación por la actuación del sujeto imputado con el delito.

Todo ello teniendo en cuenta que, como ya se sustentó en el primer punto de la presente discusión, las circunstancias particulares de cada caso concreto no pueden ser suplidas por una fórmula normativa que es estimativa, suponer ello, dejaría en desprotección otros bienes jurídicos de igual o mayor importancia de la presumida indemnidad sexual; esto es, el derecho a una familia, el derecho a una relación paterno filial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros varios que podrían presentarse a nivel fáctico.

De esta manera, es postura de la presente investigación que la indemnidad sexual, es un derecho fundamental dinámico y material que depende del desarrollo mismo de las personas, el cual no es de ninguna manera equiparable entre dos sujetos, puesto que los seres

humanos no somos autómatas producidos en serie con iguales características; sino que, contamos con individualidad tal que desarrollamos características propias que nos diferencian de los demás.

Dichas características constituyen nuestra personalidad y fundan un derecho fundamental supremo, el libre desarrollo de la personalidad, mismo que no puede verse limitado por la imposición de una fórmula normativa formal, como la contemplada en el artículo 173 del Código Penal, que obliga a todas las personas menores de 14 años, hayan o no desarrollado materialmente su libertad sexual, a esperar a cumplir 14 años para poder mantener relaciones sexuales; como si en todos los casos la indemnidad sexual desapareciera mágicamente al cumplir 14 años.

Piénsese también en los casos en los que la indemnidad sexual sobrepasa los 14 años y se mantiene la vulnerabilidad de la persona para responder adecuadamente ante las manipulaciones o el abuso sexual de terceros; asuntos que, dada la formalidad que implica el límite etario contemplado en el mencionado artículo 173, podría permitir la impunidad en casos en los que sí se configura una afectación a tal indemnidad.

Debe tenerse en cuenta que en el desarrollo del ser humano, influyen condiciones genéticas, la forma de crianza, la cultura o

costumbres de su entorno, el nivel de información recibida, entre muchos otros elementos externos que deben ser analizados en cada caso concreto a fin de determinar la existencia o no de indemnidad sexual en el niño, niña y adolescente, así como la afectación producto de la realización de relaciones sexuales, para poder recién constatar la existencia de antijuricidad en la conducta, culpabilidad y responsabilidad penal.

Es por ello que se hace necesario contar con una pericia psicológica que pueda detallar cada una de las circunstancias personales de las partes, tanto del presunto agresor como del presunto agredido, ello por varias razones; en primer término, para determinar si el menor de edad todavía cuenta con indemnidad sexual, en segundo término, para establecer si la actuación de la persona con mayoría de edad tenía como propósito agredir sexualmente al menor de edad; en tercer lugar, para verificar si se ha producido un daño al menor que se encuentre relacionado con los hechos imputados y, finalmente, para constatar si es que se presentan otros derechos fundamentales en juego luego de la configuración del hecho tipificado como delito en el artículo 173 del Código Penal.

En este sentido, no se pretende fundar un proceso penal independiente para los casos en los que se presente el delito de violación sexual de menor de edad, o de niño, niña y adolescente; sino que, se busca insertar dentro del proceso penal ya existente,

particularidades necesarias para atender las situaciones tan delicadas que se presentan detrás del delito antes mencionado, pero no se mal entienda que estas situaciones son delicadas únicamente por el hecho de que la indemnidad sexual y su tutela se encuentra detrás de muchos de estos casos.

Sino, debido a que exigen de los operadores jurisdiccionales mayor concentración en la solución del caso concreto, debido a la heterogeneidad de las circunstancias en las que se producen y la cantidad de valores jurídicos que se encuentran enfrentados; lo que nos lleva a proponer la existencia no de un derecho penal de acto, sino de un derecho penal de hecho o fáctico, que mira más allá del acto cometido por el presunto delincuente.

En cuanto a la indemnidad o intangibilidad sexual, se tiene que ha sido definida como una manifestación de la dignidad humana, pero también como un desprendimiento de la capacidad jurídica para ejercer sus derechos (Abril Paredes, 2019, p. 2); vale decir, que el Estado tiene un deber de protección hacia “toda persona incapacitada para ejercer su sexualidad en forma plena” (Garrido, 2010, p. 267).

Definición por demás correcta, no obstante, de la cual se desprenden dos situaciones importantes, la primera, que en cuanto a la teoría del delito, apunta a la verificación del hecho delictivo pero no únicamente

desde la perspectiva del acto ejercido por el autor, sino, también a partir de las características propias de a víctima relativas a su capacidad de ejercicio respecto de un derecho determinado, la libertad sexual, más exactamente, la incapacidad para ejercer la libertad sexual, lo que lleva indefectiblemente a la actuación tutelar de parte del Estado de lo que constituiría la indemnidad sexual, la falta de capacidad para decidir libremente respecto de su sexualidad que tienen algunos menores de edad.

Empero, el inconveniente surge al momento de la verificación de la existencia de esta indemnidad, no así, en la definición de la misma que no cuenta con mayor controversia a nivel doctrinario ni dogmático; en cuanto a ello, pareciese que se ha alcanzado consenso respecto de considerar que el menor de edad cuenta con indemnidad sexual hasta que no haya cumplido los 14 años; esto, en virtud de lo establecido en el artículo 173 del Código Penal y la múltiple jurisprudencia desarrollada en torno al tema.

Es por ello que la casuística analizada en el acápite anterior no se centra en la verificación de la existencia o no de indemnidad sexual, sino, en la ponderación de este valor frente a otros concurrentes en el caso concreto, tales como el derecho de acceso a una familia o el derecho a la identidad, entre otros; admitiendo la afectación del primero ante la existencia de los otros dos.

Sin embargo, desde la perspectiva del investigador el asunto no discurre por esos campos únicamente y, se guarda consciencia de que en esta posición ha de enfrentarse una inicial soledad, dado que la doctrina y dogmática penal actual se inclina por la protección de la indemnidad sexual declarada formalmente por un tipo penal, aun bajo el riesgo de que dicha declaración pueda afectar seriamente el derecho a la libertad personal del procesado que, materialmente hablando no ha actuado con intención de cometer violencia sexual y bajo la existencia del pleno consentimiento de quien se tiene como su víctima, como ocurre en los casos planteados y, de hecho, se presenta de forma muy recurrente en la realidad.

Bajo estas circunstancias, tal y como se encuentra redactada la norma penal, no existe mayor remedio que sancionar al imputado delincuente, que lo es por haberse configurado el tipo penal, pero no necesariamente por haber cometido una actuación antijurídica y, menos aun, por haber lesionado materialmente la indemnidad sexual formalmente declarada.

Al respecto, es menester la verificación de la indemnidad sexual desde una mirada dinámica, socio afectiva y material, dado que en realidad no se encuentra relacionada con la capacidad jurídica de ejercicio, sino con los ciclos de maduración de la personas humana que dependen mucho de la sociedad en la que la persona se desenvuelve, el contexto familiar, los valores inculcados durante la

crianza y el crecimiento, así como de la propia madurez psicológica, física y sexual que presenta dicha persona en virtud de “lo ambiental o lo "cultural", en cuanto a procesos psicológicos puesto que la madurez es producto del quehacer del hombre y es la que determina las condiciones y calidad de vida en la que desarrolla el ser humano” (Craig, 1994, p. 29).

Desde esta mirada, cada una de las características que el ser humano va adquiriendo en el camino hacia su madurez, va depender no solamente de procesos biológicos, sino también sociales y, principalmente, teniendo como insumo a los elementos que le son proveídos por su entorno; bajo este escenario, resulta imposible asegurar que dichas características se presenten de la misma manera y al mismo tiempo en todos los seres humanos que viven en una sociedad, es cierto que dentro de un grupo humano, suelen compartirse costumbres y creencias generales, pero no es menos cierto que también se desarrollan costumbres, creencias y principios particulares en cada familia y en cada ser humano a partir de la percepción y asimilación del entorno.

Con ello, en lo que se refiere al derecho de indemnidad sexual y a la capacidad material para decidir acerca de su libertad sexual, dado que dicha capacidad se adquiere en el proceso de desarrollo y, teniendo en cuenta que este proceso es el “producto de la continua interacción entre diversos factores estimulantes y una matriz de

crecimiento prevaecientemente compuesta por ciertas predisposiciones selectivas, tanto para experimentar el cambio como para responder al ambiente de determinadas maneras” (Mansilla, 2000, p. 106), cada ser humano puede y, de hecho, presenta esta condición en diferente etapa de su vida, motivo por el cual resulta imperativo contar con un estudio psicológico especializado para analizar a cada persona en su individualidad y determinar la existencia o no de indemnidad sexual.

Esta afirmación se realiza no solamente pensando en la protección del derecho a la libertad de tránsito del imputado por el delito de violación sexual de menor de edad, bajo el supuesto establecido en la actual tipificación del delito; sino también, pensando en la tutela del derecho a la libertad sexual que pueda existir en la posible víctima quien, de haber abandonado su indemnidad, cuenta, al igual que cualquier otro ciudadano, con la facultad de ejercicio de tal derecho y se ve impedida de hacerlo en virtud de un impedimento legalmente establecido.

Es cierto que esta postura puede parecer descabellada en una sociedad conservadora, por decirlo de alguna forma, como lo es la nuestra; empero, en este mismo país, existen zonas en las que las personas inician su vida sexual a muy temprana edad y otras en las que lo hacen de manera muy posterior, lo mismo que, despiertan el deseo sexual de manera muy diversa también y, es obligación del

operador de justicia, el asegurarse en cada caso concreto, del nivel de desarrollo sexual con el que cuentan las partes que son tenidas como víctima y victimario únicamente por un imperativo legal y no por una verificación de la realidad.

Para ello es que resulta eficiente contar con un órgano de apoyo, en este caso, la pericia psicológica, con la que podrá obtenerse la información pertinente acerca de la etapa del desarrollo que se encuentran atravesando las partes, así como, la conciencia del hecho que presentan, principalmente, a quien se tenga como sujeto pasivo, a efectos de discriminar si efectivamente existió voluntad y conocimiento y, en este sentido, ejercicio de su libertad; de lo contrario, con el afán de tutelar un derecho ya inexistente, se terminaría por lesionar otro ya existente.

Empero, la pericia psicológica no bastaría, puesto que la personalidad y el desarrollo humano no dependen únicamente del ámbito interno de las personas, sino también de su entorno, tal y como lo mencionamos en líneas anteriores, bajo este escenario, es necesario también contar con una pericia antropológica que determine la influencia que el entorno familiar y social ha generado en la presunta víctima. Ambas pericias, a ser desarrolladas en como parte de la investigación fiscal, como requisitos *sine qua nom* y con el propósito ya establecido; puesto que, si bien es cierto la toma de un examen psicológico ya se encuentra regulado para este tipo de

casos, en la actualidad, estos son tomados sobre la base de la existencia de indemnidad sexual y no con la intención de determinar su existencia o inexistencia.

Esto en los casos en los que se hace necesario verificar en las propias partes la facultad de ejercer o no la libertad sexual y, por tanto, la obligación de tutelar o no la indemnidad sexual; sin embargo, en la casuística analizada se han presentado también enfrentamiento entre la indemnidad sexual, ya comprobada y otros derechos tales como el derecho a la familia o el derecho a la integridad del hijo que nace producto de la violación.

Sobre este punto, existe una posición tajante de parte del investigador, puesto que, de existir indemnidad sexual comprobada materialmente y, bajo este presupuesto, aprovechamiento de una persona que no se encuentra en la capacidad de decidir sobre su vida sexual por no haber adquirido libertad para ello, de ninguna manera debería presentarse una disminución de la pena; puesto que, la creación de una familia también depende del derecho a la libertad, este derecho es también un principio de interpretación de los demás derechos y resulta imposible señalar que el contenido del derecho a acceder a una familia puede, bajo determinadas circunstancias, prescindir del derecho-principio a la libertad.

Vale decir, las interpretaciones presentadas en la casuística analizada adolecen de consistencia o coherencia con el ordenamiento constitucional, en tanto admiten que efectivamente se ha lesionado el derecho a la indemnidad sexual, visto formalmente, pero que, al haberse gestado un nuevo ser como producto de esta afectación al derecho de indemnidad y, a fin de no afectar a la familia originada como al derecho de alimentación del menor, entonces debe verse reducida la pena; justificando la decisión en una ponderación de derechos, lo que constituye un craso error.

No es posible hablar de ponderación de derechos porque al existir indemnidad sexual lesionada, no existe libertad sexual y, al no existir libertad sexual, no existe derecho de acceder a una familia; motivo por el que, no se presentaría tampoco enfrentamiento de derecho para aplicar la ponderación; en cuanto al segundo derecho, el derecho de alimentos del menor producto de la violación sexual, se parte de otro error, el suponer que contar con un padre en libertad, necesariamente le va a asegurar provisión de alimentos, lo que supone que dentro del establecimiento penitenciario no se pudiese trabajar, o que fuera de este el padre siempre trabajaría para alimentar al menor; ambos supuestos totalmente falsos.

Así, los casos en los que debe tutelarse el derecho a la familia, así como el derecho a la alimentación del menor que ha nacido producto de las relaciones sexuales entre menores de edad o un menor de

edad y un mayor de edad, únicamente pueden tutelarse cuando no ha existido afectación material del derecho a la indemnidad sexual, vale decir, cuando el menor de edad ya ha adquirido libertad para fundar una familia y, dentro de este contexto, haya adquirido libertad sexual; por ello, en estos casos además de las pericias psicológicas y antropológicas, es necesario un estudio social, a cargo de un asistente social que constate la existencia real de un familia, la voluntad de las partes por constituirla, así como todos los elementos objetivos que permitan comprobar este hecho.

Dentro de ello, el comportamiento de las partes del proceso penal como pareja en su vida diaria, el desarrollo de actividades convivenciales y, de existir hijos, la manera en que se desarrollan las relaciones paterno filiales; solo así, con las constataciones psicológicas, antropológicas y sociales como parte de la investigación preliminar, podrá determinarse la existencia o no de violación sexual de menor de edad con afectación de indemnidad sexual; de lo contrario, se dejaría de cumplir la finalidad resocializadora del proceso penal, estableciéndose una pena privativa de la libertad a un individuo que no necesita ser resocializado y, con ello, afectándose el derecho de acceder a una familia de su pareja, el derecho de ejercer su libertad sexual, el derecho a los alimentos del hijo nacido, entre muchos otros que podrían presentarse en cada situación concreta.

CONCLUSIONES

- A.** Los derechos y principios que respaldan la sanción de la violación sexual de menor de edad en la teoría, jurisprudencia y normativa penal; no se limitan únicamente al principio de legalidad y a la indemnidad sexual; sino que se extienden hacia otros principios como la proporcionalidad, el interés superior del niño, y derechos fundamentales como la dignidad, el acceso a la familia, alimentos.
- B.** La casuística presentada en el distrito judicial de Cajamarca, ha aplicado el principio de proporcionalidad basado en la Casación N° 335-2015 - Del Santa solo en 5 casos; mientras, que en los otros seis han usado otros criterios. Esto no quiere decir que no se han sustentado del todo en el principio de proporcionalidad, sino que la forma de aplicar éste, ha seguido otros criterios.
- C.** En la casuística presentada en el distrito judicial de Cajamarca, se observa la trascendencia de la Casación N° 335-2015 - Del Santa para resolver procesos por delito de violación sexual en menores de trece años de edad en los que ha mediado consentimiento, debido a que existe un porcentaje considerable de magistrados que la aplican siendo de este del 45%.
- D.** Los criterios jurídicos para la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años donde ha mediado consentimiento, en el Distrito Judicial de Cajamarca, 2013 – 2017; son: Aplicación de una pena gradual, teniendo en cuenta la Casación N° 335-2015 Del Santa, evitando el uso inadecuado de las figuras del error de tipo vencible y del error culturalmente condicionado, además de proteger derechos fundamentales conexos como el derecho a la familia, el interés superior del niño y el derecho al nombre.

RECOMENDACIONES

- A.** Se recomienda al Poder Judicial seguir aplicando la Casación N° 335-2015 - Del Santa, aun cuando la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018, le haya suprimido su carácter vinculante; debido a que su observancia obligatoria no obedece a un criterio jurídico o doctrinario más bien a un criterio de coyuntura de corrupción del Magistrado que la suscribió.
- B.** Se recomienda al Poder Judicial tener presente que la proporcionalidad en casos violación sexual de menores de 13 años se debe decidir jurisprudencialmente sin perjuicio de que los juzgadores valoren los hechos, sujetos y medios probatorios e impongan una dosificación de una pena de acuerdo a la magnitud del daño causado al bien jurídico tutelado.
- C.** Se recomienda al Poder Judicial que, a través de sus jueces y órganos de apoyo pericial, se verifiquen las circunstancias materiales de cada caso concreto antes de resolver un proceso penal por la incoación del artículo 173 del Código Penal, con la finalidad de evitar la lesión del posible derecho de libertad sexual de la presunta víctima, así como, los derechos de acceso a una familia, derecho a los alimentos, entre otros que puedan derivarse de las circunstancias propias del caso concreto.
- D.** Se recomienda al Poder Judicial que en los casos de violación sexual de menor de 13 años, en los que media consentimiento, se aplique una pena prudencial (servicio comunitario con regla de conducta que no sea demandado por alimentos y/o violencia familiar) en base al principio de proporcionalidad, se debe de tener en cuenta, la edad etaria del sujeto pasivo

y activo, la ausencia de cualquier tipo de violencia, la existencia de una convivencia o de hijos.

- E.** Se recomienda a los juzgados de juzgamiento que exhorten al Estado, a través del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, para promocionar y aplicar una política de educación sexual integral, desde un enfoque transversal dirigida a niñas, niños y adolescentes de ambos sexos, donde se encuentre comprometido el Ministerio de Educación, y el Ministerio de Salud, a través de sus programas especializados; para que conozcan los riesgos del inicio de una temprana vida sexual.

LISTA DE REFERENCIAS

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (21 de mayo de 2014). *INEI*.

Obtenido de INEI:

<https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/httpwwwineigobpe>

[mediamenurecursivopublicaciones_digitalesestlib1151indexhtml-7561](https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/httpwwwineigobpe/mediamenurecursivopublicaciones_digitalesestlib1151indexhtml-7561)

Abril, O. (2019). *Análisis del bien jurídico libertad sexual e indemnidad sexual del Código Penal peruano*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

Aguado, T. (2010). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa.

Arce, M. (2010). *El delito de violación sexual: Análisis dogmático, jurídico, sustantivo y adjetivo*. Arequipa: Adrus.

Ávalos , C. (2015). *Determinación Judicial de la Pena: Nuevos Criterios*. Lima: Gaceta Jurídica.

Bechara, A. (2011). Estado Constitucional de Derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber, ciencia y libertad*, 63-76.

Bervkemeyer, O. (07 de agosto de 2016). Violación de menores de edad. *El comercio*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/noticias/violacion-a-menores/>

Cabanellas, G. (1953). *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Depalma.

Carnevali, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 1*, 13-48.

Caro, D. (1999). Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Ius Et Veritas*, 1-20.

Carruitero, F. (2014). *Introducción a la investigación jurídica*. Lima: San Bernardo.

Casación 335 - Del Santa, 335-2015 (Corte Suprema de Justicia 01 de Junio de 2016). Obtenido de <https://legis.pe/casacion-n-335-2015-del-santa-doctrinajurisprudencial-vinculante-para-casos-de-violacion/>

Casación N° 579-2013 - Ica , 579-2013 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia 17 de junio de 2015). Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20180508_03.pdf

Casación N° 579-2013 - Ica , 579-2013 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia 17 de junio de 2015). Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20180508_03.pdf

Casación N° 87-2011, 87-2011 (Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia 19 de julio de 2012). Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9f72aa004fbd5355bd0bff7aff04da0f/CASACI%C3%93N+N%C2%BA+87-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9f72aa004fbd5355bd0bff7aff04da0f>>

Castillo, L. (2004). *El Principio de Proporcionalidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano: especial referencia al ámbito penal (Tesis de Maestría)*. Piura: Universidad de Piura.

- Constitución Política del Perú*. (1993). Diario Oficial el Peruano.
- Craig, G. (1994). *Desarrollo Psicológico*. México: Prentice Hall Hispanoamericana, S.A.
- De Puit, J. (s.f.). *Breves anotaciones sobre la doctrina penal peruana referente a las infracciones sexuales*. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derecho penal/assets/files/anuario/an_1999_12.pdf
- Demetrio, E. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. Lima: Actualidad Penal.
- Diez, J. (1999). *El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual*. Anuario de Derecho Penal. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf
- Durán, M. (2011). Teorías absolutas de la Pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la Teoría de la Retribución moral de Immanuel Kant a propósito del Neo Retribucionismo y del Neo Proporcionalismo en el Derecho Penal Actual. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 91-113. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4145753.pdf>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Gálvez, T., & Delgado Tovar, W. (2012). *Derecho Penal: Parte Especial*. Lima: Jurista Editores.

- García, M., & Bramont, L. (2017). *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*.
Lima: Editorial San Marcos.
- Gardey, A., & Pérez Porto, J. (s.f.). *Definiciones jurídicas*. Obtenido de <http://definicion.de/pena/>.
- Garrido, M. (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Goicochea, C., & Córdova, C. (2019). El principio de mínima intervención del Derecho Penal frente a los delitos de violación sexual de menor de edad. *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 45-55.
- Guevara, I. (2019). De la casación espuria al Pleno Casatorio y las reglas declausura: A propósito de la Sentencia Plena Casatoria N° 01-2018/CIJ-433. *Actualidad Penal*, 29-40.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, L. (2010). *Metodología de la investigación*. Ciudad de México: Editorial Interamericana.
- La Torre, M. (2013). Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente”. *Revista Derecho del Estado n.º 30*, 7-30.
- Lamprea, L. (1982). *Metodología del Derecho*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- López, O. (2009). *El Método del Investigación*. Barcelona: Redipac.
- López, O. (2009). *Método de investigación: Módulo II*. Obtenido de <http://dominiooscar.over-blog.com/article-35891546.html>

- Mansilla, M. (2000). Etapas del desarrollo humano. *Revista de Investigación en Psicología*, Vol.3 No.2, 105-116.
- Mañauch, J. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. *Iud et praxis*, 21-70. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art02.pdf>
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 141-167. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/8900/9305
- Mendoza, F. (2015). *Presupuesto acusatorio: Determinación e individualización de la pena*. Lima: Jurista Editores.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Muñoz, F. (1993). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Noguera, I. (2015). Lima: Editorial Grijley.
- Núñez, F., & Flores, A. (2017). *Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Sentencia Casatoria 330-2014-Lima*. .
- Pajares, G. (27 de septiembre de 2012). Violación sexual. *Perú 21*. Obtenido de <http://peru21.pe/opinion/peruanos-se-inician-sexo-13-anos-2043993>
- Paredes, J. (2019). La discrecionalidad judicial vinculada en la determinación de la pena en los delitos contra la libertad sexual de acuerdo con la sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433. *Actualidad Penal*, 15-28.

Peña, A. (2007). *Delitos contra la Libertad e intangibilidad sexual*. Lima: Idemsa Perú.

Peña, A. (2019). *Análisis a la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433 (Desvinculación Casación Santa)*. Lima: Editorial Grijley.

Peña, O., & Almanza, F. (2010). *Teoría del Delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación - APECC.

Pérez, J. (2019). La Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018: Alcances a la determinación de la pena en los delitos sexuales. *Actualidad Penal*, 53-63.

Pérez, J., & Merino, M. (2016). *Derecho Penal General*. Obtenido de <https://definicion.de/tipicidad/>

Pinto, L. (2013). *Apuntes de hermenéutica*. Obtenido de <http://docenteuniciencia.blogspot.pe/2013/04/hermeneutica-juridica.html>

Prado, V. (2015). La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076. *Actualidad Penal*, 23-45.

Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*. Madrid: Tecnos.

Reátegui Sánchez, J. (2018). *Delitos contra la Libertad Sexual. Lima*. Lima: Editorial Ideas.

Recurso de Nulidad N° 15-2015, Lima Norte , 15-2015 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia 17 de marzo de 2016). Obtenido de

<https://legis.pe/r-n-415-2015-lima-norte-criterios-valorar-consentimiento-menor-edad-delito-violacion-sexual/>

Recurso de Nulidad N° 2321-2014, Huánuco (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia 07 de abril de 2015). Obtenido de <https://legis.pe/violacion-menor-irrelevancia-consentimiento-nina-11-anos-relaciones-r-n-2321-2014-huanuco/>

Recurso de Nulidad N° 2540-2009, 2540-2009 (Corte Suprema de Justicia 27 de enero de 2010). Obtenido de <https://legis.pe/que-es-libertad-sexual-r-n-2540-2009-apurimac/>

Recurso de Nulidad N° 3303-2015, Lima, 3303-2015 (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia 27 de febrero de 2017). Obtenido de <https://legis.pe/r-n-3303-2015-lima-error-tipo-valoracion-la-prueba-elitos-la-indemnidad-sexual/>

Resolución 0008-2012-PI/TC , 0008-2012 (Tribunal Constitucional 12 de diciembre de 2012). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.html>

Rubio, M. (2018). *Manual de razonamiento jurídico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Salas, J. (2013). *Indemnidad Sexual: Tratamiento jurídico de las Relaciones Sexuales con menores de 14 a 18 años de edad*. Lima: Idemsa.

Salinas, R. (2016). *Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. Lima: Editorial Instituto Pacífico.

- San Martín, C. (2007). Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales). *Revista PUCP*.
- Sentencia Plena Casatoria N° 1-2018, 1-2018 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia 18 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e4059d804820e80d80a089a38f54faeb/Sentencia-Plenaria-001-y-002-2018CIJ433.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e4059d8>
- Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra.
- Taylor, L. (s.f.). Evolución Legislativa de los Delitos Sexuales. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_15.pdf
- Vásquez, C. (2003). *La pena aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos*. Lima: Grijley.
- Velásquez, F. (2015). La determinación de la sanción penal. *Actualidad Penal*, 12-56.
- Zugaldía, J., & Perez, E. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant to blanch.