

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



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

#### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS, CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICOS  
CRIMINALES PARA ESTABLECER EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO  
QUE EL SUPUESTO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN A LA  
LIBERTAD SEXUAL POR RELACIONES NO CONSENTIDAS  
COMPRENDA DESDE LOS MENORES DE 13 AÑOS DE EDAD**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Presentada por:

**JOSÉ ANDRÉS HUACCHA MORALES**

Asesor:

**Dr. LUIS ALIAGA CABRERA**

Cajamarca, Perú

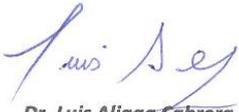
2024

### CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador: José Andrés Huaccha Morales  
DNI: 71275116  
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Programa de Maestría en Ciencias, Mención: Derecho Penal y Criminología.
2. Asesor(a):  
Dr. Luis Aliaga Cabrera
3. Grado académico o título profesional  
 Bachiller       Título profesional       Segunda especialidad  
 Maestro       Doctor
4. Tipo de Investigación:  
 Tesis       Trabajo de investigación       Trabajo de suficiencia profesional  
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:  
Fundamentos jurídicos y políticos criminales para establecer el Código Penal Peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda desde los menores de 13 años de edad.
6. Fecha de evaluación: 24/01/2025
7. Software antiplagio:  TURNITIN       URKUND (OURIGINAL) (\*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 9%
9. Código Documento: 3117:423320633
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:  
 **APROBADO**       PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 29/01/2025

*Firma y/o Sello  
Emisor Constancia*

  
**Dr. Luis Aliaga Cabrera**  
DNI: 26701262

\* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2024 by  
**JOSÉ ANDRÉS HUACCHA MORALES**  
Todos los derechos reservados



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**UNIDAD DE POSGRADO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

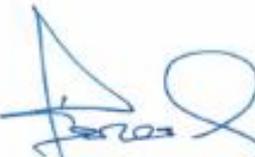
Siendo las 18:35 horas, del día 21 de noviembre de dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, **Dr. LORENZO PEREZ LIVIA**, **M.Cs. BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE**, y en calidad de Asesor el **Dr. LUIS ALIAGA CABRERA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS, CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICOS CRIMINALES PARA ESTABLECER EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO QUE EL SUPUESTO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN A LA LIBERTAD SEXUAL POR RELACIONES NO CONSENTIDAS COMPRENDA DESDE LOS MENORES DE 13 AÑOS DE EDAD**, presentada por el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas con Mención en Gestión Pública, **JOSÉ ANDRÉS HUACCHA MORALES**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó Aprobar.....con la calificación de 15 (Quince) - Bueno.....la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas con Mención en Gestión Pública, **JOSÉ ANDRÉS HUACCHA MORALES** está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 7:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dr. Luis Aliaga Cabrera**  
Asesor

  
.....  
**Dr. Saul Alexander Villegas Salazar**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Lorenzo Perez Livia**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. Bruce Eugenio Muñoz Oyarce**  
Jurado Evaluador

**A:**

Dedico este trabajo primeramente a Dios y luego a mis padres, gracias a ellos  
pude lograr y concluir este trabajo

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco primeramente a mi asesor de tesis el Dr. Luis Aliaga Cabrera, por impulsarme y apoyarme en el desarrollo y culminación de la tesis, también a los Docentes y personal administrativo de la Escuela de Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca.

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad” (Nelson Mandela, activista sudafricano por los derechos civiles).

“Los derechos de todos los hombres disminuyen cuando los derechos de un solo hombre se ven amenazados” (John F. Kennedy).

## TABLA DE CONTENIDO

A:.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
LISTA DE ABREVIACIONES .....	xiii
GLOSARIO.....	xiv
RESUMEN .....	xvi
ABSTRACT .....	xvii
INTRODUCCIÓN .....	xviii
CAPÍTULO I .....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática .....	1
1.1.2. Descripción del problema.....	9
1.1.3. Formulación del problema.....	11
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.2.1. Contribuye al conocimiento Jurídico .....	11
1.2.2. Contribuye a la Administración de Justicia.....	11
1.2.3. Aporte a la legislación .....	11
1.2.4. Contribuye a la formación del maestrando.....	12
1.3. OBJETIVOS.....	12
1.3.1. General .....	12
1.3.2. Específicos .....	12

1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES.....	13
1.4.1. Delimitación.....	13
1.4.2. Limitaciones.....	13
1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS .....	14
1.5.1. De acuerdo al fin que persigue.....	14
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación .....	14
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan .....	15
1.6. HIPÓTESIS.....	15
1.7. MÉTODOS.....	16
1.7.1. Genéricos.....	16
1.7.2. Propios del Derecho .....	17
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	18
1.8.1. Técnicas.....	18
1.8.2. Instrumentos.....	18
1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN .....	18
1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA .....	18
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	19
CAPÍTULO II .....	22
MARCO TEÓRICO.....	22
2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO .....	22
2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS .....	27

2.2.1. Protección constitucional de los menores de edad en los delitos de violación sexual .....	27
2.2.2. Teoría del delito.....	31
2.2.3. Política criminal en los delitos de violación sexual a menores de edad	38
2.2.4. Teoría del desarrollo humano .....	39
2.2.5. Delitos de violación sexual.....	44
2.2.6. Tipo penal base de los delitos de violación sexual de menor de edad .	46
2.2.7. Aspectos socioculturales y tecnológicos y su relación con el desarrollo sexual de los menores de edad.....	52
2.2.8. Teoría de la imputación objetiva.....	55
2.2.9. Fundamentos del principio de proporcionalidad .....	56
2.2.10. Teoría de la justicia .....	58
CAPÍTULO III .....	60
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	60
3.1. RESULTADOS .....	61
3.1.1. Analizar la regulación de las normas penales de violación a la libertad sexual (art. 173 C.P.) de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica en base a los estudios criminológicos.....	61
3.1.2. Explicar la proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima .....	67
3.1.3. Analizar el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana .....	71

3.1.4. Sintetizar la edad etaria entre el sujeto activo y pasivo que no supere los 08 años de edad cuando medie el consentimiento sexual de los menores .....	74
3.1.5. Sintetizar que en la relación sexual medie el vínculo sentimental entre el sujeto pasivo y activo y no exista signos de violencia física y psicológica .....	77
3.1.6. Explicar las etapas del desarrollo humano entre niñez y adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del Código de los niños y adolescentes .....	80
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	82
3.2.1. Contextualización de las normas penales (art. 173 del CP) de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica en base a los estudios criminológicos.....	84
3.2.2. Concretizar el principio de proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima .....	91
3.2.3. Optimización del derecho al libre desarrollo de la persona humana .....	95
3.2.4. La edad etaria entre el sujeto activo y pasivo que no supere los 08 años de edad cuando medie el consentimiento sexual.....	97
3.2.5. El vínculo sentimental entre el sujeto pasivo y activo y que no medien signos de violencia física y psicológica .....	100
3.2.6. El concepto de adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes .....	104

CAPÍTULO IV .....	109
PROPUESTA LEGISLATIVA .....	109
CONCLUSIONES.....	118
RECOMENDACIONES .....	121
LISTA DE REFERENCIAS .....	122

## LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	: Artículo.
C.P.	: Código Penal.
C.S.	: Corte Suprema.
CONAJU	: Consejo Nacional de la Juventud.
Const.	: Constitución Política.
DUDH	: Declaración Universal de Derechos Humanos.
Exp.	: Expediente.
INEI	: Instituto Nacional de Estadística e Informática.
PJ.	: Poder Judicial.
STC.	: Sentencia del Tribunal Constitucional.
T.C.	: Tribunal Constitucional.

## **GLOSARIO**

### **Abuso sexual**

Viviano Llave (2012), señala que abuso sexual se entiende “a los contactos e interacciones entre una persona adulta con una menor de 18 años con la finalidad de obtener gratificación sexual y/o estimularse sexualmente él mismo o a otra persona” (p. 18); de modo que “el abuso sexual también puede ser cometido por una persona menor de edad, siempre y cuando medie una situación de abuso de poder por razón de edad, sexo, clase social, coerción, amenazas entre otros” (Viviano Llave, 2012, p. 18).

### **Amenaza**

Buompadre citado por Pizarro Guerrero (2017), señala que amenaza es aquel “medio para provocar miedo o temor en la víctima, pero para que sea típica, debe reunir ciertas características: debe ser grave, seria, inminente, injusta, determinada o determinable por las circunstancias, futura, posible y dependiente de la voluntad del autor” (p. 19); en tanto, Salinas Siccha (2015), señala que “la amenaza es una violencia psicológica que naturalmente origina intimidación en aquel que la sufre. Su instrumento no es el despliegue de una energía física sobre el sujeto pasivo, sino el anuncio de un mal” (p. 715).

### **Consentimiento afirmativo**

Pérez (2017), señala que el consentimiento afirmativo “significa explícito, positivo, consciente y voluntario. Además, la existencia de una relación de pareja no debe asumirse como indicador implícito de aquiescencia” (Pérez, 2017, p. 116).

### **Indemnidad sexual**

Salinas Siccha (2015), señala que indemnidad sexual “es entendida como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea” (p. 840); en tanto, la Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario N.º 4-2008, señala en el fundamento jurídico 7 que “la indemnidad sexual es la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces”.

### **Integridad sexual**

Integridad sexual, “es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que toda persona tiene” (Capcha Aucallanchi, 2015, p. 32).

### **Libertad sexual**

La libertad sexual “es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra persona para relacionarse sexualmente” (Salinas Siccha, 2015, p. 720); de este modo, la libertad sexual, viene hacer la facultad que tiene toda persona para autodeterminarse dentro de su sexualidad, sin tener limitaciones y respetando la libertad ajena, pues dicha “facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas” (Salinas, 2015, p. 724).

## RESUMEN

En el presente trabajo de investigación, se desarrolla la problemática concerniente a los delitos de violación sexual a menor de edad regulado en el artículo 173 del Código Penal, porque el legislador ha contemplado como edad límite catorce años y no trece y porque el consentimiento sexual de los adolescentes de trece años de edad configura inexorablemente el delito de violación y no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo, anulando el consentimiento sexual y el vínculo afectivo de los adolescentes.

Para ello, se ha desarrollado la corriente del positivismo incluyente, porque esta corriente no solo admite la norma regla del artículo 173 del Código penal como única fuente del derecho sino también los valores fundamentales que se relacionan con la investigación como el libre desarrollo de la sexualidad de los adolescentes y la libertad ambulatoria del investigado, también se tienen en cuenta el realismo ontológico, que tiene que ver con la realidad social de las cosas, porque en los últimos años la edad para iniciar una relación sexual a disminuido en comparación con otros años.

Por ello, teniendo en cuenta la comprensión doctrinaria, jurisprudencial y fáctica inmersa en la contrastación de la hipótesis nos permite arribar que el artículo 173 del Código penal, es una norma que de alguna manera vulnera derechos fundamentales cuando existe consentimiento sexual de los adolescentes de trece años de edad, por eso, se propone la modificación legislativa de la norma mencionada.

**Palabras Clave:** Delito de violación sexual, indemnidad sexual, libre desarrollo de la sexualidad, proporcionalidad de la pena, edad etaria, consentimiento sexual y vínculo sentimental.

## ABSTRACT

*In the present research work, the problem concerning the crimes of sexual violation of a minor regulated in article 173 of the Penal Code is developed, because the legislator has considered fourteen years and not thirteen as the limit age and because the sexual consent of thirteen-year-old adolescents inexorably constitute the crime of rape and have no positive efficacy to eliminate the illegality of the sexual act of the active subject, annulling the sexual consent and emotional bond of the adolescents..*

*To this end, the current of inclusive positivism has been developed, because this current not only admits the standard rule of article 173 of the Penal Code as the only source of law but also the fundamental values that are related to research such as the free development of sexuality. of adolescents and the ambulatory freedom of the investigated, ontological realism is also taken into account, which has to do with the social reality of things, because in recent years the age to start a sexual relationship has decreased compared to other years.*

*Therefore, taking into account the doctrinal, jurisprudential and factual understanding immersed in the contrast of the hypothesis allows us to arrive at that article 173 of the Penal Code, is a norm that somehow violates fundamental rights when there is sexual consent of thirteen-year-old adolescents. years of age, therefore, the legislative modification of the aforementioned norm is proposed.*

**Keywords:** *Crime of sexual rape, sexual indemnity, free development of sexuality, proportionality of punishment, age, sexual consent and sentimental bond.*

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se busca cimentar los fundamentos jurídicos, criminológicos y políticos criminales para establecer en el Código Penal peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda a los menores de 13 años de edad, porque el legislador anuló el consentimiento sexual de los menores de trece años y la capacidad plena para disponer de su libertad sexual que se enmarca dentro del libre desarrollo de la personalidad.

Por eso, en el capítulo I denominado aspectos metodológicos se describe la problemática del delito de violación sexual a menores de edad contemplado en el artículo 173 del Código Penal y se relaciona con el aspecto doctrinario, jurisprudencial y fáctico, también se desarrolla el tipo y alcance de investigación, así como los métodos, técnicas e instrumentos que sirvieron de base para el presente trabajo.

En el capítulo II, se desarrolla el marco teórico dentro de este el marco ius filosófico que contiene la corriente del positivismo incluyente, así como el realismo ontológico, también dentro del marco se desarrolla las teorías, los principios y derechos fundamentales que sustentan la investigación.

En el capítulo III, se presenta la contrastación de la hipótesis (resultados y contrastación propiamente dicha), referidos a la elaboración de los fundamentos jurídicos, criminológicos y políticos criminales que dan respuesta a la hipótesis planteada en un inicio de la investigación.

En el capítulo IV, se elabora la propuesta de modificación legislativa del artículo 173 del Código Penal vigente que incluye la edad de trece años para aquel sujeto activo 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, será reprimido con pena de cadena perpetua.

Finalmente, se elabora las conclusiones y recomendaciones en la parte final de la tesis y se llega a determinar que existe una problemática que afecta a una parte de la sociedad con la aplicación del artículo 173 del Código Penal vigente.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

##### 1.1.1. Contextualización o problemática

En la actualidad, con el desarrollo biológico de los adolescentes “se produce el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios, la maduración completa de las gónadas (desarrollarse como ovario o testículo) y glándulas suprarrenales, como la adquisición del pico de masa ósea, grasa y muscular y se logra la talla adulta” (Güemes Hidalgo, y otros, 2017, p. 233), y con el acceso a los dispositivos de la neurotecnología como sostiene Giordano (2012), citado por León Vásquez (2022), se logra “investigar, evaluar, acceder y manipular la estructura y la función de los sistemas neuronales” (p. 122), como el descubrimiento y acceso a páginas eróticas y pornográficas y ello conlleva también al desarrollo hormonal (crecimiento de senos, vello facial, vello púbico, agrandamiento de los testículos y el pene, acné, entre otros) y al desarrollo corporal, de modo que aparece a temprana edad 10, 11, 12 y 13 años la menarca (primera menstruación) y en algunas menores a partir de los 14 años de edad en adelante.

Esta disminución de la menarquia como sostienen Laufer, y otros (2023), ha ido disminuyendo en los últimos siglos; de esta manera, la edad de la menarquia entre el siglo XIX y mediados del mismo, se situaba en las edades de “16 y 17,5 años, para un siglo después, colocarse entre los 12,5 y 13,5 años. Este hallazgo ha sido relacionado con la mejoría en las condiciones de vida de niños y adolescentes,

fundamentalmente en lo referente a aspectos nutricionales” (p. 2).

Sumado al desarrollo biológico y la neurotecnología, se produce también las primeras relaciones sexuales en adolescentes producto del aspecto tecnológico, pues al haberles permitido el acceso abierto a páginas eróticas o pornográficas, conllevan a descubrir y a practicar el sexo a temprana edad; además, también influye el contexto social (las relaciones con otros tipos de familia, funcionales o disfuncionales, incentivar a sus amigas/amigos o compañeros de estudio a intercambiar videos eróticos que despierta a temprana edad el sexo), el contexto cultural (cada pueblos tiene costumbres diferentes que despiertan la sexualidad) y el aspecto antropológico, en este último también se puede considerar el aspecto culturalmente condicionado.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud, citado por Velázquez Cortés (2010), también se ha manifestado sobre la sexualidad de los menores que son adolescentes en sí y señala que:

La sexualidad es un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de la vida. Abarca el sexo, las identidades y los papeles de género; el erotismo; el placer; la intimidad; la procreación y la orientación sexual. Se vivencia y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. (p. 2)

Estos aspectos de desarrollo físico, psicológico y sociales en los adolescentes se relaciona con libre desarrollo de su personalidad (art. 22 de la DUDH), dentro del cual está inmerso el libre desarrollo de su sexualidad de los adolescentes, como derecho inherente de la persona humana, por ello, algunos adolescentes inician a temprana edad de 13

años inclusive de 12 años de edad sus primeras relaciones sexuales consentidas, observándose el libre desarrollo de su sexualidad de los adolescentes; de esta manera, este derecho fundamental también se encuentra regulado en la Constitución Política del Estado, en el artículo 2 inciso 1, al señalar que toda persona tiene derecho al libre desarrollo y bienestar, entendido este derecho fundamental como “las facultades psíquicas, físicas y morales indemnes de la persona humana, esto es el personal y concreto proyecto de vida que cada uno tiene y que se forma a partir de las propias convicciones y creencias sobre el mundo y la sociedad” (Landa Arroyo, 2017, p. 43).

Sin embargo, a pesar que existe disminución en la edad sexual de los menores, el legislador ha tomado una posición de penalizar los actos sexuales que llegaran a tener estos menores de 14 años de edad conforme lo prescribe el artículo 173 del Código Penal,

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.

Esta norma, si bien es cierto es válida porque es dada por el órgano competente, pero en algunas ocasiones excepcionales es injusta, a causa de algunas menores de edad que tienen relaciones sexuales consentidas a los trece años de edad, inclusive conviven y tienen hijos con su consentimiento, producto de la cultura, de la sociedad, la antropología y la tecnología, entre otros aspectos; ello conlleva a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del presunto

violador, a una familia digna, al interés superior de los menores, porque el fiscal solo aplica la norma teniendo en cuenta el principio de legalidad positiva y no el principio que engloba el entero orden constitucional, que prescribe la Constitución en el artículo 2 inciso 24 literal d, que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

En ese sentido, el sexo en los adolescentes es real, como lo demuestran las estadísticas; así, según el INEI (2018), un estudio realizado en 1998 concluyó que un 19,8% de las mujeres entrevistadas tuvieron relaciones sexuales entre los 10 y 14 años” (p. 162). En tanto, según CONAJU (2018), señala que “en Lima Metropolitana la edad de inicio sexual fue un 34,9% de 10 a 17 años” (p. 162). De modo que “el delito de violación sexual de menores ha sido el que mayormente se ha modificado en el ordenamiento penal por diferentes posiciones que ha tenido el legislador” (Sánchez, 2018, p. 162).

En la legislación comparada, por ejemplo, en la legislación penal venezolana (artículo 375 de CP), se tipifica que: El que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años cuando al momento del delito: No tuviere doce años de edad. En tanto, el Código Penal Federal establece también en su artículo 261 el acto sexual con una persona menor de doce años de edad que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por

cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión. Mientras, que el Código Penal Argentino tipifica como edad mínima trece años de edad. En tanto, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo I del Título Preliminar da una definición de edad aproximada entre un niño y adolescente al establecer que: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”; de ello se deduce, que un menor de edad a partir de los trece años de edad ya es considerado adolescente y tiene la capacidad de elegir y gozar sus derechos del libre desarrollo de su persona como la libre sexualidad; ello en relación con el artículo 4 del mismo cuerpo normativo que prescribe (...)“ el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

Castillo Alva (2016), haciendo un análisis de la Casación N.º 335-2015, del Santa trata de racionalizar la ley penal en los delitos de violación sexual a menores de edad en dos aspectos y señala; primero, se debe disminuir el límite mínimo de la edad para el ejercicio de la libertad sexual, por cuanto el Perú mantiene desde el Código Penal de 1924 como edad mínima los 14 años, por eso, señala que el legislador debe fijar como edad mínima los 12 o 13 años de edad, tal como lo demuestra la teoría de la sexualidad debido muchos aspectos físicos, psicológicos y sociales contemporáneos; por eso, el autor señala que:

Resulta inconcebible que en el Perú la Legislación Penal en el ámbito de los delitos sexuales mantenga aún pautas valorativas de hace casi 100 años atrás en donde los criterios morales, la influencia de ideas religiosas y el hermetismo en el tratamiento del sexo se consideraba necesario fijar el límite del ejercicio de la libertad sexual en la edad de los 14 años. 100 años después no se puede mantener los mismos criterios, sin desconocer que la sociedad ha cambiado y hay una modificación de la percepción y entendimiento de la sexualidad humana. (Castillo Alva, 2016, p. 2)

Además, el propio autor agrega que las penas en este tipo de delitos al establecer 30 a 35 años o cadena perpetua vulnera claramente los principios constitucionales y convencionales de racionalización y de prohibición de penas inhumanas, más aún si un menor de edad ha tenido relaciones sexuales con su consentimiento; por ello, se debe iniciar medidas (legislativas y judiciales), para una reforma en este tipo de delitos, teniendo en cuenta el límite de edad trece años como también el marco de la pena a imponer.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Republica -Sala Penal Permanente de Lima Norte Recurso de Nulidad 415-2015- Lima Norte, adoptó un criterio del acuerdo plenario para reducir la sanción penal a personas que se involucraban con personas menores de 13 años de edad cuando existe una relación sexual consentida, al señalar que:

Este asunto, aunque espinoso, no puede pasarse por alto. Los menores de catorce años hacen ejercicio de su facultad sexual, a pesar de que la ley ha tratado de impedirselo. La ley penal es fría en este asunto, sin embargo el derecho penal también vigencia el Principio de la Primacía de la Realidad, pues más allá de presunciones legales, también se debe considerar circunstancias para poder determinar la pena, las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la Republica no se han mantenido ajenas a estos postulados que rigen en el derecho penal y en muchos casos, se ha tratado de superar las deficiencias del legislador sobre este asunto, no por

desconocimiento sino que a diferencia de un órgano jurisdiccional, carece de esa oportunidad de intermediación en un caso en concreto.

Los criterios que consideró la Corte Suprema de Lima Norte son los que se encuentran inmersos en el Acuerdo Plenario N.º7-2007/CJ-116, F.J. 10; y señala que, para el

Consentimiento de los adolescentes tenga validez, en ese entonces solo era aplicable para los adolescentes de 14 a 18 años de edad, pero la Corte Suprema de Lima Norte también infiere que se puede aplicar para los adolescentes de 13 años; a) la diferencia entre sujeto activo y pasivo no sea excesivo; b) Que exista entre sujeto activo y pasivo un vínculo sentimental; c) Las costumbres y percepción cultural y prácticas sexuales a una temprana edad; d) la admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

También, la Corte Suprema se ha pronunciado en diferentes casos como en el Recurso de Nulidad 3495-2015 de fecha 16 de marzo de 2017, en el Fundamento Jurídico 15, que señala:

Cabe acotar que el Derecho Penal tiene que aplicarse de la perspectiva humana, por lo que resulta desproporcionado y contra fáctico, cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción que en lugar de estabilizar un conflicto y otorgar paz a las partes, originaria otro conflicto y desazona los involucrados; siendo para ello causa suficiente para disminuir las pena a límites inferiores al mínimo legal y que este tenga el carácter de condicional debido a que no existe una sola referencia ni mención de probable comportamiento posterior del imputado.

Finalmente, existe una problemática, que afecta a una parte de la sociedad, así en el aspecto fáctico, por ejemplo en el expediente N.º 02200-2022-0-0601-JR-PE-01, el titular de la acción penal acusa al investigado de haber abusado sexualmente a una menor de trece años de edad, a pesar que la menor ha indicado en todo momento (cámara

Gesell y perica psicológica), que no ha existido violación alguna, sino que ha sido por voluntad propia; sumado a ello, no hay persistencia en la incriminación por parte de los padres y la menor, peor aún existe una menor de edad, que necesita el cuidado de su padre y vivir dentro de una familia digna, porque dicha menor (hija producto del consentimiento sexual) no es producto de la violación, sino producto de la convivencia, pero el titular de la acción penal, tipifica la conducta en el artículo 173 del CP que es la máxima pena, cadena perpetua, de manera que aplica la norma de forma mecánica, sin tener en cuenta la tutela de los derechos fundamentales de la supuesta víctima, del investigado y de su menor hija.

En otro caso N.º 398-2022, una menor de 12 años de edad ha tenido relaciones sexuales con un menor de 17 años y la menor señala que ella misma se ha bajado el pantalón y lo han hecho en el callejón, por voluntad propia, evidenciándose a pesar de su edad que las relaciones han sido consentidas; de estos casos descritos, se evidencia que las menores de edad han tenido relaciones sexuales consentidas a los doce y trece años de edad, de modo que se evidencia que, la reducción de la edad es considerable en los últimos siglos; en ese sentido, si bien la norma es válida, pero es injusta en algunos casos cuando hay consentimiento; al respecto Rawls (2006), señala que “no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas” (p. 17), del sistema jurídico; porque, “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar”

(p. 17); justicia, que necesitan en este tipo de delitos la víctima, el victimario y un menor de edad producto del consentimiento sexual.

Por tanto, al existir una problemática latente, donde no solo se viola la presunción de inocencia del investigado, cuando hay un menor de edad nacido producto del consentimiento sexual como los casos en mención, sino también el libre desarrollo de su sexualidad de los menores de trece años de edad, el principio del interés superior de las menores (madre e hija), porque una vez sentenciado y confirmada la sentencia, ambos menores quedan en la mera orfandad y las garantías y principios constitucionales que tanto alega el Estado social y democrático de derecho quedan en una mera declaratoria o una mera formalidad, porque el fiscal solo se basa en el principio de legalidad positiva, pero en el Estado de Derecho como señala Pérez Luño (1994), no solo debe basarse en el principio de legalidad positiva, sino en aquel que engloba el entero orden constitucional y el respeto por los derechos fundamentales, teniendo como piedra angular la defensa de la persona y su dignidad como fin supremo del Estado y a sociedad (art. de la Const.).

### **1.1.2. Descripción del problema**

El legislador mediante la Ley N.º 30076 ha regulado en 14 años la edad mínima para consentir una relación sexual, diferenciándose la edad de la víctima si tiene menos de diez años la pena será de cadena perpetua, si la víctima tiene entre diez y catorce será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años (art. 173 del C.P.). Luego, mediante la Ley N.º 30838, el legislador mantiene la edad mínima de catorce años, pero

modifica la pena privativa de libertad de cadena perpetua, para aquel sujeto que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal con un menor de catorce años.

De ello se deduce, que las personas de 13 años que tengan relaciones sexuales con su consentimiento se verán inmersos en un proceso penal, afectando el libre desarrollo de su sexualidad de la agraviada y la libertad ambulatoria del supuesto imputado y más aún si producto de la relación consentida se ha procreado un menor de edad, se vulnera el principio del interés del niño y por ende, vivir dentro de una familia digna, pues a dicha edad (13 años y máximo 21) viven una etapa de enamoramiento y tienen un desconocimiento de la normatividad penal.

Por tanto, existe una laguna axiológica en el artículo 173 de Código Penal, porque existe norma para el supuesto de hecho, pero resulta axiológicamente inadecuada, porque el legislador no ha tenido en cuenta el consentimiento sexual de los menores de trece años de edad, pues el consentimiento sexual en los últimos años la edad se ha reducido, empero en la actualidad los adolescentes (13 años) y mayores de edad (18 a 21 años) que hayan tenido relaciones sexuales consentidas se les denominan infractores de la ley penal e imputada respectivamente y se les seguirá un proceso penal y la pena concreta es de cadena perpetua, vulnerando el principio de resocialización (art. 139. 22 de la Const.), siendo contrario a la dignidad y al principio de libertad; ante esta problemática, es que me formulo la siguiente interrogante.

### **1.1.3. Formulación del problema**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos, criminológicos y políticos criminales para establecer en el Código Penal peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda a los menores de 13 años de edad?

## **1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1. Contribuye al conocimiento Jurídico**

El trabajo se justifica, porque permite aportar conocimiento jurídico a las teorías existentes respecto de la libertad sexual de los menores de trece años de edad, ello en base al estudio doctrinario como el desarrollo biológico, hormonal y corporal y los aspectos criminológicos y políticos criminales.

### **1.2.2. Contribuye a la Administración de Justicia**

El presente trabajo es importante porque de alguna manera permitirá la revisión del trabajo por algunos operadores de justicia y a partir de ahí tener una idea de la realidad social, cultural y tecnológica, que permite de alguna manera descubrir el libre desarrollo de su sexualidad de los menores de trece años de edad.

### **1.2.3. Aporte a la legislación**

El trabajo también se justifica, porque una vez que se determinó los fundamentos jurídicos para establecer en el Código Penal Peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda a los menores de 13 años de edad, se elabora una propuesta de modificación legislativa del artículo 173 del Código Penal vigente para que en el parlamento discutan la

problemática y a partir de ahí, puedan por voto mayoritario si exista la necesidad incluir la edad de 13 años para el supuesto agravado del delito de violación sexual de menores de edad.

#### **1.2.4. Contribuye a la formación del maestrando**

Finalmente, el trabajo fue de mucha importancia para el investigador, pues permitió estudiar a profundidad la libertad sexual en los menores de 13 años de edad, y a partir de ello, emitir conclusiones que sirvieron de sustento para la investigación.

### **1.3. OBJETIVOS**

#### **1.3.1. General**

Determinar los fundamentos jurídicos, criminológicos y políticos criminales para establecer en el Código Penal peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda a los menores de 13 años de edad.

#### **1.3.2. Específicos**

- A.** Analizar la regulación de las normas penales de violación a la libertad sexual de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica en base a los estudios criminológicos.
- B.** Explicar la proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima.
- C.** Analizar el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana.
- D.** Sintetizar la edad etaria entre el sujeto activo y pasivo no supere los 08 años de edad cuando medie el consentimiento sexual de los

menores.

- E.** Sintetizar que en la relación sexual medie el vínculo sentimental entre el sujeto pasivo y activo y no exista signos de violencia física y psicológica.
- F.** Explicar las etapas del desarrollo humano entre niñez y adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del Código de los niños y adolescentes.
- G.** Elaborar una propuesta de modificación legislativa del artículo 173 del Código Penal Vigente que incluya la edad de 13 años para el supuesto agravado del delito de violación sexual de menores de edad.

#### **1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES**

##### **1.4.1. Delimitación**

###### **A. Espacial**

La investigación se desarrolla dentro del territorio peruano ya que, es una normativa nacional, ubicada en el Código Penal.

###### **B. Temporal**

Dado el tipo de investigación no tiene ámbito temporal, pero se tendrá en cuenta la Ley N.º 30076, desde su vigencia, pues es la normativa que prohíbe las relaciones sexuales de adolescentes de 13 años de edad.

##### **1.4.2. Limitaciones**

Las limitaciones que se presentaron han sido superadas.

## **1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS**

### **1.5.1. De acuerdo al fin que persigue**

#### **A. Básica**

La investigación es de tipo básica, porque aporta con nuevos conocimientos teóricos del tema objeto de estudio; ya que, se profundiza sobre un problema que ya existe y seguramente ha sido motivo de diferentes posturas a favor o en contra. Pues, este tipo de investigación está “orientada a descubrir las leyes o principios básicos, así como en profundizar en un tema los conceptos de la ciencia, considerándolo como el punto de apoyo inicial para el punto de apoyo inicial para el estudio del fenómeno o hechos” (Escudero Sánchez y Cortez Suárez, 2018, p. 19).

### **1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación**

#### **A. Descriptiva**

Del mismo modo, la investigación es descriptiva, porque se definió las características, los elementos y los objetivos del tema de investigación, pues este este diseño de investigación se “refiere sobre las características, cualidades internas y externas, propiedades y rasgos esenciales de tos hechos y fenómenos de la realidad, en un momento y tiempo histórico concreto y determinado” (Carrasco Días, 2006, p. 42).

#### **B. Propositiva**

También la investigación es de alcance propositivo porque una vez que se determinó los fundamentos jurídicos para establecer en el

Código Penal Peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentida comprenda a los menores de 13 años de edad, se elaboró una propuesta de modificación legislativa del artículo 173 del C.P., que incluya la edad de 13 años para el supuesto agravado del delito de violación sexual de menores de edad.

### **1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

#### **A. Cualitativa**

La investigación es cualitativa, porque para contrastar la hipótesis no se recurrió a ningún cálculo estadístico, sino que se recurrió a la argumentación mediante la deducción.

### **1.6. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos, criminológicos y políticos criminales para establecer en el Código Penal peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda a los menores de 13 años de edad, son:

#### **Fundamentos jurídicos**

- A.** Contextualización de las normas penales (art. 173 del CP) de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica en base a los estudios criminológicos.
- B.** Concretizar el principio de proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima.
- C.** Optimización del derecho al libre desarrollo de la persona humana.

## **Fundamentos criminológicos**

**D.** La edad etaria entre el sujeto activo y pasivo que no supere los 08 años de edad cuando medie el consentimiento sexual.

**E.** El vínculo sentimental entre el sujeto pasivo y activo y que no medien signos de violencia física y psicológica.

## **Fundamentos Políticos criminales**

**F.** El concepto de adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

## **1.7. MÉTODOS**

### **1.7.1. Genéricos**

#### **A. Deductivo**

En el presente trabajo se tuvo en cuenta el método deductivo porque corresponde a un proceso argumentativo que pasa de lo general a lo particular; en este caso, se partió desde una perspectiva general del delito de la libertad sexual en adolescentes de 13 años de edad, teniendo en cuenta los aspectos teóricos, doctrinarios y jurisprudenciales para emitir conclusiones particulares; pues el método deductivo, “se realiza, tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares en el área” (Ponce, 1996, p. 69).

#### **B. Analítico – sintético**

También en el presente trabajo se utilizó el método analítico, porque permitió la descomposición de cada uno de los elementos del tema

objeto de estudio y mediante la síntesis se reintegró los elementos desintegrados, porque “el análisis es un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes” (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, p. 186); en tanto, la síntesis es la operación inversa porque “establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, p. 186)”

### **1.7.2. Propios del Derecho**

#### **A. Método dogmático jurídico**

En la presente investigación se tuvo en cuenta el método dogmático jurídico, porque permitió analizar la norma del delito de violación sexual a menores de edad, la teoría y la jurisprudencia, porque este tipo de estudios como sostiene Tantaleán Odar (2016), “se conecta con el tema de la validez de las normas jurídicas; es decir, aquí el punto gira en torno a saber si el ordenamiento jurídico es o no válido, sin entrar en detalles sobre su eficacia o legitimidad” (pp. 3-4).

#### **B. Hermenéutica jurídica**

La hermenéutica en el presente trabajo permitió interpretar la norma del artículo 173 del Código Penal del delito de violación sexual a menor de edad, porque el método hermenéutico permite “darnos a conocer algo oculto, sacar a la luz lo escondido” (Osuna Fernández,

1992, p. 50).

### **C. Método de la argumentación**

Este método fue de vital importancia básicamente en la validación de la hipótesis, pues permitió el discurso argumentativo mediante la deducción.

## **1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

Las técnicas y los instrumentos que se utilizó en la investigación son las siguientes:

### **1.8.1. Técnicas**

#### **A. Análisis documental**

Esta técnica permitió elegir las ideas más relevantes del tema objeto de estudio, ya sea de libros, documentos, tesis, revistas, entre otros.

### **1.8.2. Instrumentos**

#### **A. Ficha bibliográfica**

Este instrumento permitió identificar las fuentes del tema de investigación, ya sea de los libros, tesis, artículos, revistas, entre otros.

## **1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN**

Dado el tipo de investigación no presente unidad de análisis, pero se tiene en cuenta el artículo 173 del Código Penal Vigente.

## **1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA**

En el presente trabajo no es pertinente la población ni la muestra, pero se tuvo en cuenta el artículo 173 del Código Penal vigente.

## 1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Revisado el repertorio de trabajos de investigación de posgrado y doctorado en el RENATI de la SUNEDU, así como en el ciberespacio, se constata que no existen investigaciones respecto del tema de investigación; sin embargo, se tuvo en cuenta los siguientes trabajos:

Sánchez Ocampo (2018), en su tesis titulada “la despenalización de las relaciones sexuales en menores de 13 años cuando medie el consentimiento con personas que tengan entre 18 a 21 años de edad”, presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo en la Ciudad de Lima, para optar el grado académico de Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal, señala en una de sus conclusiones que:

En la actualidad en nuestra norma penal se objeta que la voluntad del menor de trece años no tiene efectos jurídicos, ya que no se toma en consideración los estudios científicos que explican que los niveles cognitivos y psicológicos de los menores de trece años de edad (adolescencia temprana), son quienes deciden sobre su sexualidad y sostienen relaciones sexuales con consentimiento. (Sánchez Ocampo, 2018, p. 66).

De ello se deduce, que la autora, señala que el legislador no está tomando en cuenta los niveles cognitivos psicológicos y tecnológicos para reducir la edad del consentimiento sexual en menores de trece años de edad “cuando estos menores tienen relaciones sexuales consentidas ejerciendo su derecho a la libertad de decidir sobre su sexualidad con personas que tengan entre 18 a 21 años de edad, pues existe como atenuante la autorización del mismo menor” (Sánchez Ocampo, 2018, p. 66); generando una afectación al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito sexual de los menores de 13 años y que se debe disminuir las sanciones penales para los imputado que tuviesen 18 a 21 años de edad.

Otra de las investigaciones, que se tiene en cuenta es la de Ramírez Solís (2020), que si bien es cierto, es una tesis de pregrado, pero tiene relación con algunos componentes del presente trabajo; esta tesis titulada “exclusión de la responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad por la inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú”, presentada a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo en la Ciudad de Huaraz, para optar el grado de abogado, el autor señala en una de sus conclusiones que:

La exclusión como responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas, en menores embarazadas de trece años de edad por inexistencia de la indemnidad sexual, se fundamentan en el derecho del concebido a una familia natural y la garantización de la permanencia del interés superior del concebido. (Ramírez Solís, 2020, p. 117)

De ello se deduce, que el trabajo está centrado en excluir de responsabilidad penal al sujeto activo que tuvo relaciones sexuales con una menor de 13 años de edad, cuando ella lo ha permitido y ha quedado embarazada producto del consentimiento y por ende, la inexistencia de la indemnidad sexual y que además garantizan el libre desarrollo de la sexualidad de las menores de edad; pues lo que se busca es uniformizar no solo la legislación peruana si no también la jurisprudencia y que una menor de 13 años embarazada es inexistente la indemnidad y se dejaría la libertad sexual como bien jurídico por el interés superior del niño (concebido).

De los trabajos mencionados, si bien es cierto, desarrollan sobre la despenalización del delito de violación sexual de menores de trece años de edad, pero no indican cuales son los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 173 del Código Penal vigente, donde se incluya como supuesto agravado la edad de trece años de edad para el del delito de

violación sexual sin consentimiento; es por ello, que es necesario el desarrollo de la presente investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO**

Después de la segunda guerra mundial se da un cambio de paradigma del Estado legal al Estado constitucional de derecho, es ahí donde surge el constitucionalismo jurídico como una forma de control del sistema normativo, convirtiéndose así la Constitución en reguladora y protectora de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la persona y su dignidad como fin supremo del Estado y la sociedad, porque “la Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas” (Balaguer Callejón, 1992, p. 28), porque según el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 047-2004-AI/TC, la Constitución “es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal”.

De ahí, que la Constitución como señala Hesse (1983), es el orden jurídico fundamental de la comunidad, porque no solo se limita a la ordenación de la vida estatal, sino que sus normas se convierten en garantías del sistema jurídico, porque el derecho ya no solo está compuesto por un conjunto de normas legales, que se aplican del todo o nada como el artículo 170 del Código Penal, que se aplica de forma mecánica, sino que sumado a las normas legales incluye principios, directrices y derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 de la Const.), dentro de este el libre desarrollo de su sexualidad de los menores de edad, la presunción de inocencia (art. 2.24 literal d) y e) de la Const.), como un derecho esencial de

una persona investigada por el delito de violación, porque está en juego su libertad ambulatoria de por vida, también el principio de protección de la familia y el principio del interés superior del niño (art. 4), estos derechos no solo están delimitados dentro del orden estatal, sino del orden de la comunidad (ordenación de la vida no estatal).

Por eso, el derecho constitucional se entiende más allá del derecho político porque un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza porque la Constitución es “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales” (Guastini, 2001, p. 153); ya que, una de las condiciones de la Constitucionalización del ordenamiento jurídico es que la Constitución sea rígida, porque esta distingue los niveles jerárquicos entre la legislación ordinaria y constitucional, porque la Constitución está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada” (Guastini, 2001, p. 155).

De esta manera, la Constitución condiciona a la norma legislativa y que esta no vulnere derechos fundamentales, pero el artículo 173 del Código Penal, si bien es cierto es una norma válida y vigente, pero injusta en algunos casos excepcionales cuando media el consentimiento sexual de las menores de trece años de edad, siendo desproporcional la pena de cadena perpetua en ese sentido, porque la imposición de la pena privativa de cadena perpetua cuando media el consentimiento de una menor de trece años de edad no es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores de edad, más aún si existe producto del consentimiento sexual la procreación de otro menor de edad que necesita vivir y tener una familia digna

y que el Estado debe proteger el interés superior del niño.

En tal sentido, la pena privativa de libertad de cadena perpetua es inconstitucional en caso que medie el consentimiento sexual, porque como señala la Corte Suprema de Justicia de la Republica- Sala Penal Permanente en la Casación 335-2015 Del Santa “si bien es cierto la pena privativa de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de trece años de edad; sin embargo, la magnitud de la dosis cadena perpetua (interpretación extensiva) no es necesario e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima cuando media el consentimiento y existe producto de ello la procreación de un menor de edad.

Por tanto, la Corte Suprema de la Republica agrega lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto, porque la pena draconiana establecida por el legislador cuando media el consentimiento sexual no supera el subprincipio de necesidad tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de base constitucional art. 200 de la Const., como de su fundamento convencional art. 30 de la CADH.

Por ello, la investigación se relaciona con el positivismo incluyente, porque esta corriente admite la moral para la validez de las normas, esto es la protección de corrección de las normas, es decir, para la aplicación de un caso llamado difícil, donde se discute la cadena perpetua del imputado no solo debe aplicarse la norma que “es”, el “ser” (art. 170 del CP), sino también la norma que “debe ser”, esto es la aplicación de principios o valores morales como la justicia, porque “no es un accidente contingente el que el derecho y la moral estén conectados: el derecho es precisamente un medio para la expresión e

imposición de la ley moral, o algún elemento particular de esta” (Wualuchow, 2007, p. 95). Porque este elemento con la justicia o con los “llamados exteriores por oposición a exteriores, aún subsiste la cuestión: el expresar demandas morales y afirmar derechos morales esto es la misma naturaleza del derecho, sean estos derechos de moral política o derechos afirmados de la ley eterna de Dios” (p. 96).

De esta manera, la moral se relacionada con la justicia, porque como sostiene Rawls (2006), no importa que las leyes sean válidas y dadas por órgano competente, si son injustas deben ser desterradas del sistema jurídico, porque “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar” (p. 17); por ello, es “que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros” (p. 17), porque “la idea de la naturaleza dual del derecho es el fundamento de la fórmula de Radbruch. Ésta señala, en su formulación más simple, que la injusticia extrema no es derecho” (Alexy, 2013, p. 15).

También de alguna manera el presente trabajo se relaciona con el iusnaturalismo racionalista porque esta corriente sostiene la tesis de que “el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido” (García Máynez, 2009, pp. 111-112), es decir, el derecho importa no solo por la formalidad emanada del legislador, sino por el carácter axiológico de sus normas, que tiene como componente el valor justicia, o sea, el contenido del precepto del artículo 173 del Código Penal debe concordar con anhelos de justicia por encima de una

mera formalidad de la norma, porque si la norma es válida y justa pero exige una conducta contraria a determinados valores (libre desarrollo sexual, libertad ambulatoria, entre otros), será inválida, aunque los órganos del poder público estén en condiciones de imponerlos por la fuerza, porque “los derechos naturales existen por sí mismos porque provienen de la propia naturaleza humana” (Marcone, 2005, p. 125).

Finalmente, dada la naturaleza interdisciplinaria de la investigación se tiene en cuenta el realismo ontológico, pues debe entenderse que las teorías estudiadas por los seres humanos son importantes, cada uno en diferentes escenarios, pero teniendo en cuenta la realidad social, porque es parte del ser y de la realidad de las cosas, pues “el ser es el fundamento ontológico último de toda realidad y el apoyo indestructible de todo concepto” (Serrano Villafañe, 1974, p. 50); puesto que, “el simple hecho de la existencia de los seres plantea a la inteligencia humana un conjunto de graves problemas en que basta ahondar un poco para sentir el misterio” (p. 50); porque “si no existiera nada, ni Dios ni mundo, no habría problema del ser, porque no habría objeto de la cuestión ni siquiera para proponérsela (Serrano Villafañe, 1974, p. 50).

Por ello, los fundamentos jurídicos, criminológicos y sociales en las relaciones sexuales de adolescentes de 13 años, cabe señalar que el realismo ontológico es parte de la mente de la persona humana, en la cual se adquiere un conocimiento nuevo o se mejora; en tal sentido, este trabajo se ha procesado teniendo una serie de investigaciones en las cuales se llega a la conclusión que es una realidad que se encuentra desde el siglo XX e incluso antes.

Por eso, se propone que el legislador deje ser indiferente a la realidad social y lleve a cambiar esta situación y dejar que los adolescentes de 13 años puedan desenvolverse libremente en su aspecto sexual, pues debe permitirse su libre desarrollo de la sexualidad en casos que no exista vulneración o afectación al cuerpo y la salud de la agraviada.

## **2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS**

### **2.2.1. Protección constitucional de los menores de edad en los delitos de violación sexual**

Desde que el Perú es un Estado Democrático y Social de Derecho (art. 43 de la Const.), el Estado tiene el deber primordial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44 de la Const.), en este caso los derechos al libre desarrollo de la sexualidad de los menores de trece años de edad y la protección de la indemnidad sexual, derechos fundamentales axiológicos que tienen íntima relación con la dignidad ontológica de los menores de edad.

De esta manera, este tipo de Estado junto a la política criminal deben proteger un resurgimiento y con ella la necesidad de buscar un nuevo fundamento racional en los delitos de violación sexual a menores de trece años de edad cuando hay consentimiento expreso de la víctima (Hormazabal Malareé, 1992), pues la búsqueda de este fundamento racional se tiene que hacer en un nuevo contexto político, de acuerdo a los cambios sociales, culturales y tecnológicos de la actualidad; de modo, que los bienes jurídicos protegidos (libre desarrollo de la sexualidad e indemnidad sexual), se tiene que proteger teniendo en cuenta también los derechos del imputado (presunción de inocencia y

el principio de legalidad constitucional) y sus necesidades, pues

Los bienes jurídicos no giran exclusivamente en torno a una persona individual o de una colectividad considerada como globalidad, sino que están en función de las bases de existencia o de funcionamiento de un sistema de relaciones sociales democrático, esto es de vínculos entre personas realizadas en condiciones de libertad y dignidad. (Hormazabal Malareé, 1992, p. 154)

Por eso, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00008-2003- AI/TC,

Ha señalado que el Estado Democrático y Social de Derecho no solo reconoce, protege y promueve el goce de derechos tales como la libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley; sino que adicionalmente pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que persona y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino nociones en implicación recíproca.

De ahí, que el Estado Democrático y Social de Derecho, se preocupa constantemente por la protección, promoción y vigencia de los derechos fundamentales de la persona humana, teniendo en cuenta el reconocimiento de la dignidad humana como un valor fundamental y esencial dentro de la Constitución; pues las implicancias de la adopción de este tipo de Estado, como el adoptado en el Perú,

No se quedan solo estáticas en el plano teórico, sino que comportan, en el plano real, una serie de exigencias que han de ser cumplidas por parte del Estado en función de los valores superiores, los principios constitucionales y todo el plexo de derechos fundamentales que la Constitución reconoce. (León Vásquez, 2022, p. 209)

Por ello, la Constitución consagra como un deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, pues para imputar responsabilidad penal a una persona, el tipo penal debe estar expresamente regulado en el Código sustantivo; ya que, este deber del Estado Social halla sustento en la Constitución (art. 1), al consagrar la la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin

supremo de la sociedad y del Estado; y, por otro lado, en el doble carácter de los derechos fundamentales (León Vásquez, 2022).

De modo, que la previsión de doble carácter se justifica porque, existe un estrecho nexo de interdependencia, pues “el Estado social, para ser considerado como tal, tiene que respetar y garantizar los derechos fundamentales; y, a la inversa, los derechos fundamentales, para su realización, precisan de la existencia del Estado Social y Democrático de Derecho” (p. 211); de modo, que en atención al doble carácter de los derechos fundamentales, “la obligación del Estado de velar por la vigencia y respeto de los derechos fundamentales no obedece tan solo a su dimensión subjetiva, sino también a su dimensión institucional u objetiva” (León Vásquez, 2022, p. 211); por eso, “cuando se produce la vulneración de un derecho fundamental, ello no solo supone la afectación del titular de ese derecho, sino que también se pone en cuestión el propio ordenamiento constitucional” (pp. 2011-2012).

#### **A. Derecho al libre desarrollo de la sexualidad de los menores de edad**

El libre desarrollo de la personalidad según el Diccionario de la Real Academia Española, significa un “principio general de libertad que autoriza a las personas a llevar a cabo todas las actividades que la ley no prohíba o someta a condiciones, sin que pueda coartarse el libre desarrollo y el derecho a la autodeterminación que comporta”; de esta manera, este derecho fundamental encuentra su basamento en la dignidad humana, pues el artículo 2.1 de la Constitución

consagra el derecho al libre desarrollo y el derecho al bienestar, de modo que “estos derechos garantizan, aunque de distinta forma, ámbitos de libertad y realización humana” (Sosa Sacio, 2022, p. 93), como el libre desarrollo de la sexualidad de los menores de edad, que es un derecho fundamental que deriva del libre desarrollo de la personalidad.

Pues el libre desarrollo de la personalidad implica, “libertad general de acción, es decir, la posibilidad de que cada quien haga lo que prefiera, sin que pueda establecerse límites inconstitucionales a ello” (p. 93); por eso, que este derecho constituye un derecho fundamental que ha sido recogido en la Constitución “a partir del cual se le confiere a toda persona la posibilidad de establecer autónomamente su plan de vida” (Del Moral Ferrer, 2012, p. 63).

Al respecto, el Tribunal Constitucional refiere que “los derechos sexuales, en tanto manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, implica el derecho de las personas a decidir de manera libre sobre su sexualidad independientemente de la edad, condición social, raza y religión”; de manera, que de la interpretación extensiva del TC, se tiene que el legislador en el artículo 173 del CP vigente, no ha tenido en cuenta que el adolescente de trece años de edad es sujeto de derechos “obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas”.

Por ello, que el libre desarrollo de la personalidad de los menores de trece años de edad, también está relacionado con el derecho a

elegir su libre sexualidad, esto es, decidir con quién tener relaciones consentidas, como sujetos de derechos, claro está, siempre y cuando no medie de por medio coacciones físicas ni psicológicas, caso contrario se aplicará la máxima pena, pues “el desarrollo de la personalidad y la autorrealización está en función de los tres sistemas: el biológico, el psicológico y el sociocultural; de modo que ninguno de los sistemas independientemente resulta suficiente” (García García, 1999, p. 17); ya que, “el desarrollo de la personalidad no puede tener lugar si no se reconocen y respetan los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad” (Marrades, 2002, p. 84)

### **2.2.2. Teoría del delito**

La teoría del delito llamada también teoría de la imputación penal, trata de definir las características que debe tener una conducta para ser imputada como hecho punible pues “reúne en un sistema los elementos que pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos” (Mir Piug, 2019, p. 28); en tanto, para Muñoz Conde y García Arán (2002), “la teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana” (p. 203).

Para Bacigalupo (1996), “la teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley” (p. 67); en tal sentido, se puede indicar que la teoría del delito tiene como finalidad,

si la conducta realizada por el agente es punible de ser susceptible de responsabilidad penal o no.

## **A. Elementos de la teoría del delito**

Los elementos del delito son la acción o conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, aunque algunos autores lo llaman punibilidad.

### **a. Acción**

Peña Gonzáles y Almanza Altamirano (2010), sostienen que “la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado” (p. 93); para Welzel (1956), señala que la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista, por tanto,

La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. (p. 39)

En efecto, la acción se puede indicar como aquella actividad voluntaria que realiza el sujeto y consta de un elemento físico y psíquico, el primero es el movimiento corporal y el segundo la voluntad del sujeto, esa actividad voluntaria es la que produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado, de ahí que dicho resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, se debe configurar un tipo penal en la parte general del Código Penal Sustantivo, por

cuanto ha lesionado intereses jurídicos protegidos por la ley penal.

#### **b. Tipicidad**

La tipicidad como sostiene Puig (2019), es una exigencia del Estado de derecho porque vincula al principio de legalidad, pues este principio requiere que no solo los delitos y las penas se hallen previstos por una ley anterior (aspecto formal), sino que dicha ley determine con precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas (aspecto material); para Peña González y Almanza Altamirano (2010), la tipicidad “es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal” (Peña González y Almanza Altamirano, 2010, p. 132).

#### **c. Antijuricidad**

La antijuricidad es la contradicción a la norma prohibida por el ordenamiento jurídico, así López Barja de Quiroga (2004), sostiene que la antijuricidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho (p. 181)”.

Para Muñoz Conde y García Arán (2002), este elemento del delito tiene que ver con la contradicción entre la acción realizada

por el sujeto activo y las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir, a diferencia de los demás elementos “la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo” (p. 341).

En síntesis, la antijuricidad es lo contrario a Derecho, pues el derecho penal no lo crea, “sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena” (p. 342), pues “la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad), pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad” (Peña Gonzáles, 2010, p. 177); ya que, “si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico”(p. 177).

#### **d. Culpabilidad**

Puig (1982), sostiene que “la culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal” (p. 107); es decir, “sólo cuando tal posibilidad de motivación normal concorra será el autor culpable y tendrá

sentido realizar la amenaza penal en su persona” (p. 107).

De ello se deduce, que la culpabilidad tiene como fundamento material la función motivadora de la norma penal, pues dicha norma se dirige a aquellos individuos que son capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos; esto es, que “la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla” (Peña Gonzáles y Almanza Altamirano, 2010, p. 202).

Por tanto, la culpabilidad se refiere a la posibilidad de reprochar penalmente al autor de una acción u omisión, típica y antijurídica de su comisión, teniendo en cuenta las circunstancias o condiciones en que dicho autor ha producido el injusto penal, es decir, “es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste” (Zaffaroni, 2002, p. 656).

#### **e. Punibilidad**

La punibilidad como elemento de la teoría del delito, es discutida por algunos autores, pero es necesario agregar en el presente trabajo, así Roxin (1997), señala que “una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible. Pero

excepcionalmente, es decir en algunos preceptos penales concretos, han de añadirse aún otros presupuestos de punibilidad para desencadenar la punibilidad” (p. 195); los presupuestos son las condiciones objetivas de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de la punibilidad; la primera, “afectan al carácter penal de la antijuridicidad del hecho y de ellas depende, pues, el injusto penal” (Mir Puig, 2019, p. 65); en tanto, la segunda, existe una causa que excluye al autor, del delito sino está debidamente comprobada.

## **B. Sujetos del delito**

### **a. sujeto activo del delito**

El sujeto activo del delito necesariamente es la persona individual, “con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos. Aun en los casos de asociación criminal, las penas recaen solo en sus miembros integrantes” (Peña Gonzáles y Almanza Altamirano, 2010, p. 71); por eso, “solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena” (p. 71), y el Código Penal así lo reconoce al establecer en sus artículos como el 106 “el que mata a otro (...)” y el 188 “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, (...)”.

## **b. sujeto pasivo del delito**

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y que se siente lesionado con el actuar ilícito del sujeto activo, también es necesario indicar que el sujeto pasivo, como señala Peña González (2010), es diferente al sujeto perjudicado, por ejemplo, en el rapto de un menor el perjudicado es el tutor o los padres.

## **C. Objeto del delito**

### **a. Objeto material**

“Es la persona o cosa sobre la que recae la acción del sujeto activo: personas (individuales o colectivas), animales y cosas inanimadas” (Peña González y Almanza Altamirano, 2010, p. 81); agregan los autores que “el objeto material no se da en todos los delitos; los de simple actividad (por ejemplo, el falso testimonio) y los de omisión simple (por ejemplo, omisión de denuncia) carecen de objeto material” (p. 81).

### **b. Objeto jurídico**

Es el bien jurídico tutelado por la norma penal ante amenazas o lesiones por el sujeto activo, así “el objeto jurídico del delito o bien jurídicamente protegido es el bien o interés que está protegido por el Derecho, “lo que” la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones” (Peña González y Almanza Altamirano, 2010, p. 81); es necesario agregar que por ejemplo “en la falsificación de

documentos el objeto material es el documento, es la cosa sobre la que recae la acción, el bien jurídico protegido que es vulnerado es la fe pública. Es este bien el que la ley penal protege” (p. 82).

### **2.2.3. Política criminal en los delitos de violación sexual a menores de edad**

En este acápite, se debe entender primero que es política criminal; al respecto, Herrero (2007), sostiene que desde el punto de vista criminológico se han formado múltiples definiciones de esta disciplina, así se tiene que es un “sistema coherente y razonado de reacción social antidelictiva, Exposición ordenada de las estrategias, técnicas y medios sociales para la consecución de un control óptimo del crimen” (p. 431); en tanto, para Rivera Beiras (2005), la política criminal debe entenderse “como arte legislativo lo que servirá para diferenciarla ya del Derecho penal. En tal sentido, la Política criminal sería el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho Natural de sus súbditos” (pp. 24-25).

En tal sentido, la política criminal debe entenderse como las acciones destinadas a tener un efecto en la criminalidad, esto es tomar decisiones legislativas para decidir qué acciones o comportamientos constituyen delito, en este caso, el delito de violación a la libertad sexual en menores de edad y que sanciones se les debe aplicar al sujeto activo, esto si existe punibilidad aun con el consentimiento de los menores o no existe punibilidad cuando existe el consentimiento

sexual; porque dicha disciplina como sostiene Jiménez De Asúa (1958), no es una ciencia, “sino más bien el arte de legislar, previa una crítica científica de las leyes y la indagación causal de la delincuencia” (p. 26); ya que, “forma parte del Derecho penal, e incluso no le es indiferente a la Dogmática, pues, para interpretar progresivamente las leyes en vigor, puede atenderse a la aspiración presente y hasta a los proyectos de reforma que existan en el país” (Jiménez De Asúa, 1958, pp. 26-27). Por tanto, la política criminal en los delitos de violación a menores de edad, si se encuentra justificada cuando no existe consentimiento y cuando existe consentimiento en menores de trece años no está justificada, por cuanto, el legislador solo incluye como pena conminada cadena perpetua no importando si la relación sexual es consentida o no.

#### **2.2.4. Teoría del desarrollo humano**

Existen varias teorías que explican el desarrollo humano, pero una de las teorías es la de Piaget que sostiene “el individuo viene al mundo con una serie de estructuras biológicas que condicionan su relación con el entorno y que son propias de cada especie” (Delval, 2006, p. 64); de manera, “que los seres humanos emprendemos un proceso de cambio que continúa durante toda la vida, pues una célula única se convierte en una persona que vive, respira, camina y habla” (Papalia, y otros, 2010, p. 4); convirtiéndose así en las etapas del desarrollo humano, que implican una serie de cambios biológicos, físicos, emocionales, psicológicos y sociales que atraviesa todo ser humano a lo largo de la trayectoria vital, dentro de ellos la adopción del sexo o tipificación

sexual, es un “desarrollo social que consiste en adquirir conductas que se consideran específicas de las mujeres o los hombres, y que en todas las sociedades están diferenciadas” (Delval, 2006, p. 432).

Dentro de la teoría de Piaget se encuentra el desarrollo de la persona humana que conlleva también a la evolución de la sexualidad, porque la evolución de la sexualidad “varía de una cultura a otra y en el contexto socio-histórico en que se desarrolle” (Vera Gamboa, 1998, p. 116), pues los “adolescentes inician relaciones románticas de forma más temprana, alrededor de los 13 años, observándose una mayor proporción de adolescentes entre 15 a 19 años sexualmente activos, y una disminución de la edad promedio del inicio de las relaciones sexuales penetrativas” (Leal, y otros, 2018, pág. 150); de esta forma, la edad de la sexualidad a ido disminuyendo en relación a otras épocas anteriores donde la relación sexual tenía una edad de inicio de entre 18 años a 25 años, para con los años posteriores ir disminuyendo la edad de 16 a 18 años y en la actualidad de 12 a 16 años de edad.

Ello en relación también a lo sostenido por la ENAHO- 1998, donde señala que la edad de las mujeres peruanas a la primera relación sexual, según declaración de las encuestadas de 15 a 49 años de edad, indican que el 7.6% de mujeres se iniciaron sexualmente entre los 10 a 14 años, el 34.9% entre los 15 a 17 años y el 24.6% entre los 18 y 19 años. De donde resulta que el 67.1% de mujeres, esto es dos de cada tres mujeres, tuvieron su primera relación sexual en la adolescencia y probablemente como consecuencia de ello tuvieron un aborto, un hijo no deseado o contrajeron alguna ETS, donde se observa que los

resultados de la ENAHO, indican que las mujeres rurales inician su vida sexual más temprano que las mujeres urbanas, y este comportamiento es mucho más notorio entre las mujeres de la selva rural, donde el 15.5% tuvieron su primera relación sexual entre los 10 a 14 años, el 55.8% entre los 15 a 17 años<sup>3</sup>, el 18.4% entre los 18 y 19 años y apenas el 10.3% después de los 20 años de edad.

Por ello, la evolución de la sexualidad “es un fenómeno pluridimensional que varía de una cultura a otra y en el contexto socio-histórico en que se desarrolle. Aun cuando los apuntes históricos sobre sexualidad datan de más de cinco mil años, los datos disponibles son escasos” (Vera Gamboa, 1998, p. 118).

De esta manera, el desarrollo humano y básicamente el desarrollo sexual, empieza en la edad preescolar, pues “la mayoría se masturba en uno u otro momento. Niños y niñas se fascinan con las actividades de excreción” (Rice, 1997, p. 173); de modo, que “la sociedad acepta menos los intereses sexuales de los niños durante la niñez intermedia, por lo que las actividades sexuales tienen lugar de manera más cubierta que durante los años preescolares, pues la experimentación sexual no cesa o disminuye” (p. 173), por el contrario, se hace más frecuente, pero teniendo en cuenta también otros factores, como los culturales, sociológicos y tecnológicos, que de alguna manera permiten o incentivan la relación sexual a temprana edad, incluso a veces a los 12 años.

Por eso, el desarrollo humano, si bien es cierto, tiene una estructura bien diferenciada (primera infancia, infancia, adolescencia juventud,

adulter y vejez), pero el desarrollo sexual en los adolescentes también cambia de acuerdo a la sociedad, a la cultura y a la tecnología, por ello, que en mucho países las legislaciones han regulado las relaciones sexuales consentidas inclusive a los doce años (Venezuela), algunos a los trece años (Argentina, Costa Rica, Uruguay, entre otros).

De ahí, que la UNICEF (2014), señale que la edad mínima para el consentimiento sexual, es la edad en que una persona se considera capaz de consentir la actividad sexual; pero Rice (1997), sostiene que según una encuesta realizada a menores de edad señalaron que muchos adolescentes se masturban a los trece años de edad.

#### **A. Diferencia entre niñez y adolescencia**

El Código de los Niños y Adolescentes, Ley N.º 27337, prescribe en su artículo I del Título Preliminar que, “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”; de esta manera, el legislador ha dado una definición cronológica de niño y adolescente, pues considera niño a la persona desde su nacimiento hasta los doce años y, a partir de los 12 años hasta los 18 años de edad es considerado adolescente en caso de duda sobre la edad de una persona.

Al respecto, Gómez Campos y otros (2016), señalan que:

El crecimiento físico tiene dos etapas, la prenatal (tiene lugar intraútero desde el primer instante de la concepción y acaba con el nacimiento) y la postnatal que ocurre en tres fases: infancia, niñez y adolescencia. En esta última fase, a su vez, se describen otras tres: adolescencia temprana, generalmente entre los 12 y 13 años de edad; adolescencia media, entre los

14 y 16 años de edad; y adolescencia tardía, entre los 17 y 21 años de edad. En todas ellas se crean oportunidades para que el individuo pueda expresar su potencial genético, pero a su vez, este puede ser modificado por el medio ambiente. (p. 246)

Empero, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “(...), se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, de manera que el artículo I, del T.P., del CNA, es más clara y más completa, pues distingue entre niños y adolescentes mediante la edad cronológica, criterios que de alguna manera, desde mi punto de vista estoy de acuerdo, porque se adecua con la idiosincrasia del poblador peruano, con la realidad socio-cultural del país y con el desarrollo físico y mental de la persona humana; pues, de la definición de la CDN, se tendría que tratar por ejemplo aun adolescente de 17 años como niño, lo cual es inaceptable.

Por eso, la Constitución señala en su artículo 4 que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”; de modo, que este principio de protección constitucional tiene como finalidad lograr el desarrollo, la integración social y el correcto disfrute de los derechos de los niños y adolescentes, en tanto sujetos de derechos, como el libre desarrollo de su sexualidad de los adolescentes, pues la protección especial para los niños y adolescentes es reconocida en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, cuando menciona que,

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental,

moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

### **2.2.5. Delitos de violación sexual**

Los delitos a la libertad sexual incluyen la violación sexual (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o actos análogos mediante violencia o amenaza) y los actos contra el pudor (tocamientos indebidos en las partes íntimas o actos libidinosos mediante violencia o amenaza), y están plasmado en los artículos 170 al 178 del Código Penal peruano vigente.

#### **A. Evolución del delito de violación sexual en el Código Penal**

Dentro del delito de violación sexual ha existido una evolución en el ámbito sexual como se desarrolla a continuación.

El profesor Cabrera (2015), menciona que, en el Código Penal de 1924, el bien jurídico que se tutelaba era el honor jurídico, ya que, “era un sistema de protección a raíz de contenidos moralizantes por lo que, tenía mucha influencia la religión y los estándares sociales” (p. 46); empero, con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, el título llegó a cambiarse y denominarse delitos contra la libertad sexual en contra de la voluntad, sea mediante violencia física o psicológica.

De esta manera, la primera modificación luego de haberse promulgado el Código Penal de 1991 se encuentra en el artículo 1 de la Ley N.º 26293, publicada el 14 de febrero de 1994. La segunda modificación se da a raíz del artículo I del Decreto Legislativo N.º 896, publicado el 24 de mayo de 1998, expedido con arreglo a la

Ley N.º 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional, cuyo texto es el siguiente: “Violación sexual de menor de 14 años de edad. La tercera modificación es realizada por el artículo 1 de la ley N.º27472, publicada el 05 de junio del 2001; de esta manera, el legislador realizó cambios en el artículo 173 del Código Penal a través del artículo 1 del mismo cuerpo normativo por intermedio del artículo 1 de la ley N.º27507, publicada el 13 de Julio del 2001.

Luego se realizó una futura modificación, y se hizo a través de la ley N.º28251, publicada el 08 de junio del 2004. Consecuentemente, se realizó otra modificación que se dio fue a través del artículo 1 de la ley N.º28704, publicada el 05 de abril del 2006, esta modificación fue muy polémica ya que llegó a prohibir las relaciones sexuales que tenían los menores de 14 a 18 años de edad, la cual se declaró inconstitucional a raíz de la sentencia del T.C. N.º 00008-2012-PI/TC, publicada el 24 de enero del 2013; y, por último, se modificó con la ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto, lo cual solo penalizo con sanción de cárcel a los que se involucren con menores de 14 años (Sánchez, 2018).

## **B. Delitos contra la libertad sexual**

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos, es la libertad sexual y es sancionado todo acto de índole sexual que no haya sido deseado o consentido por la víctima; de ahí, que la falta de consentimiento es el eje central para tipificar el delito que lesiona la autodeterminación sexual como una manifestación de la dignidad

humana de la persona.

### **C. Delitos contra la indemnidad sexual**

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual cuando se trata de menores de 14 años de edad. La Indemnidad sexual es el aquel derecho inherente que posee toda persona a no sufrir interferencias en la formación de su propia sexualidad.

Valderrama Macera (2021), sostiene que:

La distinción entre libertad e indemnidad implica reconocer que existen actos que no atacan la libertad sexual de las víctimas (niños), porque carecen de la determinación para decidir sobre su integridad sexual, tanto más si como consecuencia de la comisión de este delito quedan secuelas psíquicas sobre la víctima que le impidan formarse una autodeterminación sexual de manera normal en el futuro. (p. 2)

Por tanto, el delito de violación sexual de manera general se configura cuando el sujeto activo hace uso de la violencia o amenaza grave para realizar el acceso carnal mediante vía vaginal, anal o bucal, sin contar con el consentimiento de la víctima.

#### **2.2.6. Tipo penal base de los delitos de violación sexual de menor de edad**

El tipo penal, en esta clase de delitos está regulado en el artículo 173 del Código Penal vigente, y el “hecho punible se configura cuando el agente dolosamente realiza un acto carnal sexual a un menor de catorce años de edad o lo somete para que el menor practique estos actos a su favor o en favor de un tercero” (Valderrama Macera, 2021, p. 3); pues en este tipo de delitos no necesita verificar si hubo o no violencia, amenaza intimidación, sino que se configura con la sola mera

actividad; es decir, el legislador omitió el consentimiento sexual; de esta forma, cuando existe agresión sexual a menor de edad debidamente corroborada con los elementos de convicción (Cámara Gesell, pericia psicológica, medicina legal y otros elementos periféricos que tengan relación con la declaración de la víctima), la pena de cadena perpetua estaría determinada en función a la gravedad del hecho y el bien jurídico afectado, de modo que la norma en ese sentido, es justa, pero cuando la relación con una adolescente de trece años de edad ha sido consentida y no existe daño físico ni psicológico debidamente corroborada, la norma penal vulnera derechos y garantías fundamentales de un Estado Constitucional de Derecho.

Por eso, el Tribunal Constitucional en el expediente N.º00008-2012PI/TC. F.J 8 y 9, señala que los derechos sexuales, en tanto manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, implica el derecho de las personas de decidir de manera libre su sexualidad independientemente de la edad, condición social, raza y religión, y además, que la regulación penal como está configurada refleja el desface del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan en el ámbito sexual, lo cual no tiene solo un aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas, por lo que, la disposición penal no supera el principio de proporcionalidad, lo que elimina por acreditar la vulneración del libre desarrollo de la personalidad.

También la Corte suprema de Justicia, Sala Penal Permanente R.N.N.º3166-2012-Ayacucho, ha señalado que cuando media

consentimiento en la realización del acto sexual por una adolescente mayor de 14 y menor de 18 años, deviene en irrelevante penalmente la conducta del acusado, debido a la aplicación del inciso 10 del artículo 20 del Código Penal (eximente de responsabilidad), de modo que de la interpretación de la Corte Suprema este argumento también alcanza a las adolescentes de trece años de edad, debido a los cambios sociales, tecnológicos y culturales.

Pero el legislador justifica este tipo penal base porque un menor de catorce años de edad es carente de autodeterminación sexual, por ello, que cautela indefectiblemente la indemnidad sexual, pero con ello, se está afectando el libre desarrollo de personalidad en su contenido de libre sexualidad, aunque el legislador haya omitido el consentimiento, pues la norma penal debe estar en consonancia con las normas supremas que ostenta el carácter axiológico de sus normas.

#### **A. Conductas típicas del tipo base de los delitos de violación sexual a menores de edad**

La conducta típica básica en este tipo de delitos en menores de catorce años de edad es reprochada penalmente porque obliga “a una persona 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” (Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial, 2021, p. 4).

## **B. Consentimiento sexual de los menores de edad**

El consentimiento sexual implica estar de acuerdo con realizar una actividad de índole sexual con otra persona, pero cuando no existe consentimiento sexual se debe entender como coacción; al respecto, la Ley N.º 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, prescribe en su artículo 8 que la violencia sexual como las “acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción”, es considerada como violencia.

Del mismo modo, el artículo 61 del reglamento de la Ley N.º 30364, prescribe lo siguiente:

61.1. El consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, amenaza de fuerza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo han disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

61.2. El consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

61.3. El consentimiento no puede inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violación sexual.

61.4. La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no pueden inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

En tal sentido, los operadores de justicia se encuentran en la obligación y observar si una persona mayor de catorce años de edad brindó realmente su consentimiento libre y pleno para tener relaciones sexuales; ello implica también “desterrar o no aplicar estereotipos de género que lleven a restarle credibilidad al

testimonio de la víctima y a poner sobre ella el peso de la responsabilidad por el hecho delictivo que ha sufrido” (Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial, 2021, p. 5).

Para ello, es necesario la actividad probatoria para verificar el consentimiento sexual o no de la víctima; al respecto, el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ116, señala que “es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina”.

### **C. Vínculo sexual sentimental**

El vínculo sexual y sentimental se entiende que se tiene una relación sexual con otra persona y existe una responsabilidad afectiva, o también se puede entender como la “capacidad de sentir afectos intensos por otros, ante la disponibilidad o indisponibilidad de ese otro/a, así como las construcciones mentales alrededor de los mismos” (Rubio Aurióles, 2020, p. 6).

### **D. Edad etaria y su relación con la sexualidad de los menores de edad**

La edad etaria esta referido a los sujetos que tienen la misma edad, o que entre uno y otro sujeto no exista una edad diferenciada, así, según el Diccionario de la Real Academia Española, etaria, significa que varias personas tienen la misma edad; de esta manera, en las relaciones consentidas entre una menor de edad y el sujeto activo, no debe existir una edad superior a los 21, años, pues así lo

establece también el artículo 22 del Código Penal vigente, respecto de la responsabilidad restringida por la edad, que “podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años..(...)”, “bajo la consideración de que el crecimiento de un ser humano aún no ha terminado” (San Martín Castro, 2007, p. 212).

De esta manera, la edad del sujeto activo también juega un rol fundamental, cuando tiene relaciones consentidas con una menor de edad, aunque Pinatel citado por San Martín Castro (2007), señala que el periodo de crecimiento total del ser humano termina a los 25 años de edad, en cuya virtud recién se estaría adoptando como consecuencia la posibilidad de reducirle prudencialmente la pena.

Así, en el Distrito Judicial de Cajamarca, 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; empero, la Sala de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca redujo la pena a 15 años, invocando la Casación N.º 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.

Por eso, la edad entre la víctima y el sujeto activo en los delitos de violación sexual, son fundamental, para determinar el marco de responsabilidad punitiva o absolución del imputado, cuando existe consentimiento expreso de la víctima, siempre y cuando no exista indicios de violencia física, ni psicológica.

### **2.2.7. Aspectos socioculturales y tecnológicos y su relación con el desarrollo sexual de los menores de edad**

En la actualidad, existen otros aspectos que de alguna manera despiertan o coadyuvan a tener relaciones sexuales a temprana edad, inclusive y algunos casos a los doce años y estos aspectos son los socio-culturales y tecnológicos.

#### **A. Aspectos socio-culturales**

La sexualidad es parte de la vida del ser humano, desde el momento en que nace hasta el día de su muerte, pues “representa el conjunto de comportamientos afectivos que desde la etapa de la pubertad y adolescencia corresponden a la satisfacción de la necesidad y el deseo sexual” (Dallayrac, 1997, p. 7); de manera, que la sexualidad al ser parte de la vida, este se da de acuerdo a los diferentes factores, como los socio-culturales, ya que, “desde una perspectiva integral la cultura de la sociedad influye en las manifestaciones de ciertas prácticas, como la actividad sexual, partiendo de la afirmación que esta conducta en los adolescentes es reflejo de la cultura donde interactúan y se desarrollan” (Atehortua Puerta, y otros, 2014, p. 37).

De modo, que la iniciación de actividad sexual en los adolescentes, depende de cada cultura y costumbres en la sociedad, pues designa ciertos comportamientos, prácticas y hábitos que involucran al cuerpo de hombres y mujeres y que le dan sentido a su vida sexual, así, por ejemplo, según el UNFPA (Fondo de Población de las Naciones Unidas)- Perú (2022), señala que:

En Lima, los distritos que registran una mayor tasa de nacimientos de madres menores de 15 años son San Juan de Lurigancho, Ate y San Martín de Porres, mientras que las regiones de Loreto, Ucayali, San Martín y Madre de Dios tienen la mayor cantidad de adolescentes que se convirtieron en madres en los últimos años.

De ello se deduce, que dichas menores de 15 años puede ser trece o 14 años, registraron la tasa de embarazos mas alta, de ahí la importancia cultural de la sociedad; así, en la Región de Cajamarca, el aspecto sexual en los adolescentes depende de cada provincia o distrito del departamento de Cajamarca; al respecto, según el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2022), señala que, Cajamarca,

Siendo uno de los departamentos más pobres y con mayores niveles de mortalidad materna, entre 2020 y 2021 el número de madres de 10 a 14 años aumentó de 65 a 96. En consecuencia, la tasa de niñas madres por cada mil niñas aumentó de 0,9 a 1,3. Durante los primeros años de la pandemia, el registro de atenciones por violencia sexual hacia niñas en ese rango de edad aumentó de 134 a 205, equivalente a más de 50,0 por ciento. (p. 67)

Siendo, las provincias de Cajamarca, Jaén, San Ignacio, Cutervo, Cajabamba y San Marcos, con mayores tasas de embarazos de las menores de 10 a 14 años de edad.

## **B. Aspectos tecnológicos**

Sin lugar a dudas otro de los aspectos que genera la temprana edad de la vida sexual en los adolescentes, es la tecnología, porque permite el acceso abierto a páginas eróticas y pornográficas, así como el intercambio de videos y fotos de contenido sexual entre compañeros del colegio o entre amigos cibernautas; por eso, ha generado importantes cambios en la vida sexual de los adolescentes, como sostiene Agustina (2010),

Desde el advenimiento del uso generalizado del teléfono móvil, la distribución de información y la comunicación entre personas han adquirido una velocidad e inmediatez inusitadas. Las relaciones sociales, tras la proliferación del móvil y con la posterior generalización del uso de Internet, se han intensificado adoptando nuevas formas y matices, estando las personas más interconectadas que nunca. (Agustina, 2010, p. 2)

De esta manera, en la actualidad el internet es la principal fuente de información y es común que los adolescentes y adultos utilicen este medio acerca de sus inquietudes respecto a la sexualidad; de modo, que la web al permitir páginas de contenido pornográfico abierto puede ser vistas por todas las personas no importando la edad; de ahí, que según Klaus Beier citado por Tello (2018), señala que

El 30 % de los niños entre 8 y 13 años ya han visto contenidos pornográficos, generando ideales difíciles de conseguir en la vida real, como encuentros sexuales poco realistas y expectativas exageradas de la pareja, creando también una idea preconcebida de cómo deben actuar. (Tello, 2018, p. 3)

Por eso, la tecnología permite de alguna manera que los adolescentes comiencen su etapa sexual a temprana edad, pues aparte del acceso a páginas abiertas de pornografía, también existe

los llamados sexting, que son personas en la búsqueda de manifestar su deseo sexual, pues el término sexting, se refiere al “acto de enviar textos, fotografías y vídeos con contenido de cierto nivel sexual, tomadas o grabados por el protagonista de los mismos, mediante el teléfono móvil” (Tello, 2018, p. 5)

#### **2.2.8. Teoría de la imputación objetiva**

En todo delito se requiere el análisis de verificación entre el nexo de causalidad con el comportamiento del sujeto activo y la producción del resultado; de esta manera, la teoría de la imputación objetiva como sostiene Roxin (1997) “consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita*, por infringir el principio de culpabilidad” (p. 219).

Pero la teoría de la imputación objetiva, como sostiene García Caveró (2019), al principio no fue muy clara, pues generaba de alguna manera controversia, ya que, “estuvo originalmente formulada como una teoría compuesta, por tópicos, en los que se veía necesario corregir con criterios normativos la determinación de la relación de causalidad en los delitos dolosos de resultado” (p. 417); empero, en la actualidad “se presenta como un instrumento conceptual que sirve para determinar la tipicidad objetiva en los delitos de mera conducta y de resultado, de acción y de omisión, de peligro y de lesión, dolosos y culposos” (p. 417). De manera, que la teoría de la imputación objetiva no es otra cosa que adecuar el tipo penal objetivo, ante el quebrantamiento de una norma

por parte del sujeto activo, de modo que,

Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible, o, dicho de otra manera, sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general “acción”. Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídica penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social. (Jakobs, 1997, p. 24)

Por eso, la idea central de la teoría de la imputación objetiva “es que, a nivel del tipo objetivo, no se trata simplemente de constatar realidades empíricas, sino de imputar objetivamente a una persona la realización de un comportamiento intolerable y, dado el caso, la producción de un resultado socialmente desvalorado” (García Caveró, 2019, p. 417); o dicho de otra manera como señala la RAE,

Para la imputación objetiva es preciso que la conducta sea adecuada y cree un riesgo penalmente relevante y que la producción del resultado, por suponer la realización de un riesgo así y por no ir más allá de la *ratio legis*, encaje en el fin de protección o de evitación de la norma.

#### **2.2.9. Fundamentos del principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad es una garantía constitucional, plasmada en el artículo 200 de la Carta Fundamental, de manera que constituye el bloque constitucional en materia penal, de ahí, que el artículo VIII del T.P., del Código Penal prescriba que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...)”; ello implica, como sostiene García Caveró (2019),

Que se colocaba como un límite superior que la pena concreta decidida por el juez no podía rebasar, pues la situación legal ha adquirido un cariz distinto con la incorporación del artículo 45-A del CP, pues ahora la pena no solamente no debe superar

el límite de la culpabilidad, sino que debe determinarse en función de la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido. (P. 1016)

De esta manera, el principio de proporcionalidad actúa como límite al poder estatal en función de la pena y como garante de los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad ambulatoria del imputado. Por ello, como sostiene Barak (2021), la proporcionalidad es una construcción jurídica y un instrumento metodológico pues está compuesto por cuatro componentes como son: “el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental (este último componente se denomina también proporcionalidad en *sentido estricto* (ponderación)” (p. 159).

De modo, que el principio de proporcionalidad como sostiene Grández Castro (2007), “no solo es un principio de indudable relevancia constitucional, tal como ha quedado expuesto. Es también una estructura, esto es, una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos” (Grández Castro, 2007, p. 8); pues

Al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto. (Bernal Pulido, 2003, p. 227)

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 010-2002-AI/TC, ha señalado que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho”.

Por eso, en los delitos de violación sexual, este principio es fundamental, pues la medida (legislativa y judicial), que restringe derechos fundamentales, como la libertad ambulatoria y el valor justicia, debe estar en función a la proporcionalidad y la responsabilidad del autor, pues queda claro, “que esta culpabilidad no debe identificarse con la categoría del delito que fundamenta la pena, sino que está referida a la responsabilidad del autor por la gravedad socialmente determinada del hecho cometido, esto es, por el injusto culpable concretamente realizado” (García Caveró, 2019, p. 1017).

#### **2.2.10. Teoría de la justicia**

Si bien, dentro de los objetivos de la presente investigación, no se especifica de forma concreta la teoría de la justicia, pero se relaciona con las normas válidas, pero injustas como la norma del artículo 173 del Código Penal, que es una norma válida, pero que, en algunos casos es injusta, cuando existe consentimiento sexual por parte de la víctima; empero el legislador, no ha tenido en cuenta ello, sino que ha regulado la pena más alta, para este tipo de delitos, no importando si existe consentimiento o no, sino tipificando la pena de cadena perpetua, vulnerando con ello principios y derechos fundamentales, como el principio de resocialización y el de humanidad, que tienen íntima relación con la dignidad humana; de ahí que Rawls (2006), señale que la justicia, es la primera virtud de las instituciones sociales y un valor fundamental de los justiciables, pues “no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas” (Rawls, 2006, p. 17)

De modo, que “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar” (p. 17); es por esa razón, que “la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros” (Rawls, 2006, p. 17).

Por tanto, en un proceso justo y racional los principios de libertad e igualdad de cada justiciable se dan por establecidos definitivamente, pues como sostiene Rawls (2006), “los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales” (p. 17), pues se entiende que el Poder legislativo regule las leyes y el Judicial aplique las mismas, pero de acuerdo a los principios (igualdad y libertad) de la justicia.

## CAPÍTULO III

### CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El presente trabajo de investigación tiene como hipótesis, los fundamentos jurídicos, criminológicos y políticos criminales para establecer en el Código Penal peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda a los menores de 13 años de edad, son: Contextualización de las normas penales (art. 173 del CP) de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica en base a los estudios criminológicos; concretizar el principio de proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima; optimización del derecho al libre desarrollo de la persona humana; la diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo que no supere los 08 años de edad cuando medie el consentimiento; el vínculo sentimental entre el sujeto pasivo y activo y que no medien signos de violencia física y psicológica; y, las etapas del desarrollo humano- infancia y adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, para ello se planteó la siguiente interrogante ¿cuáles son los fundamentos jurídicos, criminológicos y políticos criminales para establecer en el Código Penal peruano que el supuesto agravado del delito de violación a la libertad sexual por relaciones no consentidas comprenda a los menores de 13 años de edad?

En ese contexto, los métodos utilizados en la presente investigación son los genéricos el deductivo, el analítico-sintético y los propios del derecho como el método dogmático jurídico, hermenéutica jurídica y el método de la argumentación. De esta manera, el método deductivo permitió analizar la libertad sexual en menores de 13 años de edad desde una perspectiva general, teniendo en cuenta el aspecto teórico, normativo supranacional, nacional y fáctico y a partir de ello

emitir conclusiones particulares. En ese mismo sentido, el método analítico permitió descomponer cada uno de los elementos del tema objeto de estudio y mediante la síntesis integrar todos los elementos descompuestos que sirvieron de base para el argumento del trabajo.

Por otro lado, el método dogmático jurídico permitió el análisis de la norma del artículo 173 del Código Penal que regula como edad máxima la edad de catorce años de edad para una relación consentida, teniendo en cuenta también el aspecto valorativo y jurisprudencial; en cuanto al método de la hermenéutica jurídica permitió la interpretación literal de la norma relacionada con la investigación; y, finalmente, el método de la argumentación permitió mediante el discurso argumentativo validar cada una de las categorías de la hipótesis planteada.

De esta manera, se pasa a dar cumplimiento a cada uno de los objetivos planteados en la investigación, para luego validar o no cada una de las categorías de la hipótesis.

### **3.1. RESULTADOS**

En este entender, a continuación, se presentan los resultados obtenidos durante la ejecución de esta investigación:

#### **3.1.1. Analizar la regulación de las normas penales de violación a la libertad sexual (art. 173 C.P.) de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica en base a los estudios criminológicos**

En primer lugar, para dar cumplimiento a este objetivo, es necesario señalar delito de violación sexual es una conducta criminal, que se configura con el acto sexual sin consentimiento de la víctima, acarreando lesiones físicas y psicológicas. “A las lesiones físicas y psicológicas directas se suman las generadas por el maltrato institucional que

secundariamente se infringe a la víctima” (Mujica, 2015), p. 7), de modo que este tipo de delitos es reconocido por el Estado como delito muy grave y es sancionado con cadena perpetua cuando la víctima es menor de 14 años de edad por decisiones de política criminal porque dicho acto sexual no ha sido deseado o consentido por la víctima.

En segundo lugar, las normas penales relacionadas con el delito de violación sexual, básicamente con el delito de violación sexual a menor de 14 años de edad se encuentran regulado en el artículo 173 del Código Penal vigente, donde el legislador a determinado como mínimo y máximo la pena de cadena perpetua para aquel agresor sexual de un menor de 14 años de edad, porque se vulnera el derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores e incapaces; de esta manera, el Estado protege de toda violencia sexual a los menores de edad, pues así también lo establece el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al señalar que los Estados parte adoptan todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de abuso sexual.

El delito de violación sexual a menor de edad regulado actualmente en el artículo 173 del C.P., ha sufrido distintas modificatorias, la última fue efectuada por el artículo 1 de la Ley N.º 30838, publicada el 04-08-2018; de esta forma, este delito como sostiene Valderrama Macera (2021), el hecho punible se configura cuando el agresor dolosamente realiza el acto carnal a un menor de catorce años de edad y este le somete para que practique actos sexuales a su favor o de tercero, de tal manera que en este tipo de delitos no necesita verificarse si hubo o no violencia,

intimidación, sino que el delito se configura con la sola mera actividad.

Del análisis del artículo 173 del C.P., se observa que el Estado ejerce todo el *ius puniendi*, a toda persona que tiene acceso carnal sin importar si es consentida o no, por ello, en la doctrina los autores señalan que el delito se configura con la sola mera actividad cuando el agresor 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; sin embargo, mi posición es que, si bien esta norma es válida y justa cuando existe violación a menor de edad corroborada con los elementos de convicción (Declaración de la menor en Cámara Gesell, pericia psicológica, certificado médico legal, entre otros medios de prueba), pero dicha norma es injusta cuando la relación sexual ha sido consentida por una menor de trece años de edad y producto de ello existe un menor de edad que necesita protección estatal y paternal, como ha sucedido en el expediente N.º 02200-2022-0-0601-JR-PE-01, que una menor de trece años de edad ha concebido un una menor, no producto de una violación sexual, sino producto de una convivencia, pero el persecutor del delito, aplica la norma (173 del CP), de forma mecánica y solicita la pena máxima-cadena perpetua, no importando, si existe el consentimiento o no, sino porque así lo ha regulado el legislador, de tal manera cuando existe consentimiento de alguna manera se vulnera el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de las menores, la libertad ambulatoria del padre-acusado y el interés superior de la menor, pues el legislador no ha considerado la dinámica social, cultural y tecnológica de la adolescencia actual.

La dinámica social relacionado a la sexualidad, en la actualidad ha variado de diversas formas, por ello según el estudio realizado por Gutiérrez (2017), señala que las estadísticas nos van alertando que las relaciones sexuales vienen ocurriendo en los hombres en las edad de 10 a 12 años de edad y en las mujeres en la edad de 13 a 14 años, situación que últimamente abierto diferentes posiciones a favor o en contra porque es ahí donde se determina el inicio de la vida sexual, porque tener relaciones sexuales te cambia la vida, pues dicha actividad es parte de la salud integral y de la personalidad del ser humano, ya que ayuda al desarrollo físico y emocional puesto que todos los seres humanos lo necesitamos, para satisfacer las necesidades básicas como el deseo de contacto entre el sexo opuesto, esto es la intimidad de expresión emocional, que conlleva al placer y el amor, de modo que la información es clara y concisa en ese contexto.

Por eso, la adolescencia es una de las etapas más difíciles de todo ser humano ya que se empiezan a manifestar muchos cambios, puesto que en esta etapa se obtiene un conocimiento emocional, psicológico biológico en las edades de 10 a 19 años (Gutiérrez, 2017); de ahí que Piaget citado por Gutiérrez (2017), sostiene que “la adolescencia es la etapa en donde las personas conocen su sexualidad e intentan insertarse en el mundo de los adultos, pues como agrega Brocks citado por Gutiérrez (2017), los adolescentes de doce y trece años hasta los 20 años es donde adquieren la madurez.

### **Cambios Sociales, culturales y tecnológicos:**

Además, de los cambios de la dinámica social sexual, también existen los cambios sociales, culturales y tecnológicos que el legislador debe tener en cuenta al momento de regular los delitos de violación sexual a menor de edad; por ello, en el Código Penal de 1924, el bien jurídico que protegía era el honor sexual, la cual llegaba a sustentarse como conceptos relacionados a la moral, de manera que siempre se vio influenciado por los elementos empíricos culturales de la época, por eso, en esta tesis mi posición es que el legislador debe tener en cuenta que ha pasado alrededor de casi 100 años, donde ha ido modificando relativamente el bien jurídico de protección sexual de los menores de edad que hoy en día está regulado como la protección contra la libertad sexual e indemnidad sexual en el Código Penal en el capítulo IX, titulado violación de la libertad sexual, pero que dicha regulación de la norma (art. 173 del C.P.) es injusta cuando existe la relación sexual consentida, no existiendo agresión física ni psicológica; por ello, es que el legislador debe tener en cuenta los cambios sociales, tecnológicas y culturales, pues la tecnología como lo señala Agustina (2010), desarrollado en el marco teórico, permite la comunicación directa en tiempo real y el intercambio, de fotos y videos eróticos que despiertan la sexualidad de los menores a temprana edad, sumado a ello, la cultura como sostiene Dallayrac (1997), es un aspecto integral que influye en la actividad sexual a temprana edad por la interconexión e interrelación en el contexto donde se desarrollan la sociedad.

Por ello, con la promulgación de la ley N.º 28704 hay que recordar que las relaciones sexuales se prohibieron en los adolescentes de 14 a 18 años, pues eran consideradas delitos o infracción a la ley penal, de modo que si existía entre el imputado o la víctima una relación sentimental esta no contaba, ello en relación lo que señaló la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, que cuando exista consentimiento el agente queda exento de responsabilidad, evidenciándose que el legislador tiene falencias en la tipificación en los diferentes tipos de delitos; por ello, a partir de la fecha, varios adolescentes y mayores de edad, no tuvieron que enfrentar procesos judiciales.

Por eso, en el año 2012 mediante un proceso de inconstitucionalidad movilizado por varias personas de la sociedad peruana, el Tribunal Constitucional mediante sentencia N°00008-2012-PI/TC Declaro fundada la demanda interpuesta por 10609 ciudadanos, que conllevó a declarar la inconstitucionalidad del artículo 173 inciso 3 del Código Penal; de esta manera, se observa mediante la teoría y la jurisprudencia como la sociedad y la cultura va cambiando acompañado de la misma tecnología.

Por ello, Sánchez Ocampo (2018), desarrollado en el estado de la cuestión sostiene que “la cultura de los adolescentes se conforma por sus opiniones y comportamientos, por la sexualidad, obteniendo mucha información sobre el sexo a través de los medios de comunicación y que al procesarlos influyen en su comportamiento sexual, incluso son influenciados por la ficciones en la que las mujeres son representadas de modo sexualizante, en donde se puede observar que una subcultura

son las redes sociales donde las mujeres adolescentes tienen como objetivo presentarse sexualmente deseables para ganar la atención de los hombres y cuanto más *likes* obtengan se sienten más empoderadas o más llamativas al sexo opuesto.

Por tanto, la norma del delito de violación a menor de edad, es una norma válida y justa cuando existe violación debidamente corroborada con los elementos de convicción y existe daño físico y psicológico a la víctima, pero cuando existe consentimiento para la relación sexual de las menores de trece años de edad, la norma es injusta, pues una norma cuando es un caso difícil y se aplica al caso concreto de forma mecánica vulnera las garantías constitucionales del Estado constitucional de derecho y por ende, los valores constitucionales que tienen íntima relación con la dignidad de la persona humana.

### **3.1.2. Explicar la proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima**

Para dar cumplimiento a este objetivo, es necesario señalar que la proporcionalidad es una garantía constitucional (art. 200 de la Const.) para todo proceso y básicamente en el penal, pues este principio como sostiene Rojas (2009), opera tanto en la creación del derecho por el órgano competente como en su aplicación por los jueces y tribunales y básicamente en la ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que actúa como límite al *ius puniendi* del Estado en función de la pena y como garante de los derechos fundamentales.

De esta manera, la proporcionalidad al actuar como límite al *ius puniendi* del Estado (creador de normas-legislador, acusador-adequador de normas y aplicador de normas-tribunal), implica el control derivado de los derechos humanos, de la ciencia del derecho penal sustantivo, los principios de dignidad del acusado, igualdad ante la ley, conducta lesiva de bienes jurídicos y culpabilidad, porque este principio es una herramienta argumentativa que sirve para resolver los casos llamados difíciles, pues en el Estado constitucional de derecho no se puede aplicar la norma-regla bajo la forma mecánica, pues ello implicaría que la norma-regla es la única y última fuente del derecho (Rojas, 2009).

Por eso, el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente N.º 01010-2012-PHC/TC, que el principio de proporcionalidad es un derivado del principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2 inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 de la Carta Fundamental, porque este principio ha sido enfocado por el máximo intérprete como una prohibición de exceso de los poderes públicos; por ello, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...)”, ello implica como sostiene García Cavero (2019), desarrollado en el marco teórico, que la pena no solamente no debe superar el límite de la culpabilidad, sino que debe determinarse en función de la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido por el autor del delito.

Porque la medida legislativa que ha establecido el legislador en el artículo 173 del Código Penal debe ser proporcional a la importancia

social del hecho punible, es decir, en el delito de violación sexual a menor de edad de trece años de edad, no deben admitirse penas o medidas de seguridad exageradas o desproporcionales al hecho cometido en relación a la prevención del delito, cuando existe consentimiento sexual expreso de la víctima y no medie de por medio daño físico ni psicológico debidamente corroborado con la declaración en cámara Gesell y la pericia psicológica, de modo que la medida judicial debe guardar una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional que dio lugar a la realización de la conducta típica (STC 0012-2010-PI/TC, F.J. 3); en ese sentido, la medida legislativa (art. 173 del C.P.) es desproporcional, porque la pena de cadena perpetua cuando existe consentimiento sexual de la víctima es exagerada, porque la proporcionalidad debe medirse en función a la importancia social del hecho, pues “el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico” (Rojas, 2009, p. 278).

Por tanto, la proporcionalidad de la pena debe guardar relación con el hecho incriminado y la afectación al bien jurídico protegido por el derecho penal, pues en un caso difícil donde está en juego la libertad ambulatoria del investigado y no existe incriminación por parte de la víctima ni de los padres, la medida legislativa dictaminada por el legislador no se puede aplicar de forma mecánica, porque el principio de proporcionalidad implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la pena o medida de seguridad debe llevarse a cabo en función de la

peligrosidad criminal del individuo y no bajo una mera aplicación subsuntiva de la norma o estereotipando a la persona, como sostiene Zaffaroni (2002), desvalorándola y asociándole todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio determinado por el poder público creando una imagen de violador al imputado aunque no exista elementos de convicción ni persistencia en la incriminación por parte de la víctima; de modo que este principio exige que la medida (legislativa o judicial) sea en el caso concreto idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin deseado.

Pues la idoneidad también llamado de adecuación, razonabilidad, congruencia o necesidad, implica que la sanción, en este caso de cadena perpetua, debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido, esto es que la medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad ambulatoria y el valor justicia, debe ser idónea con el hecho incriminado y el bien jurídico protegido, de ahí que se puede hablar de idoneidad e inidoneidad del Derecho Penal, pues habrá que valorarse todas las condiciones reales de la ciencia del derecho penal. El subprincipio de necesidad implica la mínima intervención del derecho penal, esto es como sostiene Rojas (2009), la prohibición de exceso de las penas o proporcionalidad en sentido amplio (no puede aplicarse la misma pena al violador, como a la persona que no ha violado), que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales, frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos, esto es, que este principio obliga a los poderes del Estado (Fiscalía y Poder Judicial) a comparar las medidas restrictivas aplicables

a que sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos del investigado y la más adecuada para la protección eficaz de los bienes jurídicos.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en *sentido estricto*, como señala Rojas (2009), se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida (Legislativa y judicial), con la finalidad de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los derechos individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar, pues este principio no es exclusivo del Juez constitucional sino de todo tribunal aplicador del derecho.

### **3.1.3. Analizar el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana**

El libre desarrollo de la personalidad como sostiene Sosa Sacio (2022), implica ámbitos de libertad y realización humana, postura del autor a la que me adhiero, pues la libre realización implica también el libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana, ya que es un derecho fundamental reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, que unifica y dirige a todos los demás derechos humanos para la plena realización de la persona humana de forma colectiva o individual.

Por ello, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02868-2004-AA/TC F.J.14, ha señalado que este derecho reconocido en la Constitución

“garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...)”, es decir, libertad general de acción, que permite la posibilidad de que cada quien haga lo que prefiera, sin que pueda establecerse límites inconstitucionales a ello, ya que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual (STC N.º 00008-2012-PI/TC, F.J.20).

De modo que la libertad sexual, es un valor fundamental derivado del libre desarrollo de la personalidad, pues como ha sostenido el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 03901-2007-PA/TC, F.J. 13 y Exp. N.º 01575-2007-PCH/TC, F.J. 13 “las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) pues se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad, de modo que el derecho a la vida privada o relaciones sexuales consentidas adquiere una dimensión positiva para la plena efectivización de los derechos fundamentales.

De esta manera, al existir protección constitucional y desarrollo jurisprudencial del libre desarrollo de personalidad y por ende, de la sexualidad de toda persona, implica también que este derecho incluye a los adolescentes que tienen autonomía y autorrealización de elección de tener vida íntima sin ser condicionado, como las adolescentes de trece años de edad que tienen vida íntima con su consentimiento expreso,

pues limitarlos dicho derecho implica la intromisión estatal para el libre desarrollo de su personalidad, pues la libertad sexual como ha señalado el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00008-2012-PI/TC, puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, pues tiene como contenido constitucional una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia el Estado o cualquier persona o entidad pública o privada 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, la voluntad expresa de decidir con quien, como y en qué momento se puede realizar el acto sexual.

De modo que los titulares del derecho a la libertad sexual, son los mayores de 18 años, pero también los menores de trece años de edad en adelante, porque así lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los niños, las niñas ejercen sus derechos de forma progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, de manera que el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos; empero, a pesar de ello en el expediente N.º 02200-2022-0-0601-JR-PE-01, el órgano público limita su derecho de libertad sexual de la menor de trece años de edad, pues a pesar que ella ha señalado que no ha existido violación que ha sido por voluntad propia, pero la fiscalía le ha indicado que ella no tiene la decisión de señalar que

la relación ha sido consentida, sino que el persecutor del delito tomando como base el artículo 173 del Código penal señala que la conducta del autor encaja en el delito de violación sexual a menor de edad, evidenciándose la vulneración y la injerencia estatal al libre desarrollo de la personalidad de la menor

#### **3.1.4. Sintetizar la edad etaria entre el sujeto activo y pasivo que no supere los 08 años de edad cuando medie el consentimiento sexual de los menores**

Para dar cumplimiento a este objetivo es necesario señalar que la edad etaria de lo desarrollado en el marco teórico significa que varias personas tienen la misma edad o que entre uno y otro sujeto no exista una edad diferenciada, de manera que en una relación sexual consentida entre una menor de trece años de edad no debe existir una edad bien diferenciada.

Sin embargo, los adolescentes últimamente se han autodeterminado en el ámbito de la sexualidad, pero hay que poner un límite entre la edad etaria porque sería desproporcional que una adolescente de 13 años tenga una relación con una persona que sea mayor a los 8 años de edad; por ello, el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116 puso límites sobre la edad etaria, de tal forma que la víctima no sufra engaños para la consumación del delito, ello en relación a lo que hace referencia el artículo 22 del Código Penal sobre la edad restringida; por ello, bajo el principio de libertad de disponer su sexualidad siempre que no exista una edad diferenciada, los menores puedan desarrollar su libertad de elegir siempre y cuando no exista daño físico ni psicológico.

Por ello, la Corte Suprema de la República mediante el Recurso de Casación N.º1518-2018-Arequipa, señala que los jueces deben determinar y evaluar la responsabilidad restringida, por eso “la Sala Penal Transitoria indica que el primer párrafo del artículo 22, del Código Penal regula sobre la edad restringida, puesto que la edad es una causal para poder disminuir la punibilidad en los delitos que contravienen la ley; sin embargo, cuando existe consentimiento sexual de la víctima, el juez debe tener en cuenta los valores y garantías constitucionales, así como el principio de proporcionalidad y justificar su decisión de disminución de la pena en base a argumentos debidamente razonados, ya que en el segundo párrafo del artículo 22 exenta al que ha incurrido en el delito de violación sexual; por tal situación la decisión de la Corte Suprema es relevante, pero los jueces son autónomos en sus decisiones y son libres si se toman como vinculantes o no el Acuerdo Plenario, para concretar la decisión de resolver la controversia.

Por eso, el Acuerdo Plenario 4-2018/CJ-116 del dieciocho de julio del dos mil ocho, señala en el fundamento jurídico undécimo, que los jueces penales (..) están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo consideran conveniente, la aplicación e inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, de modo que dicha norma introduce una discriminación- desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente, que impide un resultado jurídico legítimo.

Por otro lado, en el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete, fundamento jurídico décimo cuarto y décimo quinto,

señala que la ley siempre incluye una discriminación no autorizada por la Constitución pues reprocha estas actitudes, ya que refiere que si la edad del agente esta referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos; de esta manera; la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente al margen del hecho cometido, en donde la disminución de la pena, tiene como presupuesto de hecho el artículo 22 del Código Penal, pues no tiene fundamento causal y normativo en las características sobre el artículo 22 del Código Penal, para la evolución del ser humano (...)

En el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial- Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433, del dieciocho de diciembre del dos mil dieciocho, fundamento 27, numeral 4, segundo párrafo, señala que “es claro que la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la pena, en la cual debe excluirse en función del hecho punible perpetrado (...); por eso, Sans (2013), sostiene que una persona humana hasta los 27 años aún no se detecta un cambio de actitud importante, excepto el proceso de la emancipación de los jóvenes.

Agrega el autor, que luego de haber realizado un trabajado respecto de la maduración de los jóvenes a pedido de los jueces y médicos para determinar si un adolescente era lo suficiente maduro como para poder decidir si quería abortar o someterse a una operación, pues hace referencia a modo de ejemplo que un joven de 23 años realiza la misma

conducta cuando tenía 16, siendo dependiente e infantil en ese sentido, de tal manera que dicho joven sigue pensando como adolescente, ya que le cuesta asumir responsabilidades y asumir las consecuencias de sus decisiones; por eso, los expertos asumen que los jóvenes son inmaduros psicológicamente desde los 13 hasta los 27 años.

Por ello, si bien es cierto, según estudios teóricos confirman que los adolescentes de trece años y los jóvenes hasta los 27 años son inmaduros y su vida sexual es mucho más activa, pero en el delito de violación sexual a menor de trece años de edad no debe existir una edad bien diferenciada, aunque de lo desarrollado en el marco teórico según San Martín Castro (2007), señala que el periodo de crecimiento total del ser humano termina a los 25 años de edad, en cuya virtud recién se estaría adoptando como consecuencia la posibilidad de reducirle prudencialmente la pena, ello es contradictorio con la responsabilidad restringida regulada en el artículo 22 del C.P., que es a los 21 años de edad.

**3.1.5. Sintetizar que en la relación sexual medie el vínculo sentimental entre el sujeto pasivo y activo y no exista signos de violencia física y psicológica**

Para dar cumplimiento a este objetivo, se debe tener en cuenta que en la relación sexual exista un vínculo sentimental y que no exista de por medio signos de violencia física ni psicológica; la relación sexual con vínculo sentimental implica según lo desarrollado en el marco teórico, que una persona tiene una relación sexual con otra, pero que de por medio existe una responsabilidad afectiva, sin signos de violencia física

ni psicológica; ello conlleva al consentimiento sexual, es decir, que la relación sexual entre una supuesta víctima de trece años de edad con una persona que no supere una edad diferenciada de 08 años ha sido consensuada; en ese sentido, no existiría el delito de violación a menor de edad, porque la Constitución en el artículo 2 inciso 24 parágrafo d señala que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”

De la observación del texto constitucional se evidencia que debe imperar un derecho penal racional, propio de un Estado Democrático de Derecho, pues permite la materialización del *ius puniendi* del Estado basado en el artículo 1 de la carta fundamental, como la defensa de la persona y el respeto por su dignidad, de manera que la Constitución ha establecido que el órgano competente para establecer las conductas punibles es el Poder Legislativo, pero sometido a la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales; de esta forma, si existe entre una adolescente de trece años de edad y el sujeto activo un vínculo sentimental, la norma del artículo 173 del C.P., es injusta, pero si ha existido violación sexual la norma es justa.

Pero el consentimiento debe estar debidamente comprobada, no solo con la declaración de la menor, sino con otros elementos periféricos que desvirtúen la presunción de inocencia, pues como señala el artículo 61 del reglamento de la Ley N.º 30364, “el consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, amenaza

de fuerza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo han disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre”; en ese sentido, cuando no medie violencia física ni psicológica en la relación sexual, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Exp. N.º 00008-2012-PI/TC, F.J. 74, que los menores de catorce años de edad y menos de 18 años tienen libertad sexual y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al cual se le atribuye la autoría del delito”; pero de la interpretación extensiva del Tribunal Constitucional debido a los cambios sociales, culturales y tecnológicos se estaría relacionando también a las menores de trece años de edad, en ese sentido, la norma del artículo 173 del C.P., es una norma inconstitucional cuando existe consentimiento expreso de las menores de trece años de edad, pues vulnera el libre desarrollo de la personalidad y por ende, el libre desarrollo de su sexualidad.

Al respecto, de los menores de trece años de edad la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado respeto de una supuesta violación entre una persona de trece años de edad y un adolescente de 18 años, a lo que el artículo 173 del C.P., sanciona con la pena más drástica cuando una persona ha tenido relaciones sea consentida o no, pero la Corte ha señalado que cuando existe consentimiento con un menor de trece años de edad, se advierte que no existe un daño, ello implica que la pena debe reducirse, ya que el injusto se hace menos grave, cuando exista entre acusado y agraviada un vínculo sentimental tolerado socialmente, pero la Corte Suprema tampoco ha considerado, si

producto de la relación consentida existe un menor de edad que necesita protección paternal y estatal, pero se condena al supuesto autor y al condenarle al supuesto autor del delito, la menor quedaría en total orfandad y el principio del interés superior del niño quedaría en una mera declaratoria.

Por tanto, la edad para consentir una relación sexual “es la edad en que uno se considera capaz de consentir la actividad sexual” (Cavada Herrera, 2022, p. 1), siendo que dicho rango varía de acuerdo al contexto social y cultural, que puede ser de 13 a 18 años o de 14 a 18 años de edad, por ejemplo, en la legislación argentina el consentimiento es de 13 años, de acuerdo con los artículos 118 y 120 del Código Penal de la Nación Argentina, en los “Delitos Contra la Integridad Sexual”.

### **3.1.6. Explicar las etapas del desarrollo humano entre niñez y adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del Código de los niños y adolescentes**

El ser humano viene al mundo con una serie de estructuras biológicas y cambios que continúan durante toda la vida, en este punto para dar cumplimiento a este objetivo se diferencia las etapas entre niñez y adolescencia según la norma *infraconstitucional*; así, el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N.º 27337 (en adelante CNA), nos da una definición aproximada y una edad cronológica desde cuando la persona humana es considerado niño/niña y desde cuando adolescente, y señala que: “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce hasta cumplir los dieciocho años”.

De la observación de la norma legislativa, el legislador ha señalado que una niño o niña es considerado hasta la edad de 12 años; en ese sentido, esta tesis sostiene que la edad mínima para una relación consentida es la edad de trece años, lo que implica que una persona ya es considerada adolescente, porque así lo ha regulado el propio legislador; empero, en la reciente aprobación del Proyecto de ley N.º 1523-2021, el propio legislador prohíbe el matrimonio entre personas de 14 años y menos de 18 años de edad, porque señala que el Código Civil vigente regula la posibilidad de que un adolescente menor de 18 años y mayor de 16 años pueda contraer matrimonio con el consentimiento de sus padres, no obstante el artículo 42 del mismo cuerpo normativo permite que un adolescente de 14 años de edad pueda contraer matrimonio.

Ello implica, que el legislador con este proyecto de Ley, hoy aprobada por mayoría de votos, vulnera el libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes, siendo que el reciente proyecto de ley es inconstitucional, porque vulnera la norma del artículo 4 de la Constitución que señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, (...)”; ello en relación con el artículo 2 inciso 1 que señala toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar; de esta manera, el reciente proyecto de Ley aprobado contradice al CNA y a lo señalado en el artículo 4 de la Constitución que el Estado protege al adolescente para el disfrute y goce de todos sus derechos y libertades, como el derecho al disfrute de su sexualidad.

Por otro lado, el Código Penal en su artículo 173 considera solamente a los adolescentes de 14 a 18 años en el ámbito sexual dejando de lado a

los adolescentes de 13 años; no obstante, con la última modificatoria en el Código Civil (artículos 42, 241, 243, 244, 247 y 248) se prohibió el matrimonio de adolescentes menores de 18 años; sin embargo, con dicha prohibición se vulnera diferentes derechos de manera relativa, en donde afecta a su hogar, por ejemplo, seguros médicos entre otras situaciones que el legislador no ha considerado al momento de la prohibición, pero los jueces no pueden ser esquivos a dichas situaciones de los adolescentes que empiezan una vida sexual desde los 13 años. Por tanto, las etapas del desarrollo humano entre niñez y adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del CNA, es claramente definida, pues la adolescencia empieza desde los doce años de edad adecuándose con la idiosincrasia del poblador peruano, de acuerdo al contexto social, cultural y tecnológico de la población.

### **3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Llegado este momento, corresponde indicar que, durante la presente investigación, la hipótesis planteada ha quedado contrastada con los fundamentos que se desarrollan a continuación; pues esta aseveración es concluyente, debido a que tal como se propuso en el problema de investigación como respuesta nos planteamos proponer fundamentos jurídicos, criminólogos y políticos criminales que brindan solución al problema. Por tal razón, a continuación, se desarrolla en qué consisten cada uno los elementos de la hipótesis.

#### **Fundamentos jurídicos**

Este trabajo es importante porque el artículo 173 del Código Penal Vigente, cuando existe violación debidamente corroborada (Declaración en Cámara

Gesell, pericia psicológica, certificado médico legal, entre otros elementos periféricos) a un menor de catorce años la norma es justa, porque detrás de la norma existe una razón subyacente plasmada en valores y principios fundamentales como la protección de la indemnidad sexual, el libre desarrollo de la personalidad en su vertiente libre desarrollo de la sexualidad.

Empero, en la actualidad debido a los cambios sociales, culturales y tecnológicos los menores de edad despiertan a temprana edad y descubren su sexualidad, como por ejemplo, intercambio de fotos y videos eróticos y pornográficos de acuerdo al contexto social, de ahí que los menores en muchas ocasiones tienen relaciones sexuales, inclusive no solo a los trece años sino a los 12 años de edad; en ese sentido, la norma del artículo 173 del Código Penal Vigente, es injusta, porque no puede el Estado mediante las agencias de control primario (Poder legislativo) limitar el libre desarrollo de la sexualidad de los menores de trece años de edad; de modo, que la norma en mención en ese sentido es injusta porque cuando una menor a tenido relaciones sexuales consentidas, donde no existe elementos de convicción que desvirtúen la presunción de inocencia del investigado, más aún si de por medio no existe incriminación, por parte de la menor ni sus padres, pero bajo la aplicación mecánica de la norma el Representante del Ministerio Público solicita la pena de cadena perpetua; vulnera derechos fundamentales como el libre desarrollo de la sexualidad, la libertad ambulatoria del investigado y si de por medio existe un menor de edad se vulnera el principio del interés superior del niño; por ello, debemos formularnos la siguiente pregunta ¿es justo que una persona que ha violado contra su voluntad de un menor, con otra persona que ha mantenido relaciones sexuales consentidas, puedan ser sancionados con la máxima pena-

cadena perpetua?, la respuesta es obvia, no, porque si ello es así se vulnera las garantías constitucionales del Estado Constitucional de derecho, quedando toda la teoría constitucional en una mera declaratoria.

### **3.2.1. Contextualización de las normas penales (art. 173 del CP) de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica en base a los estudios criminológicos**

El positivismo incluyente desarrollado por Wualuchow (2007), admite la moral en el derecho para la validez de las normas, de tal manera que detrás de una norma existe una razón subyacente, que puede ser un principio o un derecho fundamental, como sucede con el artículo 173 del C.P, que la razón subyacente es un derecho fundamental- la protección de la libertad sexual, cuando dicha libertad sexual ha sido violentada sin el consentimiento de la víctima el *ius puniendi* del Estado sanciona con la pena más drástica al autor del delito, aplicando de alguna manera el derecho penal del enemigo, porque es la fuerza del poder del Estado (Fiscalía, Poder Judicial y la víctima) contra una persona natural acusada en el banquillo sola frente al poder del Estado.

En ese sentido, la norma penal es selectiva porque solo recae en el autor del delito, pero a pesar de ello el Estado como garante de los derechos humanos tiene el deber primordial de tutelar a la víctima y victimario; empero, por ejemplo en el caso Camila vs. Perú, a pesar que la norma penal del artículo 173 del C.P., sanciona con la pena más drástica, pero en el caso en mención la niña sufrió violación sexual desde los 09 años hasta los 13 años de edad por su propio padre y quedó embarazada, pero el Estado (Ministerio Público), a pesar de la afectación física y

psicológica debidamente comprobada buscó criminalizarle, porque la madre de la menor solicitó al hospital sobre la posibilidad de practicar un aborto terapéutico, un procedimiento legal en el país para proteger la salud de las mujeres y niñas, pero el Estado no dio respuesta a la solicitud que su madre presentó, luego Camila sufrió un aborto espontáneo a lo que la fiscalía decidió criminalizarla; de ello se observa, que Camila sufrió el ataque sexual, existiendo una afectación física y psicológica porque habría decidido acabar con su vida en diferentes oportunidades, pero aun así el Estado lo criminaliza y lo revictimiza.

Para el caso en mención la norma penal es justa y válida, porque existe daño físico y psicológico debidamente comprobado, de modo que la sanción de cadena perpetua es válida, pero la pregunta que debemos formularnos, ¿en caso que no exista violación debidamente comprobada, pero por ser este delito de mera actividad la pena de cadena perpetua dictaminada por el legislador es justa?, la respuesta es obvia, no, pues no puede ser la misma pena para el autor que violentó a la víctima como para aquella que no violentó sino que existió consentimiento, siendo en ese sentido la norma injusta.

De esta manera, las normas penales y básicamente el artículo 173 del C.P., ha sufrido diferentes modificaciones, la última es la efectuada por el artículo 1 de la Ley N.º 30838, publicada el 04-08-2018, porque este delito como sostiene Valderrama Macera (2021), el hecho punible se configura cuando el agresor dolosamente realiza el acto carnal a un menor de catorce años de edad y este le somete para que practique actos sexuales a su favor o de tercero, de tal manera que en este tipo de

delitos no necesita verificarse si hubo o no violencia, intimidación, sino que el delito se configura con la sola mera actividad.

Del análisis de la norma en mención se observa *prima facie*, que el Estado ejerce todo el *ius puniendi*, a toda persona que tiene acceso carnal con menor de 14 años de edad sin importar si es consentida o no, por ello en la doctrina los autores señalan que el delito se configura con la sola mera actividad cuando el agresor 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; sin embargo, mi posición para la modificación legislativa es que, si bien esta norma es válida y justa cuando existe violación a menor de edad debidamente corroborada con los elementos de convicción (Declaración de la menor en Cámara Gesell, pericia psicológica, certificado médico legal, entre otros medios de prueba), pero dicha norma es injusta cuando la relación sexual ha sido consentida por una menor de trece años de edad y producto de ello existe un menor de edad que necesita protección estatal y paternal, como ha sucedido en el expediente N.º 02200-2022-0-0601-JR-PE-01, que una menor de trece años de edad ha concebido una menor, no producto de una violación sexual, sino producto de una convivencia, pero el persecutor del delito, aplica la norma (173 del CP), de forma mecánica y solicita la pena máxima-cadena perpetua, no importando, si existe consentimiento violación o no, porque considera que el delito es de mera actividad, vulnerando el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de la menor, la libertad ambulatoria del padre-acusado y el interés superior de la menor,

siendo que el legislador en ese aspecto no ha considerado la dinámica social, cultural y tecnológica de la adolescencia actual, teniendo en cuenta los estudios criminológicos.

Si bien es cierto, la norma es general para todos, pero esta norma afecta a una parte de la sociedad, porque la pena tiene que darse en función al hecho cometido, no en función a una aplicación mecánica de la norma, con ello se condice con el principio de legalidad constitucional, que engloba el entero orden constitucional, que señala en el artículo 2 inciso 24 párrafo d) “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”; esto es “*nullun crimen, nulla poena, sine lege*”, no hay delito, no hay pena sin ley; de modo que este principio en el derecho penal no debe aplicarse de manera extensiva en detrimento del acusado, sobre todo por analogía, ello en correlación con sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, que el principio de legalidad exige que se clasifiquen y describan los delitos con “términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”.

En ese sentido, las normas penales se da de acuerdo a la dinámica social relacionado con la sexualidad, por eso Gutiérrez (2017), señala que las estadísticas nos van alertando que las relaciones sexuales vienen ocurriendo en los hombres en las edades de 10 a 12 años y en las mujeres en la edad de 13 a 14 años, situación que últimamente abierto diferentes posiciones a favor o en contra porque es ahí donde se

determina el inicio de la vida sexual, porque tener relaciones sexuales te cambia la vida, pues dicha actividad es parte de la salud integral y de la personalidad del ser humano, ya que ayuda al desarrollo físico y emocional puesto que todos los seres humanos lo necesitamos, para satisfacer las necesidades básicas como el deseo de contacto entre el sexo opuesto, esto es la intimidad de expresión emocional, que conlleva al placer y el amor, de modo que la información es clara y concisa en ese contexto.

Por ello, la adolescencia es una de las etapas más difíciles de todo ser humano, ya que se empiezan a manifestar muchos cambios, puesto que en esta etapa se obtiene un conocimiento emocional, psicológico biológico en las edades de 10 a 19 años (Gutiérrez, 2017); de ahí que Piaget citado por Gutiérrez (2017), sostiene que “la adolescencia es la etapa en donde las personas conocen su sexualidad e intentan insertarse en el mundo de los adultos, pues como agrega Brocks citado por Gutiérrez (2017), los adolescentes de doce y trece años hasta los 20 años es donde adquieren la madurez, de modo que las norma penales tiene que darse en función al desarrollo evolutivo de la sociedad que es la dinámica social.

Pero no solo la dinámica social debe tener en cuenta el legislador al momento de legislar las normas penales en los delitos de violación sexual a menor de edad, sino también los cambios sociales, culturales y tecnológicos, con ello no estoy indicando que la pena cuando existe violación sexual debidamente corroborada, sea disminuida, por el contrario, cuando la conducta dolosa del autor está debidamente

corroborada se debe aplicar la máxima pena; empero, la sociedad no se queda estática sino que es cambiante, al igual que la cultura y la tecnología, pues este último permite el acceso a redes sociales e interacción con la sociedad de manera real.

Por ello, la criminología estudia los delitos teniendo en cuenta los diferentes cambios sociales, culturales y tecnológicos, por eso en el Código Penal de 1924, el bien jurídico que protegía era el honor sexual, la cual llegaba a sustentarse como conceptos relacionados a la moral, de manera que siempre se vio influenciado por los elementos empíricos culturales de la época; con respecto al aspecto tecnológico Agustina (2010), señala que permite la comunicación directa en tiempo real y el intercambio, de fotos y videos eróticos que despiertan la sexualidad de los menores a temprana edad, que sumado con la cultura como sostiene Dallayrac (1997), es un aspecto integral que influye en la actividad sexual a temprana edad por la interconexión e interrelación en el contexto donde se desarrollan la sociedad.

Por ello, con la promulgación de la ley N.º 28704 las relaciones sexuales se prohibieron en los adolescentes de 14 a 18 años, porque son considerados delitos o infracción a la ley penal, existiendo una desproporcionalidad en las penas aun con el consentimiento de los menores, matando de esta manera el libre desarrollo de la sexualidad de los adolescentes, del mismo modo que se prohíbe el matrimonio con menores de edad (14 a 18 años), según la reciente aprobación del Proyecto 1523-2021; de modo, que si existe entre el imputado o la víctima una relación sentimental consentida es considerado delito o

infracción; empero la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, ha señalado que cuando exista consentimiento de la víctima el agente queda exento de responsabilidad, evidenciándose que el legislador tiene falencias e incongruencias en la regulación de los diferentes tipos de delitos; por ello, a partir de la fecha, varios adolescentes y mayores de edad, no tuvieron que enfrentar procesos judiciales.

De ahí que el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00008-2012-PI/TC, ha sostenido también que cuando la víctima de 14 años de edad ha consentido la relación sexual se exime de responsabilidad al autor del delito, protegiendo de esta manera el bien jurídico, libertad sexual, porque es un valor fundamental de los menores de edad inmersos en el libre desarrollo de su personalidad.

Por tanto, queda demostrado que las normas penales relacionadas al delito de violación sexual, se da de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica, si bien la norma es para todos de manera general, pero la problemática planteada afecta a una parte de la sociedad cuando la relación es consentida, pero el legislador inclusive a regulado que una persona mayor a los 18 años no puede tener relaciones con una menor de 14 años de edad y más aún a prohibido el matrimonio con personas de 14 años y menores de 18 años, vulnerando el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, pues no es acorde con el marco constitucional, pues la doctrina y la jurisprudencia han señalado que no puede existir una pena desproporcionada cuando no hay afectación al bien jurídico tutelado, pues la libertad sexual son bienes jurídicos de libre

disposición, y si un menor cuya edad está entre los trece y dieciocho años y tiene plena capacidad jurídica para disponer de dicho bien, entonces el Estado (Poder Legislativo) no puede limitar su libre disposición de su cuerpo, que tiene íntima relación con la dignidad humana.

### **3.2.2. Concretizar el principio de proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima**

En el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución como señala Hesse (1983), es el orden jurídico fundamental de la comunidad, porque no solo se limita a la ordenación de la vida estatal, sino que sus normas se convierten en garantías del sistema jurídico, porque en el orden jurídico constitucionalizado a decir de Guastini (2001), la Constitución se convierte extremadamente en invasora, entrometida, que es capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, así como la acción de los actores políticos y las relaciones sociales; de modo que la Constitución en tanto garantizadora y protectora de los derechos fundamentales cuando una persona inculpada por algún delito, la pena debe ser proporcional en función al hecho realizado.

Por eso, en esta categoría de la hipótesis el principio de proporcionalidad juega un rol fundamental en los delitos de violación sexual a menor de edad, pues si la relación sexual ha sido consumada y ha sido dolosa, la medida dictaminada debe darse en función al bien jurídico afectado, porque la proporcionalidad es un valor constitucional (art. 200 de la Const.); porque así lo señala el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º

01010-2012-PHC/TC, que el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 del mismo cuerpo constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.

Por ello, este principio como sostiene Rojas (2009), opera tanto en la creación del derecho por el órgano competente como en su aplicación por los jueces y tribunales y básicamente en la ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que actúa como límite al *ius puniendi* del Estado en función de la pena y como garante de los derechos fundamentales; de ahí que este principio es una herramienta argumentativa que sirve para resolver los casos llamados difíciles, pues en el Estado constitucional de derecho no se puede aplicar la norma-regla bajo la forma mecánica, pues ello implicaría desconocer el Estado constitucional y que la norma-regla es la única y última fuente del derecho, como sucede con el artículo 173 del C.P., que regula como pena máxima-cadena perpetua para el agente que ha tenido relaciones sexuales con un menor de 14 años de edad, pero bajo este principio no se puede aplicar la norma de forma mecánica sino que la pena tiene que ser proporcional al hecho; por eso, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...)”.

Ello implica, como sostiene que la pena no solamente no debe superar el límite de la culpabilidad, sino que debe determinarse en función de la

responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido por el autor del delito, porque no se puede imponer la misma pena de cadena perpetua al agente que realizó la conducta ilícita-violación sexual a menor de 14 años, como al agente que no lo realizó con una menor de trece años y que producto del consentimiento expreso de la víctima existe otro menor de edad no producto de la agresión sexual sino producto de una convivencia, pero en la praxis exista o no agresión sexual la norma se aplica de forma mecánica, vulnerando el principio de proporcionalidad de la pena, pues como sostiene Arias Holguín (2012), la imposición de la pena en el caso concreto se afectan de manera directa derechos fundamentales y, también, se produce un importante menoscabo al honor, de modo que los jueces no pueden eludir la exigencia de proyectar estos derechos como parámetros normativos en sus decisiones, más aún cuando ha existido consentimiento sexual de la supuesta víctima.

Por tanto, esta tesis sostiene que la medida legislativa (art. 173 del C.P.), es desproporcional, cuando la menor de edad, en este caso trece años de edad ha consentido la relación sexual, pues la proporcionalidad implica la limitación al *ius puniendi* del Estado, como la prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia, todo ello tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, como la libertad ambulatoria, el libre desarrollo de la sexualidad, cuya dogmática constitucional considera como límites de límites al poder público (Rojas, 2009), con lo cual pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de

las leyes con el principio de Estado de Derecho, pero no el Estado de Derecho meramente positivo sino el que engloba el orden constitucional y el valor justicia;

De este modo, no debe admitirse penas o medidas de seguridad exageradas o desproporcionales al hecho cometido en relación a la prevención del delito, cuando existe consentimiento sexual expreso de la víctima y no medie de por medio daño físico ni psicológico debidamente corroborado con la declaración en cámara Gesell y la pericia psicológica, de modo que la medida judicial debe guardar una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional que dio lugar a la realización de la conducta típica (STC 0012-2010-PI/TC, F.J. 3); por ello, la medida legislativa (art. 173 del C.P.) es desproporcional, porque la pena de cadena perpetua cuando existe consentimiento sexual de la víctima es exagerada, ya que “el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico” (Rojas, 2009, p. 278); de ahí que la proporcionalidad de la pena debe guardar relación con el hecho incriminado y la afectación al bien jurídico protegido por el derecho penal, pues en un caso difícil donde está en juego la libertad ambulatoria del investigado y no existe incriminación por parte de la víctima ni de los padres, la medida legislativa dictaminada por el legislador no se puede aplicar de forma mecánica, porque el principio de proporcionalidad implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la pena o medida de seguridad debe llevarse a cabo en función de la peligrosidad

criminal del individuo y no bajo una mera aplicación subsuntiva de la norma o estereotipando a la persona, como sostiene Zaffaroni (2002), desvalorándola y asociándole todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio determinado por el poder público creando una imagen de violador al imputado aunque no exista elementos de convicción ni persistencia en la incriminación por parte de la víctima; de modo que este principio exige que la medida (legislativa o judicial) sea en el caso concreto idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin deseado.

### **3.2.3. Optimización del derecho al libre desarrollo de la persona humana**

El libre desarrollo de la personalidad, es un derecho fundamental regulado explícitamente en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución que implica ámbitos de libertad y realización humana (Sosa Sacio, 2022), porque la libre realización implica también el libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana pues unifica y dirige a todos los demás derechos humanos para la plena realización de la persona humana de forma colectiva o individual, pues el libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana, en este caso de los menores de trece años de edad, es un derecho fundamental de libre disposición de su cuerpo, que se desprende del libre desarrollo de la personalidad y que es deber del Estado (art. 44 de la Const.) garantizar la plena vigencia y realización de los derechos humanos.

Por eso, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02868-2004-AA/TC F.J.14, ha señalado que este derecho reconocido en la Constitución “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación

con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...)", es decir, libertad general de acción, que permite la posibilidad de que cada quien haga lo que prefiera, sin que pueda establecerse límites inconstitucionales a ello, ya que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual (STC N.º 00008-2012-PI/TC, F.J.20).

De esta manera, la libre disposición de la libertad sexual es un valor fundamental derivado del libre desarrollo de la personalidad, pues como ha sostenido el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 03901-2007-PA/TC, F.J. 13 y Exp. N.º 01575-2007-PCH/TC, F.J. 13 "las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) pues se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad, de modo que el derecho a la vida privada o relaciones sexuales consentidas adquiere una dimensión positiva para la plena efectivización de los derechos fundamentales.

Por tanto, esta categoría de la hipótesis se valida porque el derecho a la libre disposición de la libertad sexual es un derecho derivado del libre desarrollo de la personalidad, puesto que con la limitación legislativa de tener relaciones sexuales consentidas y actualmente casarse, el legislador está dando muerte en vida a la sexualidad de los menores de trece años de edad, pues no se le permite desarrollarse libremente, ya que como sostiene el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00008-2012-

PI/TC, el derecho a la libre disposición de su cuerpo de los menores de edad, puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y la autodeterminación tiene como contenido constitucional una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia el Estado o cualquier persona o entidad pública o privada 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, la voluntad expresa de decidir con quien, como y en qué momento se puede realizar el acto sexual, sin interferencia de ninguna persona, caso contrario el Estado Democrático y Social de Derecho que se preocupa por los derechos sociales e individuales de la persona humana, quedaría en una mera declaratoria.

### **Fundamentos criminológicos**

#### **3.2.4. La edad etaria entre el sujeto activo y pasivo que no supere los 08 años de edad cuando medie el consentimiento sexual**

El realismo ontológico desarrollado por Serrano Villafañe (1974), señala que “si no existiera nada, ni Dios ni mundo, no habría problema del ser, porque no habría objeto de la cuestión ni siquiera para proponérsela” (p. 50); de tal manera, el simple hecho de la existencia de los seres humanos plantea a la inteligencia humana un conjunto de graves problemas en que basta ahondar un poco para sentir el misterio, de modo que en esta categoría de la hipótesis se plantea la modificación del artículo 173 del Código Penal en los delitos de violación sexual a menor de edad pues no debe existir una edad bien diferenciada entre el

sujeto pasivo y activo, de modo como sostiene el realismo existe un problema que se propone porque afecta a una parte de la sociedad.

De esta manera, la edad etaria es fundamental entre sujeto activo y pasivo en el delito de violación sexual a menor de edad, pues permite el discernimiento adquirido y el desarrollo pleno de las facultades conductuales del ser humano; a pesar, que los adolescentes en las últimas décadas se han autodeterminado en el ámbito de la sexualidad, pero es necesario poner un límite de edad en este tipo de delitos, ya que sería desproporcional que una adolescente de 13 años mantenga una relación sexual con una persona que sea mayor a los 8 años; ello, en relación a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, donde puso límites sobre la edad etaria y prácticamente, con la finalidad de que no exista abusos o violencias o engaño en la sexualidad, dejando establecida la exención penal para toda relación voluntaria con adolescentes que cuenten con 14 años de edad, pero de acuerdo a la dinámica cambiante el límite debe disminuir a los trece años de edad, pues carece de trascendencia la diferencia de edad entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto y en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño, pero también la Corte se refiere que para la resolución de la controversia se debe tener en cuenta el artículo 22 del Código Penal sobre la edad restringida.

Con respecto, a la disminución de pena teniendo en cuenta la edad restringida la Corte Suprema mediante el Recurso de Casación N.º1518-2018/ Arequipa, señala que los jueces deben determinar y evaluar la

responsabilidad restringida teniendo en cuenta el primer párrafo del artículo 22, del Código Penal, pues la edad restringida es una causal para poder disminuir la punibilidad; de esta manera, la edad etaria entre ambos sujetos juega un rol fundamental para determinar la responsabilidad.

Pero en esta tesis, se sostiene que la edad no debe superar los 08 años, aunque Sans (2013), señala que según un estudio realizado a pedido de jueces y médicos para determinar el cambio de discernimiento en los jóvenes, llegó a determinar que un joven de 23 años actúa de la misma forma que cuando tenía 16 años, agrega aún más que, en una joven hasta los 27 años no se detecta un cambio de actitud importante en relación a los 23 años, ello implica que sigue siendo una persona inmadura; por lo que, se infiere según la ciencia, que la edad mínima de una persona para consentir una relación sexual entre una menor de trece años de edad debe ser con una persona de edad máxima 27 años, considerando que según la ciencia, en un joven de 27 no existe cambios bien diferenciados.

Por tanto, mi posición en esta categoría es que no debe existir una edad superior a los 08 años de edad entre sujeto pasivo y activo, ello en relación a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, pues de lo contrario existirá una seducción o engaño a la víctima; a pesar, que los estudios criminológicos y el estudio de la ciencia, señalan la edad mínima es 27 años para que un joven pueda tener relaciones sexuales consentidas, pero me reafirmo en posición que no debe existir una edad bien diferenciada y con respecto

a la edad de 27 años quedará para el debate en el Congreso de la Republica de acuerdo a los estudios criminológicos.

### **3.2.5. El vínculo sentimental entre el sujeto pasivo y activo y que no medien signos de violencia física y psicológica**

La criminología según García Pablos (2003), “es una disciplina empírica e interdisciplinaria: una ciencia del ser, fáctica, inductiva, en la que predomina la observación de la realidad sobre la perspectiva normativista y el método abstracto, formal deductivo propio de otras ciencias” (pp. 47-48); de manera que la criminología, se encarga “del estudio del crimen de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo” (García Pablos, 2007, p. 45), es decir, estudia que actos constituyen delito y que actos no constituyen delito, pues observa la realidad de manera directa, como sucede con el delito de violación sexual a menor de edad cuando existe un vínculo sentimental entre el sujeto activo que puede ser una menor de trece años de edad con un sujeto activo que no supere los 08 años de edad, de manera que la criminología observa la realidad social existente por encima de la norma abstracta del artículo 173 del C.P.; ya que, esta disciplina trata de suministrar como sostiene García Pablos (2003), una información válida, real, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen contemplado éste como problema individual y como problema social, comunitario; así como sobre su prevención eficaz, las formas y estrategias de reacción al mismo y las técnicas de intervención positiva en el infractor; por ello, la criminología a decir de García Cavero (2019), en tanto ciencia se ocupa del delito

como fenómeno social (para determinar que conducta contraviene la norma penal y que conducta no contraviene la norma), pues determina sus posibles causas (perspectiva etiológica), así como mostrar sus diversas manifestaciones empíricas como circunstancias, características, regularidad, etc. (perspectiva fenomenológica).

De esta manera, en esta categoría de la hipótesis se plantea que, en el delito de violación sexual a menor de trece años de edad cuando existe un vínculo sentimental y no exista de por medio signos de violencia física ni psicológica, debidamente corroborada (declaración de la menor, cámara Gesell, pericia psicológica y todos los elementos de convicción) sino que existiera una responsabilidad afectiva, la conducta del sujeto activo no constituye delito, ello en relación a lo establecido por la Constitución en el artículo 2 inciso 24 parágrafo d) que señala “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley”, concordante con el artículo II del T.P., del Código Penal que señala “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”; ello implica, que cuando existe delito la norma del artículo 173 del C.P., es justa pero cuando existe consentimiento sexual de la menor es injusta; en tal sentido, bajo el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, no puede sancionarse una conducta si la ley no lo califica como delito, pues la ley debe estar de manera expresa e inequívoca para la

aplicación del destinatario, pues sino está plasmada de manera concreta, se vulnera no solo el principio de legalidad y la seguridad jurídica en su dimensión estructural y funcional, sino también el valor de la libertad sexual, que tiene íntima relación con el libre desarrollo de la personalidad (libertad de decisión de la menor), la libertad ambulatoria del investigado y el valor justicia.

De modo que el vínculo sentimental, es el consentimiento de la relación sexual, ya que implica el acuerdo consensuado para realizar las actividades de índole sexual con una persona, de tal forma el consentimiento le indica a la otra persona que desean tener relaciones sexuales, generando el vínculo sentimental; por este motivo la actividad sexual sin consentimiento es una violación o agresión sexual; por ello, el numeral 61.1 del artículo 61 del Reglamento de la Ley N.º 30364, señala que “el consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, amenaza de fuerza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo han disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre”.

El Tribunal Constitucional ha señalado en el Exp. N.º 00008-2012-PI/TC, F.J. 74, que los menores de catorce años de edad y menos de 18 años tienen libertad sexual y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al cual se le atribuye la autoría del delito”; de esta manera, interpretando de manera extensiva al Tribunal Constitucional, ello debido a los cambios sociales, culturales y tecnológicos se estaría relacionando también a las menores de trece años de edad; en ese sentido, la norma del artículo

173 del C.P., es una norma inconstitucional cuando existe consentimiento expreso de las menores de trece años de edad, pues vulnera el libre desarrollo de la personalidad y por ende, el libre desarrollo de su sexualidad.

También la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad N.º 415-2015-Lima Norte, ha sostenido que el consentimiento no excluye de responsabilidad al sujeto activo, pero dependiendo la etapa de la persona, pues una cosa es la etapa de pubertad y otra la adolescencia; por tanto, se debe tener en cuenta que un acto sexual forzado genera graves prejuicios en la salud emocional y física de la persona, en cambio, cuando no existe relación sexual forzada el injusto se hace menos grave; de modo, como sostiene la Corte Suprema los menores de catorce años en este caso de trece años hacen ejercicio de su facultad sexual, a pesar que la ley a tratado de impedirselo; en ese sentido, la ley penal es fría, pues constituye una ficción legal, de *lege data* y debe cumplirse; empero, el juzgador no está impedido de analizar cada caso concreto a fin de determinar judicialmente la pena teniendo en cuenta la proporcionalidad, razonabilidad y legalidad; de ahí que la Organización Mundial de la Salud- OMS (2002), ha señalado que la sexualidad es un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de la vida, ello abarca el sexo, las identidades los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la procreación y la orientación sexual, limitar estos derechos implica vulnerar la dignidad ontológica de la persona humana, en este caso de los adolescentes.

Por tanto, cuando existe entre el sujeto pasivo y activo un vínculo sexual sentimental, donde medie el consentimiento de las partes sin violencia emocional ni física, el artículo 173 del C.P., no es acorde con el principio de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, porque la norma penal se aplica de manera mecánica, sin tener en cuenta la realidad empírica estudiada por la criminología, pues como sostiene la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad N.º 415-2015-Lima Norte, F.J. 16, en el Derecho Penal también se debe tener en cuenta el principio de primacía de la realidad, pues más allá de las presunciones legales, se tiene que considerar lo que realmente ocurre como circunstancia para determinar la pena, en este caso el vínculo sentimental, producto del consentimiento sexual, que hace que el injusto sea menos grave.

### **Fundamentos Políticos criminales**

#### **3.2.6. El concepto de adolescencia teniendo en cuenta el artículo I del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**

La política criminal como sostiene Solórzano (2021), son las acciones destinadas a tener un efecto en la criminalidad, ello implica que el Poder Legislativo tiene que tomar las decisiones posibles para decidir que comportamientos constituyen delitos y que sanciones se les debe imponer; por eso, la política criminal como sostiene Rivera Beiras (2005), debe entenderse como el arte legislativo lo que sirve para diferenciarla del Derecho penal; ya que, sería el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho Natural de sus súbditos; de modo que la política criminal servirá para que el legislador pueda

tomar acciones en el delito de violación sexual cuando la relación es consentida en menores de trece años de edad.

De esta manera, la política criminal es fundamental en el delito de violación sexual a menores de trece años de edad, porque permite al legislador tomar las acciones legislativas de acuerdo al contexto de evolución del tiempo, pues el tiempo es cambiante, la cultura y la tecnología también, de modo que todos estos aspectos influyen sobre la criminalidad de violación sexual a menor de edad, de manera que el legislador debe decidir que comportamientos de los menores de edad constituyen delitos y que comportamientos no constituyen delitos y además que sanción se les debe imponer cuando existe consentimiento consentido por ambas partes, teniendo en cuenta las edades entre un infante y un adolescente; de modo que el legislador juega un rol fundamental, pues para la regulación y validez de la norma no solo debe tener en cuenta las fuentes sociales del derechos sino también el carácter axiológico que constituye los valores y derechos fundamentales de toda persona en tanto fin supremo de la sociedad y del Estado .

Por ello, las etapas del desarrollo se dan de la siguiente manera, según el Portal Único del Estado Colombiano: Primera Infancia (0-5 años), infancia (6 - 11 años), adolescencia (12 - 18 años), juventud (14 - 26 años), adultez (27- 59 años) y persona mayor (60 años o más) envejecimiento y vejez; en esta categoría de la hipótesis se tiene solo las etapas de infancia y adolescencia teniendo en cuenta el CNA- Ley N.º 27337, así el artículo I del T.P., nos da una definición aproximada y una edad cronológica desde cuando la persona humana es considerado

niño/niña y desde cuando adolescente y señala que: “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce hasta cumplir los dieciocho años; de ello se deduce, que el legislador a considerado adolescente desde los 12 años y la propuesta de esta tesis es trece años de edad, siempre y cuando la relación sexual sea consentida.

Pues la adolescencia como sostiene Rice (1997), es el periodo de transición entre la niñez y la vida adulta durante el cual acontece la maduración sexual, empieza el pensamiento de operaciones formales, y ocurre la preparación para ingresar al mundo de los adultos; por ello, como sostiene la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.º 415-2015-Lima Norte, el legislador debe tener en cuenta, pues incurre en serias contradicciones al momento de calificar y diferenciar a un niño y aun adolescente, pues la edad para consentir una relación sexual como sostiene Cavada Herrera (2022), es la edad en que uno se considera capaz de consentir la actividad sexual, siendo que dicho rango varía de acuerdo al contexto social, cultural y tecnológico de cada pueblo, que puede ser de 13 a 18 años o de 14 a 18 años de edad, por ejemplo en la legislación comparada, en Argentina el consentimiento del menor se encuentra regulado a partir de los 13 años de edad (art. 119 de su C.P.), Delitos Contra la Integridad Sexual; De esta forma, si bien es cierto el legislador regula las normas, pero un Juez como señala la Corte Suprema, no puede estar ajeno a la realidad social teniendo en cuenta los derechos fundamentales, pues debe permanecer vigilante para rechazar el Derecho Penal Simbólico, Electoral o Popular, pues la sola

omisión de sus obligaciones constitucionales lo convertirían en lo que coloquialmente Montesquieu denominó “El Juez boca de la ley”, de modo que estaríamos ante un Estado legislativo de derecho y no en un Estado constitucional de derecho.

No obstante, la reciente aprobación del Proyecto de ley N.º 1523-2021, vulnera aún más el derecho al libre desarrollo de su sexualidad de los menores de edad, pues el propio legislador prohíbe el matrimonio entre personas de 14 años y menos de 18 años de edad, porque señala que el Código Civil vigente regula la posibilidad de que un adolescente menor de 18 años y mayor de 16 años pueda contraer matrimonio con el consentimiento de sus padres, ya que el artículo 42 del mismo cuerpo normativo permite que un adolescente de 14 años de edad pueda contraer matrimonio; de modo que el reciente proyecto de ley es inconstitucional, porque vulnera la norma del artículo 4 de la Constitución que señala “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, (...)”; ello en relación con el artículo 2 inciso 1 que señala toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar, pues el Estado protege al adolescente para el disfrute y goce de todos sus derechos y libertades, como el derecho al disfrute de su sexualidad.

Por otro lado, el Código Penal en su artículo 173 considera solamente a los adolescentes de 14 a 18 años en el ámbito sexual dejando de lado a los adolescentes de 13 años; no obstante, con la última modificatoria en el Código Civil (artículos 42, 241, 243, 244, 247 y 248) se prohibió el matrimonio de adolescentes menores de 18 años; sin embargo, con dicha prohibición se vulnera diferentes derechos de manera relativa, en

donde afecta a su hogar, por ejemplo, seguros médicos entre otras situaciones que el legislador no ha considerado al momento de la prohibición, pero los jueces no pueden ser esquivos a dichas situaciones de los adolescentes que empiezan una vida sexual desde los 13 años.

Por tanto, la política criminal juega un rol fundamental en este tipo de delitos pues la medida legislativa (art. 173 del C.P.) regulada no puede aplicarse de manera mecánica cuando la relación sexual ha sido consentida, pues el legislador debe tener en cuenta el concepto de adolescencia regulado en el artículo I del título preliminar del CNA, ya que la adolescencia empieza desde los doce años de edad adecuándose con la idiosincrasia del poblador peruano, de acuerdo al contexto social, cultural y tecnológico de la población; por eso, la propuesta en esta tesis es la regulación desde los trece años de edad, claro está siempre y cuando no exista daño físico ni psicológico en la víctima y que la relación haya sido consentida.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROPUESTA LEGISLATIVA**

#### **PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE QUE INCLUYE LA EDAD DE 13 AÑOS PARA EL SUPUESTO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD**

El maestrante de derecho penal y criminología está proponiendo la siguiente propuesta de modificación:

Para ello se usará una letra distinta a la original.

#### **FÓRMULA LEGAL**

#### **LEY QUE MODIFICA EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL A MENOR DE EDAD ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE QUE INCLUYE LA EDAD DE 13 AÑOS PARA EL SUPUESTO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD**

##### **Artículo 1.- Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto elaborar la propuesta de modificación legislativa para incorporar en el artículo 173 del Código Penal Vigente la edad de 13 años para el supuesto agravado del delito de violación sexual de menores de edad.

##### **Artículo 2.- Original del artículo 173 del Código Penal vigente- Violación sexual de menor de edad**

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.

**Artículo 3.-Propuesta de modificación legislativa para incorporar en el artículo 173 del Código Penal Vigente la edad de 13 años para el supuesto agravado del delito de violación sexual de menores de edad**

*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 trece años**, será reprimido con pena de cadena perpetua.*

Cajamarca, octubre del 2024

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1. PROBLEMA QUE LA AMPLIACIÓN PRETENDE RESOLVER

El problema que se pretende resolver tiene que ver con el principio de culpabilidad, pues como sostiene García Caveró (2019), “no hay manera de sancionar penalmente a una persona, si no es por medio de la imputación culpable de un injusto penal” (p. 175), a pesar que este principio no está prescrito de manera explícita en la Constitución, pero el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 014-2006-PI/TC, señala que “el principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal”; ya que, “constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional” (F.J. 25); de esta manera, este principio “brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió”. De modo que “la reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado” (F.J. 25).

De esta manera, no se le puede incriminar responsabilidad penal a una persona por el solo hecho de la aplicación mecánica de la norma, sino que el injusto penal debe estar debidamente corroborado; por ello, en la presente modificación legislativa se pretende modificar el artículo 173 del Código Penal vigente, en base a los argumentos desarrollados en la contrastación de la hipótesis, pues dicho norma afecta a una parte de la sociedad cuando una menor de trece años de edad ha tenido relaciones sexuales consentidas y de por medio existe un menor que necesita cuidado paternal y estatal, pero la

norma legislativa es fría en ese aspecto porque no importa si la relación es consentida o no, sino que solo indica “el que tiene acceso carnal (...),” será sancionado con la pena máxima, vulnerando una serie de derechos y garantías constitucionales.

## **2. SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL A MENOR DE EDAD**

El delito de violación sexual a menor de edad está plasmado en el artículo 173 del Código Penal Vigente que a letra dice 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.

De la lectura en abstracto, se observa que la norma es justa cuando existe violación a menor de edad, pues se aplica la máxima pena, sanción a la que estoy de acuerdo, cuando existe la agresión sexual y genera daño físico y psicológico debidamente corroborado con los elementos de convicción (Declaración en Cámara Gesell, perica psicológica, certificado médico legal, entre otros), pues la víctima queda marcada por la afectación emocional, que quizá lo lleve toda su vida, de modo que este tipo de delitos es uno de los más repudiables por la sociedad y el Estado; sin embargo, cuando una menor de trece años de edad, como en el caso N.º 02200-2022-0-0601-JR-PE-01, donde la menor ha indicado que la relación ha sido consentida y que producto de ello han procreado un menor de edad, no producto de una violación, sino de una convivencia; en ese sentido, la norma penal es injusta, pues a pesar que la menor a indicado que no ha sido violentada, pero el persecutor del delito aplica la norma de forma mecánica, no importando si la relación es consentida o no, sino porque existe permisión legal de aplicar sea consentida o no la relación,

por ser un delito de mera actividad; con ello se vulnera, no solo el principio de legalidad, sino también la seguridad jurídica en su dimensión funcional y estructural y los derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto es el libre desarrollo de su sexualidad de la menor, y por otro lado, la libertad ambulatoria del investigado, la tutela judicial efectiva y el principio del interés superior del niño, pues por encima de todo, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para no dejar en la orfandad al menor que necesita protección paternal y maternal.

### **3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

“Una de las manifestaciones del principio de legalidad, como mecanismo constitucional de protección del ciudadano frente al abuso de poder, es la prohibición de condenar sin una ley previa que tipifique la conducta delictiva y establezca la sanción correspondiente” (García Caveró, 2019, p. 215); por ello, que la Constitución Política de 1993, señala en su artículo 2 inciso 24 literal d, “que nadie puede ser condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”; en esa misma línea el artículo II del Título Preliminar del Código Penal señala que “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”

De esta manera, el principio de legalidad implica, que el derecho penal en la parte especial debe precisar no solo la conducta delictiva, sino también la pena aplicable a los responsables del delito (mandato de certeza o determinación),

esto es que la ley penal tiene que tratar de precisar “la pena exacta aplicable al autor de un hecho penalmente relevante, sino de establecer legalmente un marco mínimo y máximo de pena para la clase de delito en el que se subsume la conducta concreta del autor” (García Caveró, 2019, p. 971).

Por tanto, en el delito de violación sexual a menor de edad, el legislador no ha tenido en cuenta, el contexto cultural, social y tecnológico al momento de determinar la edad cronológica de los menores de edad, tampoco ha tenido en cuenta el consentimiento sexual de la víctima, considerando que la sociedad es cambiante de acuerdo a la contemporaneidad de la sociedad, pues el principio de legalidad exige que el tipo penal debe encajar perfectamente en la conducta delictiva del autor, pues como sostiene el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 00156-2012-PHC/TC, este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), por tanto en el derecho penal está no permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

#### **4. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: LIBRE DESARROLLO DE LA SEXUALIDAD DE LOS MENORES DE EDAD**

El libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental (art. 2.1 de la Const.), que implica actos de libertad de autodeterminación de toda persona humana, dentro de la cual se encuentran los adolescentes, desde que son personas naturales, porque el núcleo básico de este derecho es la libertad y la dignidad de la persona y su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la personalidad, de la cual se desprende el libre desarrollo de su sexualidad, esto

es la libertad de elegir cuando y con quien realizar la actividad sexual sin coacciones y limitaciones estatales, porque se le permite a todo individuo tomar sus propias decisiones de libertad de autodeterminación “siempre que tenga el suficiente discernimiento para comprender el acto que realiza” (Instituto de Estudios Legislativos, 2015, p. 2); porque para lograr el eficaz ejercicio de los derechos de la personalidad basta que el titular tenga la capacidad natural, de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable (Instituto de Estudios Legislativos, 2015).

Por eso, el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 00008-2012-PI/TC, F.J. 17, señala que este derecho fundamental,

Garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad, es decir, parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

De esto se deduce, que el libre desarrollo de la personalidad implica la libertad de autonomía y decisión de la libertad sexual de la persona en tanto miembro de la sociedad, porque la libertad tiene que ver con la no injerencia estatal o limitación del desarrollo sexual de los adolescentes, porque las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad (STC. Exp. N.º03901-2007-PA/TC. FJ. 13)

Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad tiene como parte de su contenido esencial la libertad sexual, de modo que limitarlos es vulnerar su libertad y su dignidad, porque la libertad sexual a decir del T.C., en el expediente N.º 00008-2012-PI/TC, es entendida como la facultad de las personas de autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, porque tiene como contenido constitucional una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia el Estado de no interferir en la actividad sexual de la persona, en este caso de los adolescentes; y, una dimensión positiva, referida a la libertad de decidir con quién y cómo y en qué momento realizar la actividad sexual.

#### **5. EDAD ETARIA ENTRE EL SUJETO PASIVO Y ACTIVO QUE NO SUPERE LOS 08 AÑOS DE EDAD**

La edad etaria en una relación sexual consentida juega un rol fundamental, porque no debe existir entre una persona y otra una edad diferenciada entre sujeto activo y pasivo de 08 años de edad, esto es que el sujeto pasivo debe tener como mínimo trece años de edad y el sujeto activo 21 años como máximo, caso contrario sería tipificado como seducción.

Al respecto, la Corte Suprema de la República mediante el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, ha señalado que es necesario establecer la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes, que cuenten con catorce años a más, para el presente caso trece años a más, porque es esencial la diferencia de edades entre sujeto activo y pasivo y el vínculo sentimental entre ellos, en tanto y cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño, este último relevante en el delito de seducción; de manera que la edad etaria en este tipo delitos es de vital importancia, por ello, el

legislador también ha establecido la edad restringida en el Código Penal al señalar que “podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años (...)”, pero esta norma ya está referida al hecho doloso del agente activo, mas no al consentimiento, porque la propuesta del presente trabajo solo esta referida cuando existe consentimiento debidamente corroborado y vínculo afectivo, caso contrario se le castigará al agente activo con la pena más drástica, porque cuando existe el delito de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor, se corta o se anula la libre decisión de la persona porque existe ausencia de consentimiento válidamente permitido por el sujeto pasivo de modo que cuando existe ello se aplicará la pena máxima.

## **6. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO**

La presente propuesta legislativa no generará costo alguno, por el contrario, permitirá poner de conocimiento a toda la comunidad jurídica y especialmente al legislador para que mediante un debate parlamentario y mayoría de sus miembros puedan modificar el artículo 173 del Código Penal Vigente, porque afecta a una parte de la sociedad, cuando existe consentimiento sexual de la víctima.

## **7. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE**

La presente propuesta de modificación legislativa tiene relación directa con el delito de violación sexual a menor de edad, establecido en el artículo 173 del Código Penal Vigente, pues cuando existe consentimiento sexual de la menor de trece años de edad la norma es injusta, pues afecta diferentes valores y derechos fundamentales tanto de la víctima como del investigado.

## CONCLUSIONES

1. Las normas penales relacionadas al delito de violación sexual, se da de acuerdo a la dinámica social, cultural y tecnológica, si bien la norma es para todos de manera general, pero la problemática planteada afecta a una parte de la sociedad cuando la relación es consentida, pues la doctrina y la jurisprudencia han señalado que no puede existir una pena desproporcionada cuando no hay afectación al bien jurídico tutelado, pues la libertad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los trece y dieciocho años y tiene plena capacidad jurídica para disponer de dicho bien, entonces el Estado (Poder Legislativo) no puede limitar su libre disposición de su cuerpo, que tiene íntima relación con la dignidad humana.
2. La proporcionalidad de la pena en función al consentimiento sexual de la víctima no solamente no debe superar el límite de la culpabilidad, sino que debe determinarse en función de la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido por el autor del delito, porque no se puede imponer la misma pena de cadena perpetua al agente que realizó la agresión sexual, como al agente que no realizó, de modo que la medida legislativa (art. 173 del C.P.), es desproporcional, cuando la menor de edad, en este caso trece años de edad ha consentido la relación sexual, pues la proporcionalidad implica la limitación al *ius puniendi* del Estado, como la prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia.
3. El libre desarrollo de la personalidad, es un derecho fundamental regulado explícitamente en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución que implica ámbitos de libertad y realización humana porque la libre realización implica también el

libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana pues unifica y dirige a todos los demás derechos humanos para la plena realización de la persona humana de forma colectiva o individual, de modo que libre desarrollo de la sexualidad de la persona humana, en este caso de los menores de trece años de edad, es un derecho fundamental de libre disposición de su cuerpo, que se desprende del libre desarrollo de la personalidad y que es deber del Estado (art. 44 de la Const.) de garantizar la plena vigencia y realización de los derechos humanos.

4. La edad etaria es fundamental entre sujeto activo y pasivo en el delito de violación sexual a menor de trece años de edad, pues permite el discernimiento adquirido y el desarrollo pleno de las facultades conductuales del ser humano, por cuanto es necesario poner un límite de edad en este tipo de delitos, ya que sería desproporcional que una adolescente de 13 años tenga una relación sexual con una persona que sea mayor a los 8 años, siempre y en cuando no medie violencia, grave amenaza o engaño.
5. En el delito de violación sexual a menor de trece años de edad cuando existe vínculo sentimental y no exista de por medio signos de violencia física ni psicológica, debidamente corroborada (declaración en cámara Gesell, pericia psicológica, certificado médico y todos los elementos de convicción) sino que existiera una responsabilidad afectiva la conducta del sujeto activo no constituye delito, ello en relación a lo establecido por la Constitución en el artículo 2 inciso 24 párrafo d), concordante con el artículo II del T.P., del Código Penal que señala “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con

pena no prevista en la ley”.

6. El legislador en el Código de los niños y adolescentes da una definición desde cuando una persona es niño y adolescente, de modo que señala se considera niño hasta los 12 años y adolescente de doce hasta los 18 años de edad, de tal forma que la adolescencia es el periodo de transición entre la niñez y la vida adulta durante el cual acontece la maduración sexual, empieza el pensamiento de operaciones formales, y ocurre la preparación para ingresar al mundo de los adultos, de manera que la edad para consentir una relación sexual es la edad en que uno se considera capaz de consentir la actividad sexual, siendo que dicho rango varía de acuerdo al contexto social, cultural y tecnológico de cada pueblo, que puede ser de 13 a 18 años o de 14 a 18 años de edad.

## RECOMENDACIONES

1. Recomendar al legislador mediante debate parlamentario proponer la modificación del artículo 173 del Código Penal en el delito de violación sexual a menor de edad en su extremo de reducción la edad a los trece años de edad, teniendo en cuenta no solo la dinámica social, cultural y tecnológica, sino también los derechos y valores fundamentales.
2. Recomendar al Poder Judicial cuando emite una decisión en el delito de violación sexual a menores de edad, tener en cuenta la declaración de la menor, la persistencia en la incriminación tanto de la menor como de los padres, y emitir la medida de acuerdo a la responsabilidad penal del autor y no por el estereotipo de la persona.
3. Recomendar al Ministerio de la Mujer emitir políticas públicas en favor de proteger el libre desarrollo de la sexualidad de las menores de trece años de edad, cuando no existe violación, sino que la relación ha sido consentida.
4. Recomendar al legislador que regule con más precisión la edad entre un infante y un adolescente en el Código de los niños y adolescentes teniendo en cuenta el aspecto social, cultural y tecnológico.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Agustina, J. R. (2010). ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-44.
- Alexy, R. (2013). *El No Positivismo Incluyente*. Alemania: Doxa.
- Arias Holguín, D. P. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, 142-171.
- Atehortua Puerta, W., Caicedo Fonseca, R. E., Ariza Mendoza, E. A., & Meza Flórez, J. J. (2014). Factores socio-culturales asociados a la actividad sexual de los adolescentes. *Ciencia y Cuidado*, 35-46.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. Santa Fe: TEMIS S.A.
- Balaguer Callejón, F. (1992). *Fuentes del Derecho. Tomo II*. Madrid: Tecnos.
- Barak, A. (2021). *Prporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. 1ra Reimpresión. Trad. Gonzalo Villa Rosas*. Lima: Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2003). "Estructura y límites de la Ponderación. *DOXA*, 225-238.
- Cabrera, A. R. (2015). *Los delitos sexuales, análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico*. Lima : Ideas Solución.
- Capcha Aucallanchi, L. (2015). *Despenalización del delito de violación sexual en niñas de 13 y 14 años por haber consentido el acto sexual en la selva central (TESIS)*. Huánuco-Perú: Universidad Nacional Hermilio Valdizán.
- Carrasco Días, S. (2006). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.
- Castillo Alva, J. L. (2016). Breve reflexión sobre la edad mínima para el ejercicio de la libertad sexual y la irracionalidad de mantener penas privativas de libertad tan altas. *Pasión por el Derecho*, 1-4.
- Cavada Herrera, J. P. (2022). Edad para el consentimiento de relaciones sexuales.

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 1-11.
- Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial. (2021). Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. *Boletín Jurídico 3 del Poder Judicial*, 1-22.
- Dallayrac, N. (1997). *Los juegos sexuales de los niños*. Barcelona: Granica Editor.
- Del Moral Ferrer, A. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, 63 - 96.
- Delval, J. (2006). *El desarrollo humano. 7ma. Ed.* España: Siglo XXI de España Editores, S. A.
- Escudero Sánchez, C. L., & Cortez Suárez, L. A. (2018). *Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica*. Ecuador: UTMACH.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal Parte General. 3ra Edición corregida y actualizada*. Lima: Ideas .
- García García, E. (1999). Derechos Humanos y calidad de vida. En G. González Rodríguez Arnáiz, *Derechos Humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica* (págs. 1-29). España: Tecnos.
- García Máñez, E. (2009). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Fontamara.
- García Pablos de Molina, A. (2003). *Tratado de criminología. 3a Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Pablos de Molina, A. (2007). *Criminología-Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente*. Madrid: CEC - INPECCP.
- Gomez Campos, R., Arruda, M., Luarte Rocha, C., Urra Albornoz, C., Almonacid Fierro, A., & Cossio Bolaños, M. (2016). Enfoque teórico del crecimiento físico de niños y adolescentes. *Revista Española de Nutrición Humana y*

- Dietética*, 244 - 253.
- Grández Castro, P. (2007). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. *Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de Perú*, 1-35.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara, S.A.
- Güemes Hidalgo, M., Ceñal González, M., & Hidalgo Vicario, M. (2017). Desarrollo durante la adolescencia. Aspectos físicos, psicológicos y sociales. *Pediatría Integral*, 233–244.
- Gutierrez, M. T. (2017). *Ambiente familiar e inicio de las relaciones sexuales en adolescentes de la Institución Educativa José Carlos Mariátegui N° 2048, Comas -2017*. Lima : Universidad de Ciencias y Humanidades.
- Herrero Herrero, C. (2007). *Criminología (parte general y especial). Aumentaa y actualizada 3edic*. Madrid: DYKINSON.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional. Trad. Pedro Cruz Villalón*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hormazabal Malareé, H. (1992). *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires-Argentina: Ad-Hoc.
- Jiménez De Asúa, L. (1958). *Principios de derecho penal la ley y el delito*. Buenos Aires-Argentina: ABELEDO-PERROT.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Laufer, D., Davrieux, M., & García, L. (2023). Desarrollo puberal en en la niña y adolescente. *Archivos de Pediatría del Uruguay*, 1-11.

- Leal, I., Molina, T., Luttges, C., González, E., & González, D. (2018). Edad de inicio sexual y asociación a variables de salud sexual y violencia en la relación de pareja en adolescentes chilenos. *Revista Chilena de Obstetricia Ginecología*, 149 - 160.
- León Vásquez, J. (2022). ¿Redimensionamiento de la libertad de pensamiento o nuevos (neuro)derechos humanos? Desafíos perspectivas desde la neurotecnología. *Cuestiones Constitucionales*, 121-147.
- León Vásquez, J. L. (2022). Deberes fundamentales del Estado. En M. Muro Rojo, & A. Crispín Sánchez, *Constitución comentada. Tomo II* (págs. 208-218). Lima: Gaceta Jurídica.
- López Barja de Quiroga, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. España-Navarra: Thomson Aranzadi.
- Marcone, J. (2005). Hobbes: Entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 123-148.
- Marrades, P. A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia- España: Universitat de Valencia.
- Martinez, F. M. (21 de 12 de 2022). *Cámara Gesell: qué es, para qué sirve y por qué se llama así*. Obtenido de Cámara Gesell: qué es, para qué sirve y por qué se llama así: <https://lpderecho.pe/camara-gesell-que-es-para-que-sirve-por-que-se-llama-asi/>
- Massini Correas, C. (2019). Sobre iusnaturalismo y validez del derecho. *Díkaion*, 7-34.
- Mir Puig, S. (2019). *Fundamentos de derecho penal y teoría del delito*. Barcelona: REPRERTOR.
- Mujica, J. (2015). *Patrones de victimización en casos de violación sexual a mujeres*

- adolescentes en el Perú*. Lima: ANESVAD.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Osuna Fernández Largo, A. (1992). *La hermenéutica jurídica de Hans Goerg Gadamer*. Valladolid-España: Uniersidad de Valladolid.
- Papalia, D. E., Wendkos Olds, S., & Duskin Feldman, R. (2010). *Desarrollo humano. Undécima edición*. México: Mc Graw Hill.
- Peña Gonzáles, O., & Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del delito*. Lima: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Pérez Hernández, Y. (2017). California define qué es “consentimiento sexual”. *Revista Latinoamericana*, 113 - 133.
- Pérez Luño, A. E. (1994). *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: ARIEL S.A.
- Pizarro Guerrero, M. (2017). *La valoración y motivación de la prueba en los delitos sexuales. Desde la Jurisprudencia y la práctica forense* . Lima: Grijley.
- Ponce de León Armenta, L. (1996). La metodología de la investigación científica del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61-83.
- Ramírez Solís, M. F. (2020). *Exclusión de la responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad por la inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú (TESIS)*. Huaraz-Perú: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia. trad. de María Dolores González*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rice, P. (1997). *Desarrollo Humano. Estudios del ciclo vital. 2da Edición.Trd. Ma. Elena Ortíz Salinas*. México: PEARSON.
- Rivera Beiras, I. (2005). *Política criminal y sistema penal*. Barcelona: ANTHROPOS.

- Rodríguez Jiménez, A., & Pérez Jacinto, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista FAN*, 179-200.
- Rojas, I. Y. (2009). La proporcionalidad en las penas. En D. Cienfuegos Salgado, & M. Cifuentes Vargas, *El ilícito y su castigo* (págs. 275-287). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzon Peña*. Madrid: Civitas, S. A.
- Rubio Auriolés, E. (2020). Modelo Holónico de la Sexualidad Humana. *Asociación Mexicana para la Salud Sexual, A. C*, 1-8.
- Salinas Siccha, R. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen*. Lima, Perú: Grijley.
- San Martín Castro, C. (2007). Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales). *Derecho PUCP*, 207-251.
- Sánchez Ocampo, N. J. (2018). *La despenalización de las relaciones sexuales en menores de 13 años cuando medie el consentimiento con personas que tengan entre 18 a 21 años de edad (TESIS)*. Lima: Universidad César Vallejo.
- Sánchez, J. R. (2018). *Delitos contra la Libertad Sexual en el Código Penal*. Lima: Ideas Solucion.
- Sans, S. (2013). Los expertos retrasan hasta los 27 años la edad en que los jóvenes maduran. *vida*, 1-1. obtenido de los expertos retrasan hasta los 27 años la edad en que los jóvenes maduran.
- Serrano Villafañe, E. (1974). Realismo filosófico en Santo Tomás (Realismo ontológico gnoseológico y ético jurídico). *Fundación Speiro*, 47-76.
- Solórzano, O. (2021). La política criminal moderna y el rol de la recuperación de

- activos. *Basel Institute on Governance*, 1-7.
- Sosa Sacio, J. M. (2022). Derecho al libre desarrollo y al bienestar. En M. Muro Rojo, & A. Crispín Sánchez, *Constitución comentada. Tomo I* (págs. 93-110). Lima: Gaceta Jurídica.
- Tantaleán Odar, R. M. (Febrero de 2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*(43), 1-37.
- Tello, S. N. (2018). La influencia de la tecnología sobre la sexualidad humana. *Psicología y Mente*, 1-6.
- Valderrama Macera, D. (2021). Delito de violación sexual y sus modalidades. Bien explicado. *Pasión por el derecho*, 1-5.
- Velázquez Cortés, S. (2010). Sexualidad responsable. *Organización Mundial de la Salud*, 1-12.
- Vera Gamboa, L. (1998). Historia de la sexualidad. *Revista Biomédica*, 116-121.
- Viviano Llave, T. M. (2012). *Abuso sexual. Estadísticas para la reflexión y pautas para la prevención*. Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal. Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Wualuchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente. Trad. de Marcela Gil y Romina Tesone*. Barcelona: Marcial Pons.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires-Argentina: Ediar.