

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO ESCUELA DE  
POSTGRADO**



**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO  
CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

---

**CAUSAS QUE EXIMEN RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE  
VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR, ENTRE 13 Y 14 AÑOS CON AGENTE  
ENTRE 18 Y 21 AÑOS DE EDAD**

---

**AUTORA:** Br. Mendoza Cabellos, María Julia

**JURADO EVALUADOR:**

**Presidente:** Ms. Carlos Roberto Castañeda Ferradas

**Secretario:** Ms. José Ramiro Ferradas Caballero

**Vocal:** Ms. Kelly Janet Vera Vásquez

**ASESOR:** Dr. Carbajal Sánchez, Henry Armando

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-349-688X>

**Trujillo – Perú**

**2021**

**Fecha de sustentación:** 2021/09/23







## **DEDICATORIA**

*A Dios y a mi amadísima hija Allissón, por ser fuente de  
fortaleza en mi crecimiento personal y profesional.*

*A mis padres y mis hermanos, por su constante e  
incondicional apoyo en el logro de mis objetivos.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Un sincero agradecimiento a mi institución, el Ministerio Público, por permitirme a través de la presente investigación, coadyuvar en el respeto a los derechos y garantías constitucionales en garantía de la legalidad; así como a todas aquellos que contribuyeron en su realización y culminación.*

## **PRESENTACIÓN**

Se presenta ante ustedes integrantes del Jurado para su consideración y evaluación el trabajo de investigación consistente en la Tesis titulada: **“CAUSAS QUE EXIMEN RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR, ENTRE 13 Y 14 AÑOS CON AGENTE ENTRE 18 Y 21 AÑOS DE EDAD”**, a fin de que previa aprobación, pueda ser sometida al acto de sustentación y defensa, con la finalidad de obtener el Grado Académico de Maestra en Derecho, con mención en Derecho Penal.

La autora.

## RESUMEN

La investigación está relacionada con la problemática advertida por la investigadora en su ámbito profesional vinculada con las tempranas, pero existentes, relaciones sentimentales libres de pareja con consecuente acceso carnal, entre un varón de dieciocho a veintiún años con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, cuyo acto sexual para el Código Penal tipifica como delito de violación sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad al carecer el consentimiento de la adolescente de efectos jurídicos, habiéndose analizado doctrinaria y jurisprudencialmente la regulación de causas que de manera excepcional exoneren de responsabilidad penal al agente, que en algunos casos habiendo conformedo conjuntamente con la adolescente un hogar y estando al cuidado y crianza de un menor hijo, fruto de la relación, afronta una investigación y un proceso penal con una inminente pena de cadena perpetua, siendo además relevante señalar que de aplicarse literalmente la ley por la conducta; al agente, aun cuando se encuentra comprendido dentro de un rango de edad a la que la misma ley le reconoce una responsabilidad penal restringida por edad, la misma norma prohíbe tal beneficio procesal.

Del mismo modo, se recurrió a especialistas en el tema de investigación, obteniendo como resultado, de manera mayoritaria, que sí existen causas para que de manera excepcional se exonere de responsabilidad penal al agente; en consecuencia se formuló como enunciado el problema: ¿Qué criterios se consideran como causas para eximir de responsabilidad penal a agente de entre dieciocho a veintiún años de edad por tener



acceso carnal con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, de manera excepcional?

En la presente Tesis se empleó como Método de Investigación: El Método Científico y como Métodos de Recopilación y Análisis de Información: Métodos Generales como el de Análisis – Síntesis; y, Métodos Específicos como Método Histórico, Doctrinario, Hermenéutico, entre otros; asimismo, se empleó técnicas e instrumentos como la recopilación documental y la entrevista a especialistas en el tema en investigación.

Como resultado de la investigación, se obtuvo resultados, que luego de su discusión convalidan la postura de proponer de manera excepcional la regulación de causas para eximir de responsabilidad penal al varón de entre dieciocho a veintiún años de edad mantenga acceso carnal con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, conducta tipificada en el Código Penal como delito de violación sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad.

Culminada la investigación, se presentan conclusiones y se considera como sugerencia proponer de manera excepcional la regulación de las citadas causas eximentes de responsabilidad, a partir y en consideración de la realidad advertida por la investigadora.

## **ABSTRACT**

The investigation relates to the problems warned by the researcher in her professional field linked to the early, but existing, relationships free of couples with consequent carnal access, between a male of eighteen to twenty-one years with a teenage girl over thirteen and under fourteen years of age, whose sexual act for the Penal Code criminality criminals as a crime of sexual rape in her form of sexual rape of minors by lacking the consent of the adolescent legal effects, having been doctrinally and jurisprudentially analyzed the regulation of cases that exceptionally exempt the agent from criminal responsibility, who in some cases having formed a home together with the adolescent and being in the care and upbringing of a minor child, the result of the relationship, faces an investigation and criminal proceedings with an imminent life sentence , and it is also relevant to point out that if the law is literally enforced for conduct; the agent, even if it falls within a range of age to which the same law gives him age-restricted criminal liability, the same rule prohibits such procedural benefit.

Similarly, specialists in the research topic were used, resulting in, in a majority way, that there are causes for the agent to be exceptionally exempted from criminal responsibility; the problem was therefore formulated as a statement: What criteria will be considered as grounds for exempting an agent between eighteen and twenty-one years of age from criminal liability for having carnal access with a teenage girl over the age of thirteen and under fourteen, exceptionally?

This Thesis was used as a Research Method: The Scientific Method and as Methods of Collection and Analysis of Information: General Methods such as Analysis – Synthesis; and, Specific Methods such as Historical Method, Doctrinarian, Hermeneutics, among others; Techniques and instruments such as documentary compilation and interview with research specialists were also used.

As a result of the investigation, results were obtained, which after their discussion validate the position of exceptionally proposing the regulation of cases to exempt from criminal liability the male between eighteen and twenty-one years of age maintains carnal access with a teenage girl over thirteen and under fourteen years of age, conduct typified in the Penal Code as a crime of sexual rape in the form of sexual rape of minors.

After the investigation, conclusions are presented and it is considered as a suggestion to propose the regulation of the aforementioned causes exempt from responsibility, from and in consideration of the reality warned by the researcher.

## **ÍNDICE**

DEDICATORIA .....	I
PRESENTACIÓN .....	
III RESUMEN .....	IV
ABSTRACT .....	
VI ÍNDICE .....	VIII ..... i
CAPÍTULO I.....	1
EL PROBLEMA .....	1
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	1
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	3
3. HIPÓTESIS .....	4
4. VARIABLES .....	4
5. OBJETIVOS .....	5
5.1. <i>Objetivo General</i> .....	5
5.2. <i>Objetivos Específicos</i> .....	5
6. JUSTIFICACIÓN .....	6
a) <i>Justificación Teórica</i> .....	6
b) <i>Justificación jurídica</i> .....	8
CAPÍTULO II.....	10
METODOLOGÍA.....	10
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	10
a) <i>Por su finalidad:</i> .....	10
b) <i>Por su profundidad:</i> .....	11
c) <i>Por su naturaleza:</i> .....	11
2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES .....	12
3. MATERIAL Y MÉTODOS .....	13
3.1. <i>Población y muestra</i> .....	13
3.1.1. <i>Fórmula</i> .....	14
3.1.2. <i>Muestreo</i> .....	14
3.1.3. <i>Requisitos de la muestra</i> .....	15
3.2. <i>Unidades de Análisis</i> .....	15
3.3. <i>Métodos</i> .....	15

a) <i>De la Investigación</i> .....	15
b) <i>De la recopilación y análisis de la información</i> .....	16
4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS .....	18
5. PROCEDIMIENTO.....	19
6. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS .....	21
CAPÍTULO III .....	23
MARCO TEÓRICO .....	23
TÍTULO I.....	23
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL .....	23
1.1. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL .....	24
1.1.1. ASPECTOS PRELIMINARES .....	24
1.1.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL .....	24
1.1.3. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL REGULADOS EN EL VIGENTE CÓDIGO PENAL DE 1991 .....	26
SEXUAL .....	29
1.1.5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL .....	30
TÍTULO II .....	31
EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES.....	31
1.1.4. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	
2.1. EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES .....	32
2.1.1. ASPECTOS PRELIMINARES. ....	
32 2.1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. ....	
35 2.1.3. TIPO OBJETIVO. ....	
36 2.1.4. TIPO SUBJETIVO. ....	
39 2.1.5.	
CONSUMACIÓN.....	40
ACCIÓN PENAL Y PENA.....	41
2.1.6.	
TÍTULO III .....	43
LA INDEMNIDAD SEXUAL .....	43
3.1. LA INDEMNIDAD SEXUAL .....	43
3.1.1. GENERALIDADES. ....	
43 3.1.2. DEFINICIÓN. ....	

44 3.1.3.	EL BIEN JURÍDICO EN LA INDEMNIDAD SEXUAL. ....	45
TÍTULO IV .....		51
LA SEXUALIDAD EN LA ADOLESCENCIA .....		51
4.1.	LA SEXUALIDAD EN LA ADOLESCENCIA.....	51
4.1.1.	ASPECTOS PRELIMINARES. ....	
51 4.1.2.	PERIODOS DEL DESARROLLO DE LA SEXUALIDAD. ....	
52 4.1.3.	EL SIGNIFICADO DE UNA BUENA EDUCACIÓN SEXUAL.....	55
TÍTULO V .....		57
LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL PERUANO .....		57
5.1.	LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL PERUANO .....	57
5.1.1.	GENERALIDADES. ....	
57 5.1.2.	DEFINICIÓN. ....	
57 5.1.3.	EL AGRAVIADO EN EL PROCESO PENAL PERUANO. ....	
		60
TÍTULO VI .....		64
LA PENA Y LOS PRINCIPIOS A CONSIDERAR EN SU DETERMINACIÓN .....		64
6.1.	LA PENA .....	64
6.1.1.	GENERALIDADES RESPECTO A LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ....	64
6.1.2.	LA ÚLTIMA RATIO. ....	65
6.2.	PRINCIPIOS A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA. ....	67
6.2.1.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ....	
67 6.2.2.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ....	
68 6.2.3.	EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN DEL REO.....	
		71
6.2.4.	EL PRINCIPIO DE CONVENCIONAL DE PROHIBICIÓN DE PENAS O TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. ....	73
TÍTULO VII .....		75
EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA .....		75
7.1.	EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL .....	75
7.1.1.	GENERALIDADES . ....	
75 7.1.2.	AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO SEXUAL. ....	
		77
7.1.3.	ABUSOS Y AGRESIONES A MENORES DE DIECISEIS AÑOS DE EDAD. ....	78

7.2.	EN EL CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA. ....	79
7.2.1.	GENERALIDADES. ....	79
<b>CAPÍTULO IV</b>	.....	<b>84</b>
<b>ANÁLISIS DE RESULTADOS</b>	.....	<b>84</b>
<b>CAPÍTULO V</b>	.....	<b>146</b>
<b>DISCUSIÓN DE RESULTADOS</b>	.....	<b>146</b>
<b>CAPÍTULO VI</b>	.....	<b>151</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	.....	<b>151</b>
<b>CAPÍTULO VII</b>	.....	<b>155</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	.....	<b>155</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	.....	<b>161</b>





# **CAPÍTULO I**

## **EL PROBLEMA**

### **1. REALIDAD PROBLEMÁTICA**

Actualmente; dado nuestro contexto social y cultural no resulta extraño que, en nuestra realidad nacional, cada vez se aprecie con mayor frecuencia la existencia de parejas sentimentales de escasa o corta edad que la sociedad si bien no prohíbe o rechaza, las acepta y tolera relativamente.

El Derecho como ciencia reguladora de conductas humanas para mantener la paz social, reprime y sanciona la afectación de bienes protegidos jurídica y socialmente como la vida, la intimidad, la salud y la libertad sexual tipificando el delito de violación sexual de menor de edad; así, en nuestro Código Penal en su artículo 173 lo reprime con cadena perpetua cuando la víctima sea menor de catorce años de edad.

Es con relación al delito antes señalado y lo evidenciado en el párrafo precedente que a la fecha existen en los diversos establecimientos penitenciarios del Perú, muchos internos investigados y sentenciados cuyas edades oscilan entre los dieciocho y veintiún años de edad que han sido sentenciados por haber mantenido relaciones sexuales con adolescentes mayores de trece y menores de catorce años de edad, con quienes habían mantenido una relación sentimental tolerada socialmente, habiendo contado con el consentimiento de éstas, y no haber causado ningún tipo de daño en la salud emocional a las mismas; sin embargo como se reitera, actualmente tal comportamiento se encuentra subsumido dentro del artículo 173 con una

condena de muerte en vida como la cadena perpetua; deviniendo en necesario de manera excepcional la determinación de causales que eximan responsabilidad penal ante la relación sexual, tipificada actualmente como delito de violación sexual de menor, adolescente mayor de trece y menor de catorce años con agente que resulta ser su pareja sentimental de entre dieciocho y veintiún años de edad.

Estando a lo señalado, constituye el objeto de estudio que el consentimiento de mujeres adolescentes mayores de trece y menores de catorce años de edad para mantener relaciones sexuales debería ser válido, y como consecuencia sentar las bases jurídicas necesarias y suficientes para una posterior modificación del artículo 173 del Código Penal cuando el agente varón sea pareja sentimental de las referidas adolescentes de entre dieciocho y veintiún años de edad, presentándose otras causales de exención de responsabilidad penal; para lo cual se realizará un estudio histórico respecto de la protección de la indemnidad sexual, a fin de visualizar y entender cómo con el transcurso de los años en diferentes países en América Latina y Europa, se ha ido disminuyendo la edad de las personas para poder disponer libremente de su sexualidad, desde inicialmente los 18 años hasta los 14 años actualmente en nuestro país, analizando los dispositivos jurídicos con tal fin.

## **2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Qué criterios se consideran como causas para eximir de responsabilidad penal a agente varón de entre dieciocho a veintiún años por tener acceso carnal con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, de manera excepcional?

### **3. HIPÓTESIS**

La existencia de una relación libre y equilibrada sentimentalmente, tolerada socialmente, con ausencia de aprovechamiento indebido de situación y de afectación emocional como consecuencia de lo ocurrido y de estresor sexual; y, la ausencia de desviaciones sexuales del agente, constituyen causas para eximir de responsabilidad penal a agente de entre dieciocho a veintiún años por tener acceso carnal con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, de manera excepcional.

### **4. VARIABLES**

- **VD:** Eximentes de responsabilidad penal de agente entre dieciocho a veintiún años de edad por tener acceso carnal con adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, de manera excepcional.

- **VI:** La existencia de una relación libre y equilibrada sentimentalmente, tolerada socialmente con ausencia de aprovechamiento indebido de situación y de afectación emocional como consecuencia de lo ocurrido y de estresor sexual; y, la ausencia de desviaciones sexuales del agente.

## **5. OBJETIVOS**

### **5.1. Objetivo General**

Determinar las causas para eximir de responsabilidad penal al agente de entre dieciocho a veintiún años por tener acceso carnal con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, de manera excepcional.

### **5.2. Objetivos Específicos**

- Analizar el fundamento ontológico y exegético del bien jurídico protegido en el delito de violación sexual de menor de edad, con precisión cuando la menor sea una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad.
- Analizar si la cadena perpetua para agente de entre dieciocho a veintiún años de edad que tenga relación sexual con una adolescente

mayor de trece y menor de catorce años de edad, dentro de una relación sentimental, tipificado como violación sexual de menor de edad, cumple con la función resocializadora de la pena.

- Determinar la inconstitucionalidad de no aplicar la responsabilidad restringida por edad del agente que entre dieciocho a veintiún años de edad tenga acceso carnal con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, dentro de una relación sentimental.
  
- Identificar principios jurídicos de la responsabilidad penal y que aun de su interpretación no cumplan con su finalidad en la sanción por el acceso carnal de agente de dieciocho a veintiún años con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, cuando se configuren las causas eximentes que se postulan.

## **6. JUSTIFICACIÓN**

### **a) Justificación Teórica**

La presente investigación tiene justificación Teórica por cuanto resulta conveniente despenalizar las relaciones sexuales consentidas de las adolescentes mayores de 13 y menores de 14 años de edad, sostenidas dentro de una relación sentimental con sus parejas varones de entre 18 y 21 años de edad.

A su vez, la modificación resulta relevante para la sociedad, sobre todo para el grupo etario de personas varones entre dieciocho y veintiún años de edad, pues a la fecha si éstos mantienen relaciones sexuales consentidas con mujeres adolescentes mayores de trece y menores de catorce años de edad, son sentenciados a cadena perpetua; que, como es de verse no cumple con el fin resocializador de la pena, menos aún con ser justa o proporcional.

Asimismo; por cuanto en la actualidad existen en trámite procesos en investigación ante diversas dependencias del Ministerio Público como ante la Fiscalía Provincial Mixta de Santa, en las que, mujeres adolescentes mayores de 13 y menores de 14 años de edad refieren haber mantenido relaciones sexuales con su consentimiento con su pareja de entre dieciocho y veintiún años de edad que están siendo afectados en su proyecto de vida e incluso de continuar su relación sentimental consensual y socialmente aceptada; por lo que la propuesta de modificación legislativa que se postula con la presente investigación permitirá también que el consentimiento de mujeres adolescente mayores de 13 y menores de 14 años de edad para

mantener relaciones sexuales sea considerado como válido, por ende dicha conducta sería atípica y evitaría internar en un establecimiento penitenciario a sus parejas con penas de hasta cadena perpetua, no obstante haber actuado con el consentimiento de su pareja, sin causar alguna afectación psicológica.

Si bien en la actualidad existen procesos sentenciados con penas por debajo del mínimo legal, basados en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), así como con atenuantes por responsabilidad restringida, excluyendo el beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual, valiéndose para ello de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el “control difuso” de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado, priorizando el principio constitucional de proporcionalidad concreta sobre el de legalidad de la pena, para lo cual se realizó el test de proporcionalidad, habiéndose para ello evaluado los tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación); ello no garantiza que se pueda generalizar para todos los casos, por el contrario existe el potencial riesgo de una aplicación literal normativa, situación que se pretende evitar con la presente investigación.

#### **b) Justificación jurídica.**



La presente investigación se justifica jurídicamente, por cuanto permite identificar las causas que eximen responsabilidad penal ante el acceso carnal de mujeres adolescentes mayores de trece y menores de catorce años de edad con sus parejas sentimentales varones de entre dieciocho y veintiún años de edad, actualmente tipificado como delito, a fin de proponer modificaciones del artículo 173 del Código Penal vigente, toda vez que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador que como principio constitucional y como compromiso convencional ha contraído nuestro país, pues de hacerlo se incurriría en un desacato constitucional, desconociendo los Tratados de Derechos Humanos suscritos, incluso exponiéndonos a una responsabilidad política por violación de derechos humanos.

# CAPÍTULO II

## METODOLOGÍA

### 1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

#### a) Por su finalidad:

Una investigación será básica “*cuando tiene por objetivo específico incrementar el conocimiento derivado de la realidad*”. (Ortiz, 2013, p.38)

Nuestra investigación es una de tipo básica, pura o sustantiva pues a través de ella pretenderemos una descripción y explicación; en consecuencia, es básica por cuanto se partirá de la recopilación de información del tema en estudio, como es el delito de violación sexual de menor, tal y conforme se presenta y regula en la realidad advertida con el propósito de generar nuevos conocimientos estableciendo las causas eximentes de responsabilidad penal en casos de mujeres adolescentes mayores de trece y menores de catorce años de edad cuando el agente es su pareja sentimental y cuente entre dieciocho y veintiún años de edad.

**b) Por su profundidad:**

La investigación es Descriptiva por cuanto buscará identificar propiedades y características importantes del fenómeno en análisis como el delito de violación sexual de menor, describiendo las tendencias de una población.

Asimismo, por cuanto se pretenderá identificar el comportamiento del hecho objeto de investigación; es decir, lo relacionado con las causas eximentes de responsabilidad penal al agente varón de entre dieciocho y veintiún años de edad que mantiene acceso carnal con su pareja una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad.

**c) Por su naturaleza:**

La investigación Cualitativa “*es aquella que utiliza la recolección y análisis, sin preocuparse demasiado en su cuantificación; la observación y la descripción de los fenómenos se realiza sin dar mucho énfasis a la medición*” (Ñaupas, 2013, p. 74)

Nuestra investigación es Cualitativa, por cuanto pretende identificar los atributos del fenómeno en investigación partiendo de la información previamente acopiada; esto es, a partir de casaciones y resoluciones judiciales, como de disposiciones fiscales relacionadas al objeto materia de nuestra investigación.

## 2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
Eximentes de responsabilidad penal de agente varón entre dieciocho a veintiún años de edad por tener acceso carnal con su pareja una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, de manera excepcional.	<b>DOCTRINARIOS</b>	Arce Gallegos, M. Calderón Sumarriva, A. Carnevali, R San Martín Castro, C. Peña Cabrera, A. Salinas Siccha, R.
	<b>NORMATIVOS</b>	- Constitución Política del Perú - Código Penal - Código Procesal Penal - Ley Orgánica del Ministerio Público - Código de los Niños y Adolescentes

<b>ENTREVISTAS</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Jueces Penales.</li> <li>- Fiscales Penales.</li> <li>- Abogados Penales</li> </ul>
<b>RESOLUCIONES</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Acuerdo plenario 4-2008/CJ-116</li> <li>-Sentencia de Casación N° 335-2015 Del Santa – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.</li> <li>-Sentencia de Tribunal Constitucional Expediente N° 579-2008-PA/TC LAMBAYEQUE</li> <li>-Resolución de Nulidad N° 2217-2019 JUNIN</li> <li>-Resolución de Nulidad N° 1474-2019 ANCASH</li> <li>-Carpeta Fiscal 935-2015 Distrito Fiscal De Santa</li> </ul>

### 3. MATERIAL Y MÉTODOS

#### 3.1. Población y muestra

Por población se entiende a *“la totalidad de elementos que están involucrados en el problema objeto de investigación”* (Luna, 2002, p. 86)

En la presente investigación la población está representada por especialistas representados por jueces, fiscales y abogados en lo penal del Distrito Judicial de La Libertad y del Distrito Judicial de Santa.

Por muestra se entiende *“al conjunto o parte del universo de la población en la que se llevará a cabo la investigación con el fin posterior de generalizar los hallazgos al todo”*. (Pineda, 2008, p.121)

La muestra en nuestra investigación está representada por jueces, fiscales y abogados en lo penal del Distrito Judicial de La Libertad y del Distrito

Judicial de Santa.

<b>TÉCNICAS</b>	<b>UNIDAD</b>	<b>S.S.</b>	<b>POBLACIÓN</b>	<b>MUESTRA</b>
<b>ENTREVISTAS</b>	-Abogados en lo penal	15	22	22
	-Fiscales en lo penal	05		
	-Jueces en lo penal	02		
<b>RECOPIACIÓN DE DOCUMENTOS</b>	-Acuerdo Plenario -Sentencia de Tribunal Constitucional -Sentencia Casatoria -Carpeta Fiscal -Resoluciones de Nulidad	06	06	06
<b>TOTAL</b>			28	28

### 3.1.1. Fórmula

Considerando que la presente investigación se trabajó con el 100% de la población no requirió de fórmula.

### 3.1.2. Muestreo

En cuanto a la técnica de la entrevista se empleó un muestreo no probabilístico a especialistas como jueces, fiscales y abogados en

lo penal, considerando la experiencia profesional con la que cuentan en sus respectivas labores.

En relación a la técnica de recopilación de documentos se empleó un muestreo no probabilístico de carpetas fiscales seleccionadas.

El muestreo empleado es uno Bietápico.

### **3.1.3. Requisitos de la muestra.**

- **Confiability:** Por cuanto la muestra seleccionada es válida y representativa.
- **Representativity:** Al representar la muestra el 100% de la población.
- **Validez:** Por cuanto la población y muestra mantienen las mismas características.

### **3.2. Unidades de Análisis**

- Abogados penalistas.
- Fiscales penalistas.
- Jueces en lo penal.

### **3.3. Métodos**

#### **a) De la Investigación**

## □ **Método Científico**

El autor Néstor Sanz B señala que es un *"Conjunto de pasos fijados de antemano por una disciplina con el fin de alcanzar conocimientos válidos mediante instrumentos confiables"*.

Es decir, el Método Científico es el conjunto de procedimientos orientados a la verificación de posturas y proposiciones directamente relacionados al tema observado en la materia de investigación.

## **b) De la recopilación y análisis de la información**

### **Métodos generales**

- **Método Analítico - Sintético**

En la investigación, dada su naturaleza, se empleó el método analítico al momento de seleccionar a través del estudio de las diversas fuentes de donde se recopiló la información, como son los documentos que se acopió y que fueron empleados en el marco teórico.

En relación al método sintético, una vez que se contó con la información previamente disgregada, ésta se concentró y sintetizó



con la finalidad de elaborar nuestro marco conceptual de la investigación.

### **Métodos específicos**

- **Método Histórico**

El método histórico coadyuvó en la identificación y conocimiento de los antecedentes de la regulación del delito de violación sexual y de las causas que eximen la responsabilidad penal, en el transcurso de la vigencia normativa que ha tenido nuestro país.

- **Método Doctrinario**

Con el empleo de este método se realizó un profundo análisis doctrinario de los diferentes fundamentos que sustentan el delito de violación sexual.

- **Método Hermenéutico – Jurídico.**

Utilizando este método se analizó, de manera crítica, los diversos tópicos que integran la investigación que se ha planteado, con proyección a evidenciar la esencia normativa relacionada con las causas que eximen la responsabilidad penal y que puedan ser propuestas en relación al delito objeto de la investigación.

- **Método Exegético.**

El Método Exegético lo empleamos en el estudio a profundidad del marco jurídico en que se encuentra el objeto de investigación; en específico con todos los dispositivos legales que regulan el delito de violación sexual de menor, causas eximentes de responsabilidad penal; entre otros.

#### **4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

Las técnicas y los instrumentos en la investigación empleados fueron:

**Observación:** Permitió evidenciar información relacionada con temas inherentes a la investigación, permitiendo poder acceder directamente a los sucesos y situaciones advertidas en la realidad problemática que cautivó la atención de la investigadora y que motivó la investigación.

**Acopio documental:** Con dicha Técnica se analizó la legislación y doctrina nacional y extranjera relacionada con las causas que eximen responsabilidad penal en el delito de violación sexual, específicamente relacionado con adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad con agente entre dieciocho y veintiún años de edad.

**Fotocopiado:** Habiendo acopiado la información, procedimos a obtener copias simples de ésta a fin de facilitar el desarrollo de la investigación; señalando que el instrumento empleado las fotocopadoras.

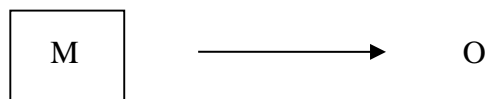
**Entrevistas:** Se recurrió a esta técnica para obtener información privilegiada proporcionada por especialistas directamente inmiscuidos en la investigación, obteniendo sus posturas en relación al problema formulado, específicamente por Jueces Penales, Fiscales Penales y Abogados Penalistas, a fin de conocer su posición respecto a los criterios que se considerarían como causas que eximen responsabilidad penal en el delito de violación sexual tratándose de adolescentes mayores de trece y menores de catorce años con agente entre dieciocho y veintiún años de edad.

**Fichaje:** Con este instrumento se nos permitió recabar información a fin de obtener datos que posteriormente fueron consignados en las fichas de registro y fichas bibliográficas.

## 5. PROCEDIMIENTO

### a. Diseño de investigación:

En la investigación se empleó el diseño de investigación de descripción simple, considerando para ello describir cualidades, propiedades y características de nuestra realidad jurídica advertida; su representación gráfica es:



Dónde:

**M** = Delito de violación sexual respecto adolescentes mayores de trece y menores de catorce años de edad.    **O** = Causas eximentes de responsabilidad penal.

**b. Procedimiento de Recolección de Información.**

**Primer Paso:** Identificada la realidad problemática y establecido los objetivos de la investigación se continuó con la ubicación y búsqueda de la información confiable, pertinente y relevante en la biblioteca virtual de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo la misma que luego de ser procesada y analizada se presenta en el marco teórico.

**Segundo Paso:** Con ayuda de los Métodos y las Técnicas identificadas de acorde con la investigación se continuó con la aplicación de sus respectivos instrumentos, identificados y elaborados con anticipación, procediéndose a obtener de los profesionales especialistas la información que se presenta en el Análisis de Resultados.

**Tercer Paso:** De la Fiscalía Provincial Mixta de Santa se procedió a recabar carpetas fiscales relacionadas con el objeto de investigación; del mismo modo, se recabó información relevante de especialistas y demás personas implicadas, en el Distrito Judicial de La Libertad y del Distrito Judicial de Santa, de manera virtual dejando evidencia de ello.

**Cuarto Paso:** Habiendo recabado y procesado la información y documentación directamente relacionada con la problemática planteada y las metas fijadas en nuestros objetivos, procedimos a elaborar la Tesis, siendo su resultado el producto final que será objeto de sustentación y defensa.

## **6. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS**

La investigación, comprende siete capítulos, de acuerdo con la siguiente estructura:

**Capítulo I:** “EL PROBLEMA”, conteniendo la realidad problemática objeto de investigación, formulación del problema, hipótesis, variables, objetivos y justificación.

**Capítulo II:** “METODOLOGÍA”, precisando el tipo de investigación, operacionalización de variable; materiales y métodos, población y muestra, unidad de análisis, métodos, técnicas e instrumentos y procedimientos desarrollados en la recolección de información relevante, pertinente y confiable.

**Capítulo III:** “MARCO TEÓRICO”, comprendiendo: Delitos contra la

Libertad Sexual, El Delito de Violación Sexual de Menores, La Indemnidad Sexual, La Sexualidad en la Adolescencia, La Víctima en el Proceso Penal Peruano, La Pena y los Principios a considerar en su determinación y El Delito de Violación Sexual en la Legislación Comparada

**Capítulo IV:** “ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS”, en el que se analizan la Casación 335-2015 Del Santa, la Carpeta Fiscal 935-2015 y las Entrevistas aplicadas.

**Capítulo V:** “DISCUSION DE RESULTADOS”, considerando los objetivos propuestos.

**Capítulo VI:** “CONCLUSIONES”.

**Capítulo VII:** “RECOMENDACIONES”

Referencias Bibliográficas.

**CAPÍTULO III**  
**MARCO TEÓRICO**

**TÍTULO I**  
**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

## **1.1. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

### **1.1.1. Aspectos preliminares.**

En nuestro ordenamiento jurídico nacional los delitos contra la libertad sexual están regulados en la Parte Especial del Código Penal de 1991 aprobado a través del Decreto Legislativo N° 635, específicamente en su Capítulo IX del Título IV comprendiendo sus disposiciones desde el artículo 170 al 178.

### **1.1.2. Antecedentes legislativos en el ordenamiento jurídico nacional.**

Para conocer los primeros antecedentes legislativos de los delitos contra la libertad sexual debemos remontarnos al año 1863 en que se aprobó nuestro primer Código Penal del Perú republicano, que los reguló en el Título 2 de su Sección Octava, bajo la denominación de “De los delitos contra la honestidad, la regulación de la violencia y del estupro”.

Mucho años después el Código Penal de 1924 reguló lo que hoy se conoce como delitos contra la libertad sexual en su Sección Tercera con la denominación de: Delitos contra la libertad y el honor sexual (violación, actos contrarios al pudor y seducción). Por el bien jurídicamente protegido de la libertad sexual se hacía referencia a una



cualidad innata a la libertad individual de toda persona por la que se encontraba en la potestad de disponer de su cuerpo en relaciones de contenido sexual dentro de jurídicamente regulado por la ley; por su parte el honor sexual era comprendido como el respeto y estimación que cada persona tenía a su dignidad, conocido como honor subjetivo, y también como la buena reputación que la misma persona mantenía en sociedad frente a los demás, conocido también como honor objetivo.

Siguiendo el mismo sentido; se afirma que en nuestros códigos sustantivos penales hasta el de 1924 el “honor sexual” representaba el bien jurídicamente tutelado y éste contaba con un contenido moralizante muy apartado de lo que postulaba el Derecho penal de corte liberal que reconoce la facultad a las personas de conducir o encaminar su propia vida, sus emociones y deseos conforme a sus propias perspectivas no aceptándose la intromisión del Estado en dicha esfera de libertad. (Peña Cabrera, 2013, p. 455)

Con el transcurrir del tiempo luego nos encontramos con la regulación en nuestro vigente Código Penal de 1991 aprobado con el Decreto Legislativo N° 635, que considera a los delitos de violación de la libertad sexual dentro de los Delitos contra la libertad diferenciándose de su antecesor que protegía el honor sexual por proteger a la libertad sexual.

La regulación antes señalada se ajusta a las actuales tendencias que se advierte en la doctrina al denominar “violación de la libertad sexual”, precisándose que lo que garantiza y por ende cautela es la “libertad sexual” (Bramont Arias; García, 2013, p. 235)

### **1.1.3. Los delitos contra la libertad sexual regulados en el vigente Código Penal de 1991.**

Con el Código Penal de 1991 la denominación del delito varía y pasa a regularse como “Delitos contra la Libertad Sexual”, prevaleciendo la facultad para auto determinarse sexualmente y por consiguiente de repelar o rehusarse al entrometimiento en dicha esfera cuando no exista asentimiento, autorización o permiso. (Peña Cabrera, 2013, p. 456)

Al referirnos a la libertad sexual es de contextualizarla desde dos puntos de vista que se complementan entre sí, uno positivo y otro negativo; el primero hace referencia a la libre disponibilidad con la que como personas contamos respecto a nuestra capacidad sexual sea en el ámbito personal, particular como también en relación con otras personas, respecto al segundo debe tenerse en cuenta que está referido a un ámbito defensivo, es decir al derecho de no vernos comprendidos por terceros, sin nuestra autorización, en un ambiente u entorno de

contenido sexual, es decir aquel derecho para realizar y ejercer nuestra sexualidad de manera libre. (Bramont Arias; García, 2013, p. 235)

Como se ha señalado también, los delitos contra la libertad sexual están regulados en la Parte Especial de nuestro vigente Código Penal, comprendiéndolos en el Capítulo IX de su Título IV, siendo éstos: ***Violación sexual***, cuyo tipo básico está tipificado en su artículo 170 que reprime a todo quien “con violencia o amenaza obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo”, protegiéndose la libertad sexual entendida como la capacidad para actuar y desarrollarnos sexualmente, el tipo penal reprime la actividad sexual que se realiza con el atropello de la libertad que poseemos de ahí que se reprime el ejercicio de la amenaza gravosa, la fuerza u violencia perpetrada para lesionar y dañar la libertad o capacidad sexual de las personas incrementando la sanción en caso el ilícito sea “ejecutado a mano armada y por dos o más sujetos” siendo relevante señalar que dentro de ésta conducta se sanciona la agresión que pudiera producirse entre cónyuges, dentro del matrimonio, la agresión que pueden sufrir también las prostitutas; además de encontrarse inmerso dentro de la figura legal el “acto análogo y que hombres y mujeres puedan ser sujetos pasivos o activos” en dicho delito, que entre sus modalidades se advierte lo regulado en el artículo 171 relacionado con la “Violación de persona en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir”,

“La violación de persona en incapacidad de resistir” del artículo 172 en que se protege la indemnidad sexual de quienes padecen de alguna anomalía u desviación psíquica, alteración grave en su conciencia o identificado también como retardo mental castigándose el indebido provecho del estado de la víctima; por otro lado, respecto a la incapacidad de resistir lo cautelado por ley es la libertad sexual reprimiendo justamente que la incapacidad física no priva de la capacidad cognoscente y voluntaria de la víctima, la “La violación sexual de menor de edad” tipificado en el artículo 173 y en el artículo 174 la “Violación de persona bajo autoridad o vigilancia”; *Seducción*, tipificado en el artículo 175 a través del cual se reprime y sanciona el engaño por realizar acto sexual con sujeto pasivo entre catorce a menores de dieciocho 18 años de edad, cautelando en la persona joven su libertad sexual y asegurando por ende su libre progreso y desenvolvimiento sexual dada su falta de experiencia e incompleta evolución y logro de su aptitud en su voluntad, le impide protegerse de agresiones y afectaciones a su libertad sexual. Por cierto la seducción también exige de la intencionalidad, de la conducta dolosa; es decir de la voluntad del agente de perpetrar el acto sexual utilizando para ello el engaño, con conocimiento pleno que la víctima tiene entre catorce a dieciocho años de edad y, finalmente *Actos contra el pudor* reprimiendo penalmente toda conducta que sin configurar el delito de violación sexual realiza sobre otra persona o la obliga sobre ella misma

o tercero actos conocidos como indebidos tocamientos en las partes de su cuerpo conocidas como partes íntimas o actos conocidos también como libidinosos que social y penalmente resultan contra el pudor, tal comportamiento se encuentra regulado en el artículo 176 en su tipo básico, en tanto el artículo 176-A tipifica Actos contra el pudor en menores de edad. Del mismo modo es de indicar que por tales delitos contra la libertad sexual, también se ha previsto Formas agravadas; responsabilidad civil especial y tratamiento terapéutico conforme los artículos 177, 178 y 178-A del mismo código sustantivo; respectivamente.

#### **1.1.4. Titularidad de la acción penal en los delitos contra la libertad sexual.**

Respecto a la titularidad de la acción penal en los delitos contra la libertad sexual, es de tener presente lo dispuesto en nuestra Constitución Política:

*Artículo 159 Atribuciones del Ministerio Público*

*Corresponde al Ministerio Público:*

*(...)*

*5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte*

De otro lado es de precisar que conforme la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobado con el Decreto Legislativo N° 52:

*Artículo 11 Titularidad de la acción penal del Ministerio Público*

*El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o (...).*

De otro lado es de precisar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 2° del Código de Procedimientos Penales: “la acción penal es pública o privada. La primera se ejercita por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada, o por acción popular en los casos autorizados por la ley. La segunda directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial por querrela, que este código establece”.

**1.1.5. Ejercicio de la acción penal.**

Al respecto; en relación al ejercicio de la acción penal debemos de precisar que dicho ejercicio es de naturaleza pública, así lo prevé nuestro vigente Código Penal, siendo además relevante y necesario que

los agraviados en los delitos contra la libertad sexual denuncien la agresión para el ejercicio de la acción penal.

Por su parte, para el jurista César San Martín éstos ilícitos cuyo seguimiento es a denuncia de parte de los agraviados, afectan relaciones jurídicas muy internas; extremadamente subjetivas propias a la persona como ser humano por las que corresponde el ejercicio de la acción penal solo y solamente cuando quién se considere dañado lo conciba como ultrajante, ofensiva y que le cause daños.

## **TÍTULO II**

### **EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES**

#### **2.1 EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES**

##### **2.1.1 Aspectos preliminares.**

El Estado busca proteger el grado de inmadurez psicológica de las personas menores de catorce años; pues, los considera que se encuentran incapacitados para vigilar y dominarse razonablemente con respecto a su comportamiento sexual; de ahí que por norma se precisa

la abstención total, el mayor respeto a los menores (precepto conocido también como como “*puero debetur máxima reverentia*”).

Dicha presunción; tiene un fundamento eminentemente jurídico y no tanto de fáctico o empírico, pues es innegable que en algunos situaciones se advierta consentimiento pero será inválido para la ley aun cuando se advierta anuencia, discernimiento en el menor de edad clínica y científicamente acreditada, pues cierto es que la presunción es que el menor se encuentra incapacitado para entender y concebir la esencia y los alcances de implica tener y mantener una acceso carnal, una relación sexual (Peña Cabrera, 2013, p. 511)

De otro lado es de señalar que el ejercicio de la sexualidad que se cautela y protege a los menores de edad reside en el fundamento que su desprotección podría dañar el proceso desarrollo de su personalidad y causar en dichos menores alteraciones significativas, graves que a su vez pueden ocasionar estragos en su vida como incidir también psíquicamente en su futuro sea en su interacción con las demás personas de su entorno en el ámbito emocional y psíquico.

Manzini citado por Peña Cabrera conceptualiza que la protección y prohibición legal establece una obligación absoluta de abstinencia sexual por lo que deviene en improbable el acceso carnal aun cuando medie autorización por parte de la víctima, ésta carecerá de algún



efecto jurídico, por ello la ley presume sin admitir prueba en contrario que los menores no tienen discernimiento para entender lo que implica tener una relación sexual, de ahí como se ha señalado anteriormente la negación al consentimiento que pudiera otorgar la víctima.

Para algunos juristas como Salinas (2008, p. 674) el fundamento agravante cuando el sujeto pasivo cuenta con una edad cronológica menor de catorce años radica en:

“(…) el varón o mujer adolescente, sea por su estructura corporal, o su crecimiento psicológico logrado, resultan más desprotegidos, indefensos y vulnerables para soportar actos de violencia o grave amenaza por parte del agresor que sabe de tales circunstancias y limitaciones, orientando su conducta con la convicción que conseguirá su cometido de satisfacer sus instintos sexuales con facilidad, independientemente sí convive con su víctima o no”.

De otro se afirma que se afirma que la agresión en la integridad sexual de un adolescente le ocasionará un daño mayor en su salud psíquica, anímica o mental que en ciertas oportunidades genera consecuencias que afectan negativamente en su vida venidera de relación.

### **2.1.2 Bien jurídico protegido.**

Como se ha referido anteriormente en el delito de violación sexual de menor de edad el bien tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual del que gozan los menores de catorce años de edad; debiendo de entenderse por ésta al desarrollo normal de su sexualidad, manteniéndola incólume de toda amenaza que pueda afectarla a consecuencia de un acceso carnal o conocido como relación sexual prematura , dada la edad del menor; por tanto mientras la edad vaya en disminución mayores será los perjuicios y por ende las penas también serán incrementadas.

Es de reiterar la precisión qué; en el caso de menores lo que se cautela es el ejercicio del acceso carnal que afecte el proceso normal del desarrollo y evolución de su personalidad, evitando puedan sufrir de alteraciones relevantes que puedan resultar perjudiciales en su vida futura. (Peña Cabrera, 2013, p.513)

En el ilícito de violación de menor de catorce años de edad el bien protegido por la ley es el libre crecimiento o progreso sexual de la persona menor de edad en conexión con personas mayores. (Bramont Arias; García, 2013, p. 249)

### **2.1.3 Tipo objetivo.**

### **Sujeto activo**

De conformidad a la tipología del delito y considerando que tanto el varón como la mujer cuentan con libertad sexual (indistintamente de la opción sexual) que puede afectarse u lesionarse; de igual modo, un varón o una mujer pueden ser sujetos agentes del citado delito, solo es necesario la configuración de la conducta típica señalada en su tipo básico; ello por cuanto lo que se reprime y sanciona legalmente es el abuso sexual, el provecho u beneficio de la minoría de edad de quién sería la víctima, tal atropello puede originarse de un hombre o también de una mujer. Es de precisar que, si el agente a su vez es de minoría de edad, el ámbito de su sanción estará inmersa dentro de la justicia familiar.

### **Sujeto pasivo**

Como agraviado puede identificarse a un varón o una mujer menor de catorce años; pudiendo también considerársele al menor de catorce años que se encuentre subyugado a prostitución.

### **Acción típica**

La conducta u proceder ilícita es practicar, mantener acceso carnal, realizar acto de contenido sexual u cualquier otro análogo con una persona menor de catorce años de edad.

Para considerar la conducta como típica es de tener muy presente un elemento resaltante como es la edad de la víctima, menor de catorce años de edad, la cual si bien algunos juristas refieren corresponde a nuestra realidad, otros por su parte señalan que corresponde a un criterio jurídico.

El artículo 173 del Código Penal refiere el acceso carnal u acto análogo, debiendo de precisarse que para configurar el ilícito la norma requiere también de un hecho u acción parecida. Asimismo, por “acto análogo” se comprende los actos contra natura (*coitus per anum*).

Resulta pertinente precisar que conforme a nuestra legislación también se consideran como acciones típicas, no solo el acceso carnal, las agresiones sexuales producidas cuando se introducen objetos en la vagina y el ano; de ahí que la desfloración del himen además de la penetración con el miembro viril, también puede ser ocasionada por el empleo de otros objetos. Tales prácticas en menores de edad, que carecen de experiencia y además que no han alcanzado su desarrollo corporal, puede sufrir consecuencias muy graves como desgarraduras en algunos órganos de su cuerpo en desarrollo y formación como en su

campo emocional. De advertirse consecuencias evidentes en su integridad fisiológica o física estaríamos frente a un concurso ideal de delitos con lesiones de ser ocasionadas al menos con dolo eventual. (Peña Cabrera, 2013, p. 516)

La normativa no distingue entre los medios empleados por el sujeto activo para materialización del delito, sea amenaza, engaño o violencia; por el contrario, exige que el agente oriente su accionar para lograr el “acceso carnal sexual” sea de su miembro viril a las cavidades vaginal, anal y bucal o también introduciendo partes de su cuerpo u otros objetos que sustituyan a su miembro viril en la vagina o ano.

De conformidad a la tipología del delito, la autorización u consentimiento del menor carece de atención u reflexión, pues legalmente no es válida; de igual modo, será relevante si dicho menor ejercer la prostitución o carezca de virginidad.

Lo relevante en relación a la represión legal con el delito versa en cuanto al tema de los límites de edad del menor; es de entender, hasta qué edad el ordenamiento jurídico debe cautelar el crecimiento u desenvolvimiento sexual del citado menor de edad.

Nuestra legislación, al igual que la pluralidad de la legislación comparada, considera establecer y precisar la edad de quién será considerado víctima, evitando con ello toda posibilidad que el juzgador de acuerdo a su propia apreciación determine la capacidad de la persona agredida u ultrajada. (Bramont Arias; García, 2013, p. 250)

#### **2.1.4 Tipo subjetivo.**

Respecto al tipo subjetivo en el delito en análisis, lo constituye el actuar consiente y voluntario del agente por realizar la conducta considerada como típica; esto es, que en su ámbito cognitivo exista voluntad, intención, dolo para concretar el acceso carnal a un menor de edad, siendo que dicho conocimiento a su vez esté condicionado al conocimiento de la edad de la persona agraviada, además de conocer que dicha conducta no está permitida, por el contrario reprimida y sancionada por el ordenamiento jurídico.

Es indispensable en el ilícito criminal el dolo de perpetrar el acto sexual, acceso carnal u cualquier otro acto análogo.

#### **2.1.5 Consumación.**

Conforme lo reconocen diversos juristas, el ilícito de violación sexual de menores de edad se consuma con el acceso carnal señaladas en vías contenidas en el tipo básico; esto es, con el ingreso del miembro viril parcial como de otra parte del cuerpo del agresor u objeto sustitutorio de dicho miembro viril. Al respecto es de señalar que la ley no precisa que el miembro viril sea introducido totalmente, menos la fecundación o desfloración; éstos últimos constituirán información objetiva para evidenciar el delito existente entre el comportamiento generador del riesgo y la producción del resultado que es dañino. Existe consumación del delito aun en el supuesto de no lograrse una total penetración del miembro viril por la falta de madurez del órgano sexual de la víctima.

Resulta pertinente señalar que puede considerarse actos en grado de tentativa, en los supuestos que por causas externas al obrar del agresor no logra introducir su miembro viril a la víctima, como en el supuesto que por voluntad propia decide no hacerlo.

Por su parte los autores Bramont Arias y García refieren que el delito se tendrá por realizado, perpetrado u cometido con la total o parcial introducción del miembro viril en la vagina o también en el ano del menor de edad, admitiendo el tipo penal la figura legal de la tentativa. (2013, p. 251)

### **2.1.6 Acción penal y Pena.**

Siendo que cualquiera puede delatar, acusar o revelar la conducta reprochada penalmente, existe un uniforme e indiscutible criterio que la acción penal es de naturaleza pública.

Respecto a la pena ésta variará de acuerdo a la edad del menor violentado u agredido; así respecto al artículo 173 del Código Penal: *“El que tiene acceso carnal por ..., con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua”*.

La cadena perpetua es entendida como aquella pena privativa de libertad indeterminada, denota su cumplimiento de por vida y evidencia su contravención al fin resocializador de la pena al excluir al sentenciado del mundo social; representa la máxima limitación del derecho constitucional de la libertad de la persona humana.



### **TÍTULO III**

#### **LA INDEMNIDAD SEXUAL**

#### **3.1 LA INDEMNIDAD SEXUAL**

##### **3.1.1 Generalidades.**

Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/CJciento dieciséis, ha señalado que *“debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; habiéndose establecido que los adolescentes de catorce años de edad sí tienen esa capacidad para*

*autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años”.*

La “indemnidad sexual” o preservación de la sexualidad de quién no está en condiciones de decidir sobre lo relacionado a su actividad sexual (y que como se ha señalado es atribuida a los menores de catorce años de edad) se distingue de la “libertad sexual” que corresponde a los adolescentes y mayores de los catorce años, siendo que a éstos últimos se les reconoce capacidad jurídica para de manera libre decidir sobre lo relacionado a su sexualidad.

### **3.1.2 Definición.**

Previo a la definición indemnidad sexual, es de señalar que la sexualidad, indiscutiblemente comprende un ámbito o categoría de las más íntimas e interrelacionadas con la propia realización de toda persona; al precisarse la protección legal de la “libertad sexual” no solo se reconoce a la sexualidad como supuesto indispensable de su autorrealización personal, sino que también

implicó desenlazar a la mujer de estereotipos que la relacionaban con una honra y decencia sexual. (Peña Cabrera, 2013, p. 456)

Al volver a definir que la “libertad sexual” pasaba a constituir el objeto de protección legal, resultó imprescindible no sólo la despenalización de ciertas conductas consideradas como delitos sino también la redefinición de ciertos elementos normativos; así, para cuando el agraviado sea un “menor de edad o un incapaz” la libertad sexual no constituirá el objeto de protección, por cuanto no se encuentran capaces sexualmente de auto determinarse.

Para el caso de “menores de edad”, constituye objeto de protección jurídica penal su “indemnidad o intangibilidad sexual”, que denota la manutención incólume del normal desarrollo de su sexualidad, procurándola ajena de toda intromisión de terceros. (Peña Cabrera, 2013, p. 457)

Al respecto es de concebirse a la “libertad sexual” como una moneda, de un frente como el derecho de las personas que cuentan con la mayoría de edad a su libre auto determinación de contenido sexual y por el otro como aquel derecho a la indemnidad e intangibilidad para quienes son menores de edad e incapaces.

### **3.1.3 La indemnidad sexual, como bien jurídico.**

Habiendo precisado que la autodeterminación o libertad sexual no representa el bien jurídico protegido en los menores de edad o de aquellos que son incapaces, en las conductas tipificadas como delitos sexuales, al carecer éstos de tal aptitud, potestad u atribución es de reiterar que lo cautelado y protegido por ley es la denominada intangibilidad o indemnidad sexual, que como refiere el jurista Salinas dichas instituciones se originaron en la doctrina italiana que luego entre la década de los setenta y ochenta fueron adaptadas en la doctrina española que es de donde los hemos adoptado. (2008, p.625)

Del mismo modo; el citado autor citando a Bramont Arias Torres y García Cantizano refiere que existen conductas comprendidas en los ilícitos sexuales en que es imposible sostener que lo cautelado y protegido sea la libertad sexual, por cuanto el sujeto pasivo no cuenta con ella aun cuando cierta o verdaderamente contara con ella, resulta insignificante al legislador penal como se advierte en los artículos 172, 173 y 176-A de nuestro Código Penal en los que se desconoce la libertad sexual de la víctima u sujeto pasivo; en los que por el contrario, se custodia el desarrollo

o crecimiento tanto psíquico como físico normal de toda persona que luego en un tiempo venidero ejercerá su libertad sexual.

Por su parte Caro Coria, citado por Salinas, refiere que basados en fundamentos de criminalistas españoles se asegura y asevera que en los delitos citados en el párrafo anterior, lo cautelado en modo alguno es una inexistente facultad de disponer o abstenerse sexualmente, sino por el contrario lo denominado como “intangibilidad” o conocido como “indemnidad sexual”; de otro lado precisa que lo reprime y castiga es el acto sexual en sí mismo, aun con autorización o consentimiento del sujeto activo, recalcando que lo cautelado son las condiciones psíquicas y físicas para el ejercicio sexual a plenitud, en “libertad”, que bien podría ser logrado o conseguido por la persona menor de edad, recobrar quién podría estar restringido por alguna eventualidad de falta de capacidad transitoria o también en aquellos casos en los que jamás la obtendrá como los retardados mentales; por ello de querer la normatividad perseverar a dichas personas a la otra orilla de toda injerencia de contenido sexual que sea inconcebible jurídicamente, no se guarda la libertad desde un punto de vista abstracto, sino por el contrario las situaciones o condiciones desde un ámbito material de intangibilidad o indemnidad sexual.

Estando a lo precisado concluimos que en los artículos 172, 173 y 176-A del Código Penal, el bien que se cautela jurídicamente es la intangibilidad o indemnidad sexual, velando el ordenamiento jurídico por la protección de la sexualidad de aquellos que, por sí solos es imposible que la puedan defender al carecer de la facultad e idoneidad suficiente para estimar u valorar realmente un acto sexual.

La intangibilidad sexual está vinculada íntimamente con la urgencia de cautelar y asegurar el crecimiento normal o desarrollo en el aspecto sexual de aquellas personas que aún no han podido alcanzar el nivel de madurez necesaria; por ello, como en los supuestos de menores de edad, de quienes adolecen de alguna desviación psíquica o carezcan de facultad plena de actuar con conciencia respecto a todo lo relacionado con el acto sexual.

Asimismo, para Muñoz Conde citado por Salinas refiere:

*“(...) el amparo o resguardo de los menores de edad, así como de los incapaces tiene como finalidad evitarlos de sufrir de algunas influencias que eventualmente pueden repercutir negativamente en su crecimiento o evolución de su personalidad; así en los menores para que cuando sean mayores u adultos estén aptos para deliberar o dictaminar*

*libremente en relación a su conducir sexual y en los incapaces prevenir que puedan ser usados u aprovechados por terceros que atropellen o se excedan de su situación con la finalidad de ver satisfechos su libido sexual”. (2008, p. 626)*

Si bien; en líneas generales, las regulaciones de los delitos sexuales se encuadran dentro de los principios o direcciones de un Estado Social y Democrático de Derecho que postula en nuestro ordenamiento jurídico constituido por la Constitución Política del Estado y la doctrina relacionada con los Derechos Humanos, aún se puede apreciar que la influencia política mantiene utilizando al conjunto de normas penales para satisfacer u agrandar a la opinión pública, incrementando las sanciones de aquellas prácticas u actividades que producen mayor vulnerabilidad social, de tal manera que la normativa penal sigue desarrollando una tarea muy simbólica, de ahí que se recurre a dicha normativa para concebir una aparente protección que no necesariamente corresponde a la realidad, dicha inclinación en doctrina es conocida como la “huida al Derecho penal”, por el legislador penal; quien aparentemente con interés satisface la exigencia social de una mayor y mejor custodia tipificando novísimas conductas penales e incrementando las penas; en suma ejerciendo un Derecho Penal con mucha mayor represión,

atropellando en algunos casos principios y garantías de base constitucional como la proporcionalidad misma de las sanciones o la intervención mínima que debe tener la ley penal; es en ese sentido que a través de la presente investigación se presenta sobre el tapete la exención de la responsabilidad penal por mantener una relación sexual o acto sexual con una adolescente, si bien menor de edad, mayor de trece años y menor de catorce años de edad con un agente que es su pareja sentimental de entre dieciocho y veintiún años de edad, postulando como fundamentos la existencia de una relación sentimental libremente consentida, equilibrada, tolerada socialmente con acceso carnal; con ausencia de aprovechamiento indebido de situación como de afectación emocional a consecuencia de lo ocurrido, de estresor sexual (situaciones desencadenantes del estrés) y de desviaciones sexuales del agente; a tales desviaciones también se les conoce como parafilias que vienen a ser “una serie de comportamientos sexuales que se caracterizan por la excitación del sujeto ante objetos y situaciones que no forman parte de los patrones sexuales normales”.



## **TÍTULO IV**

### **LA SEXUALIDAD EN LA ADOLESCENCIA**

#### **4.1 LA SEXUALIDAD EN LA ADOLESCENCIA**

##### **4.1.1 Aspectos preliminares.**

De conformidad con el Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado con Ley N° 27337 por adolescente se define al ser humano desde los doce hasta los dieciocho años de edad.

De otro lado al referirnos a la sexualidad, hacemos referencia al grupo de cualidades anatómicas y fisiológicas que corresponden para cada sexo; como también al grupo de conductas orientadas a buscar satisfacción de índole sexual o para reproducirse.

En adolescentes, respecto a su sexualidad es de entender a su evolución y crecimiento mental y físico a través del cual va ganando características de contenido sexual secundario (que en lo absoluto está relacionado con sus órganos reproductores) y va también madurando y evolucionando su pensamiento, pero que de igual modo aviva una conducta sexual que lo va transformando en un ser sexual. El tema de la sexualidad no sólo debe de relacionarse con aspectos vinculados con la reproducción, sino también con la presencia de anhelos, antojos, sentimientos, ganas, ilusiones e imaginaciones sexuales entendida también como identidad de la persona que le permitirá identificarse y comportarse sexualmente.

#### **4.1.2 Periodos del desarrollo de su sexualidad.**

Del mismo modo como el crecimiento tanto físico como en el ámbito mental se va forjando de modo gradual atravesando por diferentes periodos antes de finalizar, la sexualidad también precisa de etapas para completarse siendo que las variaciones que se producen pueden centrarse en la adolescencia u pubertad, siendo que los cambios físicos como mentales inciden por demás en su crecimiento sexual, así como en su identidad sexual.

Dentro de las etapas del desarrollo o crecimiento de la sexualidad podemos precisar las siguientes:

**Adolescencia temprana** (*comprendida entre los once a trece años de edad*), en este periodo se aprecia en el adolescente alteraciones físicas con una rapidez que aún dista del conocido apetito sexual que experimenta la persona, presentándose como un estado o periodo de auto reconocimiento o indagación acompañada frecuentemente con prácticas de onanismo (masturbación), a consecuencia de su crecimiento psíquico y físico que prueba, siente y percibe (como la visión de primeros estímulos sexuales), como de reconocimiento o exploración de tener una conexión, enlace o relación con personas de sexo diferente.

**Adolescencia media** (*comprendida entre los catorce hasta los diecisiete años de edad*); en esta etapa el adolescente se encuentra prácticamente desarrollado, aprecia que sus genitales están preparados para la procreación y su apetito sexual se acrecienta y amplía.

En este periodo de desarrollo de la sexualidad, la persona experimenta una percepción de inmunidad y resistencia que lo impulsa a conducirse y proceder de manera ególatra, iniciando en la búsqueda de mantener una unión o relación de manera continua y permanente con personas

de su sexo contrario llegando en algunos casos a experimentar sus primeros contactos o relaciones sexuales

La actitud ególatra o narcisista que presenta el adolescente no solo lo diferencia en esta etapa, sino también por su iniciativa e incitación sexual, atreviéndose a poner en práctica su aptitud de seducir y llamar la atención de personas de sexo diferente; asimismo, se advierte que en esta etapa se presentan en mayor esplendor y plenitud sus ilusiones e imaginaciones románticas. Las relaciones de contenido social fuera del ambiente familiar, como con las amistades, presentan de una manera muy predominante de ahí que se afirme que los adolescentes comparan y hasta anteponen las virtudes y la enseñanza de contenido sexual obtenida de sus progenitores con las advertidas de sus amistades con lo que puede generarse que se encuentre expuesto a ciertos peligros que aunados a que el adolescente no ha culminado con el crecimiento de su juicio, pensamiento u entendimiento siendo éste impreciso o incorrecto y que en ciertas situaciones le representa reflexionar en sus resultados, muy al margen de no alcanzado el grado de maduración o crecimiento de un juicio adulto

**Adolescencia tardía** (*comprendida entre los diecisiete hasta los veintiún años de edad*); en esta etapa se advierte que el adolescente a crecido psíquica y físicamente, es consciente de los resultados de los

actos que realizará, haciendo que busque y sostenga relaciones u uniones sexuales seguras y maduras no solo como consecuencia de un instinto sexual sino por el contrario actúa como adulto en sus relaciones sociales inicia la búsqueda de valores como la correspondencia de parte de su pareja.

#### **4.1.3 El significado de una buena educación sexual.**

La adolescencia y el desarrollo sexual representa un proceso con diferentes fases en permanente transformación en el ímpetu y deseo sexual somete o sobre sale en relación a la razón, que aún no se encuentra desarrollada, de ahí la importancia de contar con una verdadera educación sexual, que no debe de agotarse en que el adolescente venza sin limitaciones sus fases de desarrollo psíquico y físico, sino por el contrario lo ayude a mantener una conducta sexual para cuando llegue a ser adulto.

Como medidas preventivas para hacer frente a los riesgos a que todo adolescente está propenso o sujeto, se consideran:

#### **Desarrollo de destrezas sociales y de auto dominio**

Los estímulos e incitaciones sexuales someten o sobresale a lo racional en el periodo de la adolescencia más aún al inicio de la etapa de adolescencia media en que ha completado el desarrollo de sus órganos sexuales más aun no el raciocinio de un adulto, de ahí que el tema

educacional debe de brindar entendimiento e inteligencia para poder alcanzar comportamientos u procederes sexuales acertados.

### **La sexualidad se adentra en la intimidad**

Siendo innegable que el contacto sexual es innato a la intimidad de toda persona, es innecesario compartir pormenores al respecto, al menos quiera hacerlo, no debiendo de ejercer presión al adolescente.

### **Informar**

Resulta de mucha importancia el de proveer al adolescente de noticias, datos u referencias confiables, pertinentes y relevantes respecto a la exposición u peligros que acarrear las relaciones sexuales inobservando protección como enfermedades de transmisión sexual (ETS) o embarazos no deseados.

## TÍTULO V

### LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

#### 5.1 LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

##### 5.1.1 Generalidades.

Conforme lo señalado por Machuca, Carlos (2004) “*es interesante resaltar que la nueva norma procesal le da un adecuado lugar a la víctima dentro del proceso*”, ello en atención a la inmediata e inevitable relación que teníamos cuando evocábamos al proceso penal relacionándolo con el procesado, actor sobre el cual giraba el proceso penal en todo su desarrollo, desplazando e incluso excluyendo del escenario a la víctima, aquel que sufre las consecuencias de la conducta ilícita de manera directa.

##### 5.1.2 Definiciones. El

###### **Agraviado**

Dentro de la esfera del ámbito penal se considera como “ofendido” a la sociedad y a la víctima, sea ésta última persona natural o jurídica que ven afectados y puesto en peligro sus preceptos, intereses y derechos.

Respecto al agraviado citando nuevamente a Machuca, Carlos (2004) refiere “*son muchos más, en cambio, los que se atribuyen la condición de víctima. Unos y otros buscan, en todo caso, el castigo del culpable -autor del delito-, y también pretenden la tutela social y el resarcimiento del daño que han sufrido*”.

Al respecto; dependiendo de la conducta reprochada y sancionada penalmente se identificará al ofendido y a la víctima, de hecho; del análisis de cada tipo penal éstos pueden ser identificados e individualizados, concurriendo en éstos como común denominador sancionar y castigar al culpable del daño, del menoscabo que ocasiona contra el bien jurídico protegido, por su malicia para obtener, de otra persona, una determinada ventaja, por ejemplo.

En un inicio, la persecución penal representaba un acontecimiento libre que con el transcurrir del tiempo ha culminado siendo un suceso regulado en el Estado moderno; en ese sentido el citado autor afirma “*este desarrollo de la persecución es también, hasta cierto punto, la historia del hipotético contrato social, mediante el cual los individuos, designan por propia voluntad un ente superior, que se hará*



*cargo de la tutela de todos ellos”*; de ello se infiere, que el ius puniendi del Estado, desplazó a la sociedad e incluso a la víctima en la persecución penal, ejerciendo dicho Estado la persecución y sanción de las conductas que el ordenamiento jurídico las considera reprochables penalmente, tal persecución es advertida al atribuirse la calidad de titular de la acción penal y al conferir al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal.

### **La Victimología**

Referirnos a la Victimología es evocar, científicamente, al estudio de la víctima de un delito; al respecto Bovino, Alberto (1998) sostiene *“la Victimología es una disciplina empírica, de corte sociológico, cuyo objeto de estudio se centra en la víctima del delito. Por este motivo, la Victimología intenta explicar las causas de la victimización, las relaciones entre autor y víctima, y, también, las relaciones entre víctima y justicia penal”*.

Lo señalado nos conlleva necesariamente a reflexionar sobre la existencia de la víctima de un delito, puesto que no existe delito sin víctima, de ahí el intento sociológico de no solo identificar las causas que conllevan a la victimización, sino también establecer las innegables vinculaciones que tiene con su

victimario y con la justicia en el ámbito penal con la finalidad de servir como instrumento de análisis para proponer alternativas de solución; así, el citado autor prosigue afirmando *“la victimología, entonces, podría ser considerada la contracara de las disciplinas criminológicas que centran su atención sobre el individuo infractor. Si bien es cierto que las conclusiones de la victimología sirven como presupuesto para diseñar una política criminal que atienda los intereses de la víctima, no debemos olvidar que una política criminal orientada a la víctima no es victimología”*; superando todo estudio que por mucho tiempo se focalizaba exclusivamente en el imputado, en el infractor de la ley como eje central de las políticas criminales que orientan el rol del estado en asegurar la paz social, dando paso a revalorar la actuación de la víctima, lo que en modo alguna como bien lo ha señalado el jurista implica la elaboración de políticas criminales a la víctima, puesto que éstas siempre estarán direccionadas a quién infringe el ordenamiento jurídico legal, de ahí la denominación de política criminal.

### **5.1.3 El Agraviado en el Proceso Penal Peruano.**

#### **Generalidades**

De conformidad a la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada con el Decreto Legislativo N° 052 específicamente en su artículo 11 prescribe que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y la ejercita de oficio o a instancia de parte o por acción popular. Deduciendo que el perjudicado denunciará directamente los hechos ilícitos, más queda sometido a la investigación en sí, a excepción de la querrela que tiene la calidad de acción privada.

Sobre el particular el jurista Machuca, Carlos (2004) refiere *“la acción penal se materializa con la formalización de la denuncia penal, en un primer momento, y luego con la acusación escrita. Es, por consiguiente, no sólo el impulso del proceso, sino que está presente a lo largo de su desarrollo. Es al mismo tiempo un derecho subjetivo y un derecho potestativo ejercido por su titular; como derecho subjetivo, la acción estaría encaminada a hacer funcionar la máquina del Estado en búsqueda de tutela jurisdiccional y como derecho potestativo, la acción es dirigida a someter al imputado a un proceso. En los casos de la acción privada, prima la voluntad del titular y es renunciable”*.

Estando a lo antes señalado es de precisar que en nuestro ordenamiento jurídico la víctima o agraviado, en el Proceso Penal Peruano, denuncia el hecho ilícito y a partir de ahí los

hechos denunciados se encuentran inevitablemente sujetos a una investigación realizada por el Ministerio Público, que luego de realizar los trámites y diligencias propias a rol de titular del ejercicio de la acción penal concluirá por hacer de consideración a un juicio lo denunciado en el que también luego de seguir con las etapas y fases que el mismo ordenamiento legal regula culminará con determinarse si constituyó o no delito; quedando una vez más de manifiesto que las víctimas carecen de una mayor injerencia en las actuaciones y decisiones que se realicen sobre la base de los hechos denunciados, ello en consideración a la titularidad de la acción penal que se irroga el Estado, claro está precisando también la excepcionalidad a lo manifestado en relación a aquellos delitos cuyo ejercicio de su acción penal corresponde a su naturaleza de índole privado como la querrela, esto es el derecho subjetivo que la propia ley también le reconoce.

### **El Agraviado en el Código Procesal Penal**

Nuestro vigente Código Procesal Penal, aprobado a través con el Decreto Legislativo N° 957, regula de manera expresa las diligencias de investigación previa que corresponde al Ministerio Público, el juzgamiento que debe realizar el juez distinto al de la investigación preparatoria y dentro del sistema

garantista que prevé refiere también de principios que deben observarse y cumplirse en la directa y frontal defensa de los derechos del imputado.

Sobre el particular Machuca, Carlos (2004) sostiene “*el novísimo ordenamiento procesal penal reconoce un estatus especial al agraviado dentro del proceso. Ello precisamente para evitar la desigualdad de este en el proceso. No basta un proceso rodeado de garantías para el procesado, quien si bien tiene el derecho de que su culpabilidad sea probada, tampoco es factible dejar sin tutela jurisdiccional los derechos del perjudicado con el hecho*”.

En relación a lo antes precisado es de revelar el reconocimiento que se otorga al agraviado en el proceso, al que sufre un daño, un menoscabo directamente producto de la conducta tipificada como ilícita penalmente, pero ésta debe ser tal; es decir que realmente sufra un menoscabo en su derecho patrimonial o no patrimonial, para así materializar el fin del propio proceso penal como es de la paz social en justicia; y es así como debe ser entendido para que partir de ello pueda tipificarse y castigarse las conductas.

## TÍTULO VI

### LA PENA Y LOS PRINCIPIOS A CONSIDERAR EN SU DETERMINACIÓN

#### 6.1 LA PENA

##### 6.1.1 Generalidades respecto a la restricción de derechos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos prescribe que un derecho humano podrá ser restringido solo cuando las injerencias no resulten abusivas o arbitrarias (caso *ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA* de 28.11.12; PÁRR. 273; *FONTEVECCHIA Y D'AMICO C. ARGENTINA* de 29.11.11; PÁRR. 43).

Asimismo; señala que, en todo Estado de Derecho al restringirse un derecho humano, necesariamente debe de observarse los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad; y que, en caso de incumplimiento de alguno de estos presupuestos, la decisión resulta contraria a la Convención.

Del mismo modo, la instancia internacional también ha precisado que toda restricción de derechos humanos necesaria e inevitablemente debe

encontrarse establecida en una ley, la que no debe ser discriminatoria, fundamentarse en posiciones lógicas y razonables orientadas a satisfacer un propósito útil y oportuno para que la considere pertinente y necesaria para cumplir un interés que por cierto debe ser público e imperativo (*caso YATAMA C. NICARAGUA*, 23.06.05, PÁRR. 206).

### **6.1.2 La Última Ratio.**

Al respecto, diferentes juristas sostienen que por la “*última ratio o última razón*” debe entenderse al último fundamento u argumento que resulte posible o definitivo y por tanto deviene en insignificante continuar fundamentando en una misma acepción o interpretación, siendo inmejorable a cualquier otro fundamento en posición contraria.

La expresión de última es característica innegable del Derecho Penal y consiste en la atribución que el ordenamiento o sistema jurídico le otorga para poder intervenir en casos y supuestos concretos, cuando otros y diferentes controles sociales no han podido resolver o superar.

Al respecto señala Carnevali, Raúl (2008) “(...) *el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas*

*de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso”.*

Es justamente como el Estado a través del ejercicio de su Ius Puniendi, por medio del Derecho Penal, interviene para proteger aquellos bienes jurídicos para garantizar la paz social cuando no existe otros controles en la sociedad para su protección y salvaguarda; expresión que también la advertimos con la pena y las funciones que éstas deben de cumplir.

En lo que respecta a la investigación y la intervención del Estado para garantizar y proteger el bien jurídico “*Libertad Sexual*” y “*Indemnidad Sexual*”, la consideramos acertada e incuestionable; pues, resulta en términos generales que no existe otro mecanismo distinto de control social, diferente al Derecho Penal, que pueda garantizar o cautelar su protección; por el contrario dicha intervención debe serlo para cautelar los bienes jurídicos con la condición que no exista otras formas de control menor lesivas; por ello, en el supuesto concreto de las relaciones sexuales de agente entre dieciocho años con una adolescente de entre trece y catorce años de edad cuando exista ciertas situaciones u circunstancia, que son materia de la propuesta, consideramos que no corresponde la intervención del Derecho Penal en su represión y castigo.



Al respecto Villavicencio, Felipe (2015) señala que el Derecho Penal está a la espera que no exista medio de control distinto a éste para cautelar el bien jurídico protegido, de ahí su carácter secundario o subsidiario, con lo que ratifica nuestra posición que el Derecho Penal intervendrá en la medida que la sociedad lo exija y demande, no obstante nuestra investigación hace referencia a la existencia entre el agente y la adolescente que mantienen una relación libre que justamente la sociedad si bien no reprime o reprocha, la tolera.

## **6.2 PRINCIPIOS A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA**

### **6.2.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El Principio de Legalidad, se encuentra regulado en la Constitución Política del Estado señalando:

*Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.*

*Toda persona tiene derecho:*

(...)

*24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

(...)

*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.*

## **6.2.2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **Generalidades.**

El Principio de Proporcionalidad, lo advertimos en el último párrafo del artículo 200 de nuestra Constitución Política del Estado señalando:

### ***Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional.***

*Son garantías constitucionales:*

*(...)*

*Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la **proporcionalidad del acto restrictivo**. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.*

Del mismo modo lo advertimos en el Título Preliminar del Código Penal, que establece:

**Artículo VIII.- Proporcionalidad de las sanciones** *La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.*

(...).

**Alcances.**

Conforme lo ha sostenido diversos juristas, en un Estado de Derecho el principio de proporcionalidad de la pena implica la exigencia, inevitable, a los poderes públicos: *Poder Ejecutivo, Legislativo ( al legislar por ejemplo) y Poder judicial (que por expreso mandato están sometidos a la constitución y la ley)* que debe existir relación entre el hecho tipificado como ilícito y las consecuencias jurídicas que se impongan con respecto de aquél en el ámbito penal más aun cuando dicha sanción esté relacionada privación de la libertad o no, así como la relación con la gravedad del ilícito.

Por el principio de proporcionalidad se garantiza una lógica correspondencia o conformidad entre lo conocido como identidad de lo injusto, lesión o daño al bien jurídico protegido por el ordenamiento legal u gravedad; su culpabilidad y la consecuencia aplicable, sobrentendiéndose exenta de todo exceso. Ello confiere un contrapeso entre la conducta típica sancionada como delito y su pena, la cual debe obedecer a una ponderación establecida por el legislador en una norma legal conocida en la doctrina como proporcionalidad abstracta, en relación con la valoración que

el Juzgador efectúa en cada caso en concreto conocida también como proporcionalidad concreta

### **Test de Proporcionalidad.**

Como referente al Test de proporcionalidad, podemos citar lo sostenido por el Tribunal Constitucional, en:

Sentencia en el Exp. N° 579-2008-PA/TC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., que en su fundamento 25 refiere:

“ ...En relación al procedimiento que debe observarse en aplicación del test de proporcionalidad, toda decisión que incida afectando un derecho fundamental debe necesariamente ser sometida a un juicio de idoneidad o adecuación, a fin de determinar si la afectación o restricción deviene en pertinente, oportuna, conveniente con la finalidad que se pretender cuidar; una vez satisfecho el análisis deberá advertirse si la afectación del citado derecho resulta necesaria y finalmente, una vez superado las exigencias señaladas, valorar la existencia o no de conflicto de principios constitucionales”.

### **6.2.3 EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN DEL REO**

#### **Generalidades.**

El Principio de Resocialización del reo, se encuentra previsto en la Constitución Política del Estado que señala:

***Artículo 139.- Principio de la Administración de Justicia.***

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

(...)

*22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

De igual modo la Convención Americana de Derechos Humanos, señala

***Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal.***

(...)

*6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

**Alcances.**

Conforme el citado mandato constitucional y lo señalado por diversos juristas, a través del Principio de Resocialización del reo se garantiza que las penas tengan como finalidad reeducar, rehabilitar y reincorporar al que es sancionado y penado a la sociedad. Tal disposición no debe circunscribirse al ámbito del régimen

penitenciario; por el contrario, conlleva también una obligación que debe satisfacerse al legislar en materia penal sea cuando se tipifiquen conductas como delitos y las penas o sanciones que se establezcan para dichos delitos, más aun en aquellas que limiten o restrinjan derechos y libertades como la libertad personal individual, pues contando con penas no desocializadoras ayudará a alcanzar el fin resocializador que debe cumplir toda pena.

Para la “reeducción, rehabilitación y reincorporación del penado”, debe existir leyes que permitan y promuevan la resocialización; para ello es necesario que las leyes penales sean compatibles justamente la finalidad preventiva que debe cumplir la pena; de ahí, que debe trabajarse de manera relacionada entre el régimen penitenciario, la política criminal y la actividad legislativa penal y no de una manera disidente o divorciada. Tales disposiciones deben ser ejecutadas en concordancia con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al que el Perú se encuentra adscrito.

Sobre el particular consideramos que ninguna pena en su aplicabilidad debe desconocer su mandato implícito de resocialización (aun cuando se traten de privación de libertad), obrar de manera diferente es contravenir el mandato constitucional que nuestra propia constitución prevé, además del compromiso que como Estado mantenemos ante la

**6.2.4 EL PRINCIPIO CONVENCIONAL DE PROHIBICIÓN DE PENAS (O TRATOS) CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES**

**Generalidades.**

El Principio convencional de Prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanos o degradantes, lo encontramos prescrito en la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando:

***Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal.***

(...)

*2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

El principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes tiene íntima relación con el principio de resocialización, refiriéndose en un extremo a la prohibición de sanciones, de penas al ser ejecutadas sean crueles e inhumanas como por ejemplo deficientes condiciones de salubridad y alimentación a consecuencia del hacinamiento que se pueden observar en los establecimientos penitenciarios que no pueden

ignorarse; o, aquellas sanciones o penas por su contenido o modalidad en su duración resulten materialmente igual de gravosas, de crueles e inhumanas.

## **TÍTULO VII**

### **EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

#### **7.1 EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**



### 7.1.1 Generalidades.

El Código Penal Español fue aprobado a través de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 noviembre de 1995, el mismo que desde su vigencia (a partir del 24 de mayo de 1996) ha sido modificado en diferentes ocasiones a fin de acomodarse a tiempos actuales, siendo la más reciente en el año 2015 que desaparece la distinción entre faltas y delitos, considerando a las faltas como “delitos leves”; incorpora la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la prisión permanente revisable; de otro lado, se endurecen las sanciones por estafa, robo y hurto, entre otros.

El Código Penal Español cuenta con un Título Preliminar y dos Libros, el “**LIBRO I: Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal**” y el “**LIBRO II: Delitos y sus penas**”.

Dentro del **LIBRO II**, se advierte en su **Título VII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales**, que comprende **Capítulo I: De las agresiones sexuales**, comprendiendo desde el artículo 178 al 180; **Capítulo II De los abusos sexuales**, del artículo 181 al 182; **Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años**, considerando los artículos 183, 183 bis, 183 ter y 183 quater;

*Capítulo III: Del acoso sexual*, comprendiendo el artículo 184;  
*Capítulo IV: De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*, del artículo 185 al 186; *Capítulo V: De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores*, comprendiendo del artículo 187 al 190 y el *Capítulo VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*, del artículo 191 al 194.

Al respecto; es de identificar en el citado Código Español la protección de los derechos de libertad e indemnidad sexual; garantizando al individuo con la primera la libertad de decidir voluntariamente y consentir la unión física de contenido sexual, para usar su cuerpo con motivos sexuales de acuerdo a su predisposición que comprende seleccionar a su acompañante en sus relaciones de contenido sexual, siendo concebida también a su capacidad de poder negarse a dichas relaciones o en todo caso a repelerlas de forma activa; en tanto a través de la segunda, el bien protegido corresponde de manera exclusiva a las personas menores o incapaces que aún no alcanzan su desarrollo o madurez para libremente autodeterminarse sexualmente; es decir el derecho a poder desarrollarse sexualmente, exenta de intromisiones e injerencias ajenas.

### **7.1.2 Agresión sexual y Abuso sexual.**

El artículo 178 del Código Penal Español tipifica de manera básica la agresión sexual, *entendida como el atentado contra la libertad sexual con violencia o intimidación*, señalando que será sancionada con una pena de prisión de uno a cinco años; y, en su artículo 179 regula como supuesto especial de agresión sexual a la violación incrementando la sanción del tipo básico con una prisión de seis a doce años, por la gravedad de la conducta ilícita en el entendido que al violar a una persona su libertad sexual es atentada de manera salvaje. Por su parte, el artículo 180 precisa de circunstancias que podrían incrementar la sanción.

De otro lado; por abuso sexual considera al ilícito constitutivo de delito que sin consentimiento y sin violencia o intimidación se realiza actos que lesionan la libertad o indemnidad sexual de las personas, diferenciándose de la agresión sexual en que se emplea “la violencia o intimidación”; tal definición es advertida en su artículo 181 y en su artículo 182 regula casos especiales de abuso sexual: abuso de menores y violación (de entre dieciséis y dieciocho años de edad).

### **7.1.3 Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años de edad.**

El artículo 183 del Código Penal Español refiere los abusos sexuales y las agresiones sexuales a menores, de modo general; precisa que el abuso sexual de personas menores de dieciséis años de edad será sancionado con prisión de dos a seis años; precisando también de

situaciones que agravarían la sanción como la intimidación o la violencia.

En su artículo 183 bis, regula los delitos de abuso sexual y agresión sexual a menores de dieciséis años, estableciendo la sanción para quien determina a un menor para presenciar o participar de un acto sexual.

Por su parte el artículo 183 ter, regula las sanciones de quienes contacten con el menor de edad para acordar un encuentro y perpetrar un acto ilícito sexual o para engañarle para facilitar material de contenido sexual u pornográfico de un menor de edad.

Asimismo; es de señalar que su artículo 183 quater regula una situación que resulta relevante para nuestra investigación, así refiere:

*“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.*

Al respecto y sin incidir en la edad del menor, resulta relevante resaltar como criterio de exclusión de responsabilidad penal *“la proximidad de la edad y el grado de madurez”* entre el agente y el menor que *“prestó*

*su consentimiento*” en el tipo penal que protege jurídicamente la indemnidad sexual, criterios éstos que son considerados como variables en nuestra investigación y que la sustenta, al proponer de manera excepcional causas para eximir de responsabilidad penal los actos sexuales dentro de una relación sentimental libre de una adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad con agente de dieciocho a veintiún años de edad, acto al amparo de lo tipificado en el Código Penal constituye delito de violación sexual en la modalidad de Violación sexual de menor de edad reprimido con cadena perpetua.

## **7.2 EN EL CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA**

### **7.2.1 Generalidades.**

El Código Penal de Bolivia aprobado con Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997 y sus modificatorias, cuenta con dos libros, el ***LIBRO PRIMERO: PARTE GENERAL*** y ***LIBRO SEGUNDO: PARTE ESPECIAL***.

Dentro del ***LIBRO PRIMERO***, en su ***Título III: LAS PENAS***,  
CAPÍTULO I; CLASES, regula:

**Artículo 25. (LA SANCIÓN).** *La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. (...).*

**Artículo 26. (ENUMERACIÓN).** *Son penas principales:*

1) *Presidio*

2) *Reclusión*

(...)

**Artículo 27. (PRIVATIVAS DE LIBERTAD).** *Son penas privativas de libertad:*

1) **(PRESIDIO).** *El presidio se aplicará a los delitos que revistan mayor gravedad y tendrá duración de uno (1) a treinta (30) años. En los de concurso el máximo no podrá, en ningún caso, exceder de treinta (30) años.*

2) **(RECLUSIÓN).** *La reclusión se aplicará a los delitos de menor gravedad y su duración será de un (1) mes a ocho (8) años.*

(...)

Dentro del **LIBRO SEGUNDO**, en su **Título I: DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO**, CAPÍTULO I; DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EXTERIOR DEL ESTADO, regula:

**Artículo 109. (TRAICIÓN).** *El boliviano que tomare armas contra la patria, se uniere a sus enemigos, les prestare ayuda, o se hallare en complicidad con el enemigo durante el estado*

*de guerra extranjera, será sancionado con treinta (30) años de presidio sin derecho a indulto.*

**Artículo 110. (SOMETIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LA NACIÓN A DOMINIO EXTRANJERO)** *El que realizare los actos previstos en el artículo anterior, tendientes a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad, será sancionado con treinta (30) años de presidio.*

**Artículo 111. (ESPIONAJE)** *El que procurare documentos, objetos o informaciones secretos de orden político o militar relativos a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores, con fines de espionaje en favor de otros países en tiempo de paz, que pongan en peligro la seguridad del Estado, incurrirá en la pena de treinta (30) años de presidio sin derecho a indulto.*

Del mismo modo regula en su **Título XI: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**, CAPÍTULO I; VIOLACIÓN, ESTUPRO Y ABUSO DESHONESTO:

**Artículo 308. (VIOLACIÓN).** *Quien, empleando violencia física o intimidación, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco (5) a quince (15) años.*

*El que, bajo las mismas circunstancias del párrafo anterior, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia de la víctima, o que estuviere incapacitada por cualquier otra causa para resistir, incurrirá en privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años.*

**Artículo 308 Bis. (VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O**

**ADOLESCENTE).** *Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de catorce (14) años. Penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años, sin derecho a indulto, así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento.*

*Quedan exentas de esta sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de doce (12) años, siempre que no*



*exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.*

Sobre el particular es de revelar que en tanto en el Perú, la pena más drástica es la de cadena perpetua, en la legislación boliviana es el *Presidio*, que aun para los delitos más graves como contra la Seguridad del Estado la privación de la libertad no será mayor de treinta años; en tanto para las conductas dentro de las que tipificaría como violación de adolescente, se precisa que no será objeto de sanción las relaciones consensuadas entre mayores de doce años y que exista entre ellos una diferencia mayor de tres años y no haya mediado violencia ni intimidación.

# **CAPÍTULO IV**

## **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

### **ANÁLISIS DE RESOLUCIONES**

#### **1. CASACIÓN N° 335-2015 DEL SANTA**

##### **1.1 Generalidades.**

El dieciocho de agosto de 2016 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Sentencia de Casación N° 335-2015 Del Santa, emitida el primero de junio de dos mil dieciséis por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia estableciendo como doctrina jurisprudencial vinculante, relacionado a un caso de violación sexual con víctima de menor de catorce años de edad, los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto en que se sustenta, al amparo del artículo 433 inciso 3 del Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal prescribe:

*Artículo 433 Contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio*  
(...)

*3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique (...).*

Al respecto es de precisar que la Doctrina jurisprudencial vinculante representa una facultad legal que se confiere a la Corte Suprema para establecer resoluciones de obligatorio cumplimiento y constituye una

proposición de contenido jurídico que se afirma en una sentencia, que está presente en toda decisión de la citada Corte Suprema cuyo sentido vinculante debe ser establecido de manera expresa. De igual modo; es de señalar que, si bien la Doctrina Jurisprudencial vinculante mantiene semejantes efectos que un precedente, se diferencia de éste por la relevancia e importancia que concede a la interpretación que realiza en relación a los que hechos a los que se refiera; deduciendo que la interpretación sobre cuestiones jurídicas tiene mayor importancia que los hechos.

Así; en la Sentencia de Casación N° 355-2015 se dispuso, vía control difuso de la ley, la no aplicación de la pena prevista en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal por resultar compatible con nuestra constitución, luego de realizar el test de proporcionalidad con sus sub principios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, como también la inaplicación de la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo sustantivo; de otro lado, dispuso para la graduación de la pena (ante la inaplicación de la pena para el tipo penal) invocar el artículo 29 del citado cuerpo normativo; y, para la individualización judicial de la pena que sentenció para el autor que se encontraba entre 18 y 21 años de edad criterios como: Ausencia de violencia o amenaza para el acceso carnal, Proximidad de la edad de la

víctima a catorce años de edad, Una afectación psicológica mínima de la víctima y la diferencia etárea entre ésta última y su agresor.

Si bien a través del II Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema se acordó privar el carácter vinculante de la Sentencia Casatoria N° 3352015 Del Santa, consideramos en la presente investigación de necesidad el análisis de los criterios que se adoptó para atenuar la determinación de las penas en el delito de violación sexual de menores de catorce años, precisando que la nuestra es una investigación orientada en el supuesto que la víctima tenga entre trece y catorce años de edad y el sujeto activo entre 18 y 21 años de edad, mantengan una relación sentimental, no haya mediado amenaza o violencia a fin de proponer la causas que le eximan de responsabilidad penal, de manera excepcional ante el cumplimiento de criterios también excepcionales, dada la realidad observada.

## **1.2 Itinerario en Primera Instancia.**

El Ministerio Público a través de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa Del Santa, formuló acusación contra el imputado como autor del delito contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad solicitando una pena privativa de libertad de

treinta años y por reparación civil la suma de dos mil nuevos soles para la agraviada.

El Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa condenó al imputado por el delito y en la modalidad antes señalada a treinta años de pena privativa de libertad, así como al pago de una reparación civil por dos mil nuevos soles a favor de la agraviada, siendo dicha sentencia impugnada por el imputado

### **1.3 Itinerario en Segunda Instancia.**

El Ministerio Público por intermedio de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal Del Santa ante la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa petitionó sea confirmada la sentencia impugnada, en tanto la defensa del impugnante solicitó su revocatoria y consecuente absolución de cargos, conforme a sus argumentos alegados.

Con sentencia de vista se resolvió, medularmente : *i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad del inciso segundo del artículo 173 del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del citado Código; ...; iv) Confirmar la condena al imputado como autor del delito contra la*

*libertad sexual en la modalidad de Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor; v) Modificar la pena impuesta, reformulándola en cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y, vi) Confirmar la reparación civil.*

El Ministerio Público interpuso casación contra la sentencia de segunda instancia, sustentando las causales previstas en los numerales 1) y 3) del artículo 429 del Código Procesal Penal, declarando el Supremo Tribunal como bien concedida la casación sólo por la causal regulada en el numeral 3) del citado artículo; esto es, por supuesta indebida aplicación u errónea interpretación o falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Al respecto; por corresponder a nuestra investigación, es relevante precisar que se advierte como hechos declarados probados que: *la relación sexual fue consentida, sin mediar violencia o amenaza, cuando la agraviada tenía trece años y veinticinco días de edad y el imputado 19 años de edad.* (sombreado, nuestro).

#### **1.4 Itinerario en la Casación.**

Del análisis de la Casación en análisis se advierte haber dejado constancia que fue objeto de casación, dilucidar: *i) La inaplicación de*

*la pena para violación sexual de menor de catorce años, establecida en el numeral 2) del artículo 173 del Código Penal y, ii) La inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del citado Código, que excluye la responsabilidad restringida de los agentes de 18 a 21 años de edad en los ilícitos de violación sexual.*

Resulta pertinente resaltar la posición del representante del titular del ejercicio de la acción penal y ente persecutor, el Ministerio Público, **quién manifestó su conformidad con la aplicación del control difuso para el caso en concreto y la consecuente inaplicación de las citadas normas legales para imponer una pena por debajo del marco legal conforme a la sentencia de vista;** señalando entre otros argumentos: “Que en la relación sexual entre agente de responsabilidad restringida con sujeto pasivo de trece años de edad cercano a adquirir la autodeterminación sexual (catorce años de edad), el consentimiento configuran circunstancias fácticas constitucionalmente sobresalientes que inciden e influyen en el marco sancionatorio, considerándose uno menor al establecido por la Ley, inexistiendo (para el caso en concreto) sustento jurídico para sustentar la imposición de treinta años de pena privativa de libertad al sujeto activo para su resocialización; Que, la sanción dispuesta no supera el juicio de necesidad, considerándose que su resocialización como fin de la pena también podría ser alcanzado con un marco punitivo y sancionador que



restrinja su derecho a la libertad personal de un modo más benigno; Que, treinta años de privación de libertad anula la libertad personal, también considerado como bien jurídico, conjuntamente con el proyecto de vida que tiene el sujeto activo que apenas sobrepasó el límite de edad impuesto por ley penal para ser considerado como imputable; Que, a la relación sexual la agraviada se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual, no advirtiéndose de la pericia psicológica que se le practicó, reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; circunstancias por las que consideraba fundada la disminución prudencial de la pena, con la variante de solicitar incrementar la pena de cinco años impuesta con la sentencia de vista en ocho años de pena privativa de libertad (es decir, incrementándola en tres años más).

Respecto al Control difuso, la Constitución Política del Estado establece:

*Artículo 138. Administración de Justicia. Control difuso*

*(...)*

*En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.*

La disposición antes señalada constituye una atribución que por mandato constitucional se otorga a los jueces con potestad

jurisdiccional para analizar, el contenido constitucional de las normas, debiendo de hacer prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre toda otra norma de menor jerarquía ante cualquier incompatibilidad que pudieran advertir en cada caso en concreto.

### **1.5 Fundamentos jurídicos.**

La Sala Penal Permanente comparte lo señalado por el colegiado que emitió la sentencia de vista al precisar que se advierte una colisión entre el Principio de Legalidad, el Principio de Proporcionalidad, de Resocialización del reo y el Principio Convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanos o degradantes.

Del mismo modo refiere que realizando el test de proporcionalidad al delito de violación sexual en agravio de menores de trece años de edad, tipificado en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, respecto a la **idoneidad** de su tipificación y la imposición de la pena que establecida, concluyendo que es un medio idóneo en la “protección del desarrollo y formación sexual que tiene el menor, pero solo de aquellos menores de 14 años” conocida como *indemnidad sexual* de los menores.

En relación al subprincipio de **necesidad**, de pena privativa de libertad considerando que la menor agraviada contaba con trece años y

veinticinco días de edad, refiere no representar un medio necesario o indispensable para cumplir con la protección efectiva del bien jurídico “*indemnidad sexual*”, al advertir la existencia de otras medidas alternativas, igual de eficaces, como la regulación de penas con menor tiempo de privación de la libertad personal, que bien pueden también lograr el mismo objetivo. Asimismo, es de precisar que el supuesto de que una sanción o pena sea advertida como necesaria, no siempre su aplicación o imposición también puede ser advertida como necesaria.

Del mismo modo deja constancia que no obstante no cumplirse con el subprincipio de necesidad de la pena, no correspondería pronunciamiento sobre la **proporcionalidad** de la pena; pese a ello, refiere que la pena impuesta en primera instancia al imputado (treinta años de pena privativa de la libertad) es excesiva y atenta contra su libertad personal no habiéndose seguido con su ponderación, en tanto la impuesta en segunda instancia la considera adecuada a los hechos.

De otro lado refiere que midiendo en la pena impuesta, los grados de afectación y sus correspondiente nivel de satisfacción es necesario analizar racionalmente sus intensidades en una escala triádica: *grave, medio o leve*, para establecer sí la medida de restricción de derechos resulta de baja o leve intensidad pudiendo lograr una satisfacción de niveles altos o elevados; deduciendo que la ley y la sanción no satisface

el test de proporcionalidad, que si bien se está es una restricción legítima, cierto también es que cuándo la afectación a un derecho fundamental es grave y su nivel de satisfacción que se consigue es medio o leve, la ley no satisface el test de proporcionalidad, por ello la pena (considerando la edad de la víctima agraviada y el consentimiento que prestó) representa una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del agente y su nivel de satisfacción en relación con la protección del bien jurídico protegido es de grado medio, careciendo la pena de su fin preventivo, más aun cuando existe diferentes medidas menos gravosas con las que también se lograría alcanzar los objetivos que por mandato legal y constitucional se debe cumplir.

Asimismo; al efectuar el test de proporcionalidad al impedimento de disminuir la pena a agentes de responsabilidad restringida (de entre dieciocho y veintiún años de edad) conforme lo regulado en el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, el Tribunal refiere que de igual modo no pasa bajo el argumento que para cautelar y garantizar la “indemnidad sexual” es innecesario prohibir la aplicación de dicha atenuante.

Con lo señalado; el Tribunal infiere que, con la pena de treinta años de privación de la libertad impuesta al imputado de diecinueve años de

edad, en la relación sexual sin violencia y cuya diferencia de edad con la menor agraviada no resulta significativa, se afecta a su resocialización dada su drasticidad y la prohibición de beneficios penitenciarios.

Del mismo modo considera aceptable y proporcional, no aplicar la prohibición de la atenuante de la pena conforme el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, considerando válido el “control difuso” por ajustarse al mandato constitucional del artículo 138 de nuestra Constitución, conviniendo en su aprobación.

#### **1.6 Fundamentos establecidos como jurisprudencia vinculante.**

Estando a lo antes señalado, la Sala Penal Permanente estableció como jurisprudencia vinculante los siguientes fundamentos:

**“CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** El “control difuso de la ley” corresponde para cada caso concreto, a fin de determinar si aplicando una norma legal en particular se colisiona a la Constitución Política del Estado; por ello la atenuación de la pena regulada en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, por ser general, debe aplicarse en todo supuesto y no a algunos; de lo contrario se atenta el segundo inciso del artículo 2 de nuestra Constitución que regula el principio y derecho de igualdad, estando legitimado el control difuso advertido en la sentencia de vista, declarándosele legítimo.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO:** Respecto al quantum de la pena para el caso en análisis, conforme el principio de proporcionalidad que en modo alguno es rígido o genérico corresponde efectuar un control de proporcionalidad de dicha atenuación, debiendo de ponderarse: **A. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual** entre el imputado y la agraviada; con consentimiento, sin violencia, amenaza u engaño. Si bien la edad de la agraviada (trece años y veinticinco días), el citado consentimiento resulta irrelevante para desconocer la atipicidad del hecho; tampoco puede argumentarse una agresión violenta al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, por el que correspondía una elevación de la antijuridicidad de la conducta. **B. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años.** La agraviada, de trece años y veinticinco días de edad, había tenido un acceso carnal anterior con el sentenciado, denotando que fue consentido. La cercanía a cumplir catorce años de la menor debe ser considerada al graduar la pena, al lindar con el consentimiento válido del que goza a partir de los catorce años de edad; pues de haber contado con dicha edad habría sido absuelto. **C. Afectación psicológica mínima de la víctima.** Existiendo consentimiento, aún presunto, carecería de sustento deducir que el acceso carnal haya producido daño o perjuicio psicológico irreparable a la agraviada, habiendo quedado acreditado en autos la ausencia de

“indicadores de estresor de tipo sexual”. **D. Diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo.** Representa un factor importante que entre el imputado y la víctima exista una diferencia de 6 años; ello, justifica la ausencia de abuso de una posición de poder para el acceso carnal. Cuanto menos sea esta diferencia, en los delitos sexuales cuando el agente esté dentro de los supuestos de responsabilidad restringida (entre dieciocho y veintiún años de edad) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como atenuante de la sanción. Para el caso en concreto al existir cercanía y proximidad de edades entre el sentenciado y la agraviada, más aún si mantenían una espontánea relación; carece de proporcionalidad agravar la sanción con treinta años de privación de la libertad como lo advertido en sentencia de primera instancia.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO:** Que, si bien por mandato constitucional nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; también es de señalar que por “control difuso” de la pena del segundo inciso del artículo 173 del Código Penal, se debe reconducir a la norma general advertida en el artículo veintinueve del mismo Código en referencia a que la pena privativa de libertad es temporal, con duración de dos días como mínimo y de treinta y cinco años como máximo, siendo en consecuencia razonable acudir a la citada norma general, no solo para garantizar la seguridad jurídica, sino también para

hacer prevalecer los principios constitucionales en que se sustenta un debido proceso”.

#### **1.7 Decisión.**

Estando a lo antes expuesto el Tribunal declaró Infundada la casación interpuesta contra la sentencia de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, disponiendo además No Casar la citada sentencia de vista; estableciendo como doctrina jurisprudencial los citados fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto.



## **2. RECURSO DE NULIDAD N° 2217-2019 JUNIN**

### **2.1 Generalidades.**

El cinco de noviembre de 2020 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ante el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2019 emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín y que dispuso la absolución de la acusación fiscal al acusado como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad; resolvió *“No haber nulidad en la absolución; pues: La inmediata cercanía de edad de la agraviada con los catorce años y al no evidenciarse una real afectación del bien jurídico tutelado por el delito materia de juzgamiento. Mas aun por haberse constituido en una relación convivencial con el acusado hasta la actualidad con el consentimiento*

*de sus padres, no conlleva verificar la vulneración del principio de lesividad y debe actuarse por el interés superior del niño, por lo que resultó adecuado eximirle al imputado de consecuencias penales”.*

## **2.2 Fundamentos del Recursos de Nulidad.**

Para el representante del Ministerio Público, con la sentencia materia de impugnación se realizó una indebida apreciación y valoración probatoria; así entre otros argumentos, señaló que está probado que el acusado mantuvo relaciones sexuales cuando la agraviada tenía trece años de edad y aun cuando hubiere otorgado su consentimiento no es válido para eximirse de responsabilidad.

## **2.3 Imputaciones al acusado.**

Por conocimiento policial se tiene que el 1 de septiembre de 2012 la agraviada con catorce años alumbró un niño en el hospital de Domingo Olovegoya de Huancayo y de las indagaciones posteriores que el acusado era el padre, habiendo sostenido relaciones sexuales con la agraviada cuanto ésta contaba con trece años de edad, como lo reconocieron ambos.

## **2.4 Cuestiones preliminares.**

Como cuestiones preliminares se señaló:

- Si bien los ilícitos contra libertad sexual se cometen clandestinamente y en secreto, sin testigos, y por ello el testimonio de la persona agraviada es considerada como prueba con contenido acusatorio suficiente para debilitar la presunción de inocencia del acusado, requiere de condiciones como la coherencia, solidez, persistencia y ausencia de incredibilidad subjetiva, además de no atentar el derecho a contar con un debido proceso que comprenda una efectiva tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y la debida motivación de las resoluciones, entre otros.
  
- La sentencia para ser válida debe individualizar al autor de la conducta ilícita, precisar el hecho reprochable (con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar de su realización), enmarcado en un determinado supuesto normativo, valorizando las pruebas de descargo y cargo, con una decisión fundamentada en la sana crítica.

## **2.5 Situaciones advertidas en el caso concreto.**

Dentro de las situaciones advertidas en el caso concreto la Sala Penal Permanente advirtió:

- La agraviada en su declaración referencial, ante representante del Ministerio Público, señaló que vivía en su casa conjuntamente con su madre y su menor hijo; que conoció al acusado al ser su enamorado y es padre de su menor hijo con quién sostuvo relaciones sexuales consensuadas en reiteradas oportunidades, desde cuando tenía trece años de edad, manteniendo una relación convivencial con autorización de sus padres y es el acusado quién le brinda apoyo económico.
  
- Qué al alumbramiento, de treinta y nueve semanas de gestación, la agraviada tenía catorce años, habiendo quedado embarazada cuando tenía trece años de edad, siendo que su primer contacto sexual con el acusado cuando tenía trece años, diez meses y veinte días de edad.
  
- Preliminarmente el acusado refirió que la agraviada era su conviviente, aceptó que mantenían relaciones sexuales consentidas, que era padre del bebé, no deviniendo en cuestionable la materialidad de los hechos y que el acusado mantuvo relaciones sexuales cuando la agraviada tenía trece años, diez meses y veinte días de edad en el marco de una libre convivencia en su comunidad y con el asentimiento de sus padres.

- Que, es la “intangibilidad” o “indemnidad sexual” lo que se protege en los delitos de violación sexual de menores de edad con menos de catorce años, sancionando la actividad sexual en sí, aun con consentimiento de la víctima protegiéndose las condiciones psíquicas o físicas para el ejercicio sexual en libertad.
- Si bien es materia de la causa la protección de la intangibilidad sexual de la víctima y no su libertad sexual, tampoco devendría en inapropiada hacer de lado las declaraciones que de manera explicativa brindó la adolescente y su entorno familiar, unida a la situación que mantiene una convivencia con el acusado con el sentimiento de sus progenitores por lo que corresponde evidenciar la existencia real del daño que se le hubiera ocasionado.
- Qué, el acusado manifiesta que la agraviada es su esposa a quién conoce desde los trece años, que conviven y tienen su menor hija, que cuando la conoció le pidió que sea su enamorada; en tanto dicha adolescente señala que siempre que estuvo con el acusado fue con su consentimiento y por ello jamás lo denunció por violación.
- Qué, de las declaraciones testimoniales de la progenitora de la agraviada y los progenitores del acusado coinciden uniformemente que sus hijos mantienen una relación convivencial de manera pacífica y armoniosa

habiendo formado una familia desde su enamoramiento con el consentimiento de ambas familias desde su inicio. Asimismo, resulta incuestionable, conforme el reconocimiento de las partes, que desde el inicio de los hechos ambos forman un hogar convivencial, que conforman una familia y ello debe analizarse para los efectos de una sanción penal a disponerse así como el interés superior del niño que debe prevalecer en su formación, garantizando su desarrollo y subsistencia frente a la imposición de una pena privativa de la libertad que además de afectar al propio acusado también lo haría contra su libre convivencia dentro de los cánones de su comunidad, lo que afectaría la subsistencia de la misma agraviada y su menor hijo al ser el acusado el único soporte económico.

- Desde un aspecto social y familiar que protege y garantiza la familia como célula de la familia debe apreciarse contemplativamente las pruebas ante la efectivización del ius puniendi del Estado que en modo alguno debe ser contrario a la realidad social y a la aplicación automática sin considerar las peculiaridades de cada caso como la inmediata cercanía de edad de la adolescente al cumplir catorce años, no habiéndose acreditado una afectación real al bien jurídico protegido en el ilícito materia de la causa, por lo que no es posible acreditar la afectación real al principio de lesividad, siendo adecuado lo resuelto en la venida en grado que eximió al imputado de las consecuencias penales fusionado al interés superior del niño evitando la escisión de

una familia constituida y formada, sentido y razón de la sociedad cuyo amparo también corresponde dentro de un Estado democrático de derecho.

## **2.6 Decisión.**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró No haber nulidad en la sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín de fecha 11 de junio de 2019, que absolvió al imputado de la acusación fiscal como autor del delito contra la libertad sexual de menor de edad.

### **3. RECURSO DE NULIDAD N° 1474-2019 ANCASH**

#### **3.1 Generalidades.**

El diecisiete de setiembre de 2020 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ante el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fecha 14 de agosto de 2018 emitida por la Sala Mixta Descentralizada – Huari de la Corte Superior de Justicia de Áncash y que dispuso la absolución del acusado por el delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad; resolvió *“Confirmar la sentencia absolutoria; pues: El relato incriminatorio de la agraviada debe estar premunido de los requisitos que establece el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116. Un relato inverosímil no puede sustentar una condena por violación sexual., teniendo en este caso como bien jurídico protegido la libertad sexual y no la indemnidad”*

#### **3.2 Fundamentos del Recursos de Nulidad.**

Para el representante del Ministerio Público, con la sentencia materia de impugnación no se cotejó la declaración de la agraviada con los criterios de sindicación del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116; además que el delito se perpetró un día antes que la víctima cumpliera los



catorce años, no habiéndose corroborado la afectación del bien jurídico protegido como es la indemnidad sexual.

### **3.3 Imputaciones al acusado.**

El acusado ultrajo a la agraviada el 31 de julio de 2011, luego ello al quedarse dormido la agraviada fugó a las tres horas del día siguiente, llegando a su casa cuatro horas después Por conocimiento policial se tiene que el 1 de septiembre de 2012 la

### **3.4 Pronunciamientos.**

Como pronunciamientos, la Sala señaló:

- Para determinar la responsabilidad penal del acusado se coteja la declaración de la agraviada con los criterios de sindicación del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116.
- En relación a la ausencia de incredibilidad subjetiva, no evidencia relación de animadversión antes de los sucesos entre la agraviada y el agresor.
- El acusado no es era ningún desconocido para la agraviada; el reconocimiento médico es verosímil que concluye himen con desgarró

por miembro viril (sin determinarse si el era antiguo o reciente el desgarró); que la agraviada presenta reacción ansiosa por estresor sexual según Protocolo de Pericia Psicológica, que la prueba de descargo deviene en insuficiente para acreditar la verosimilitud de la sindicación de la agraviada no por cuanto no se acredita si el desgarró vaginal es reciente o antiguo sino por cuanto la agraviada en su referencial y su declaración preventiva refirió que unos amigos fueron testigos que el acusado la manoteó a fin de doblegarla y trasladarla a su habitación para ultrajarla.

- Que, los referidos amigos declararon que la agraviada no fue manoteada; por el contrario, por mutuo propio acompañó al absuelto.
- Que, al confrontar a la agraviada y el absuelto ésta desvió la mirada en más de una oportunidad, además de advertirse su nerviosismo antes de corroborar su dicho.
- Que conforme lo señalado por el absuelto y uno de los referidos amigos, entre el lugar donde se encontró con la agraviada hasta el lugar donde se produjo el hecho existe una distancia de más de una hora caminando, resultando no verosímil que durante todo el trayecto la hubiere manoteado, más aún cuando el trecho recorrido es un lugar desolado, por lo que si absuelto se dispuso perpetrar el ilícito pudo

realizarlo en el camino, determinándose que el traslado al lugar d ellos hechos fue con consentimiento de la adolescente.

- Muchas inconsistencias se advierten en la sindicación de la agraviada y deviene en inverosímil, infiriendo que la incriminación se debería al castigo que su padre le propinó al tomar conocimiento de los hechos, conforme se acredita con el certificado médico legal que se le aplicó.
- Respecto a la persistencia en la incriminación de lo sucedido, la agraviada no concurrió a juicio oral por lo que no ratificó su sindicación; por lo que estando a la inverosimilitud de sus declaraciones su relato carece de credibilidad.
- El acto sexual se perpetró a ocho horas antes de que la adolescente cumpla catorce años, diferencia horaria que evidencia un límite que el propio Ministerio Público reconoce un caso limite al referir que *“existe una línea delgada entre indemnidad sexual y libertad sexual; y siendo que la proximidad a la edad de catorce años de la víctima es menor a doce horas, no se estaría hablando de indemnidad sexual, sino de su libertad sexual”*.
- El propio Ministerio Público reconoce que el bien jurídico vulnerado es la libertad sexual, que supone que el consentimiento es relevante a efectos de emitir una sentencia absolutoria; por ello al desestimarse la

violencia en la conducta del absuelto y la inverosimilitud del relato de la adolescente, la sentencia recurrida debe confirmarse

### **3.5 Decisión.**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró No haber nulidad en la sentencia emitida por la Sala Mixta Descentralizada – Huari de la Corte Superior de Justicia de Áncash de fecha 14 de agosto de 2018, que absolvió al imputado del delito contra la libertad sexual de menor de edad.

## **ANÁLISIS DE CARPETA FISCAL**

### **4. CARPETA FISCAL N° 935-2015**

#### 4.1 Investigación preliminar.

El 24 de noviembre de 2015, la Fiscalía Provincial Mixta del Santa apertura Investigación Preliminar en la Carpeta Fiscal N° 935-2015 disponiendo: “**INICIAR LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR por el plazo de SESENTA (60) DÍAS, contra LOS QUE RESULTEN RESPONSABLES, por la presunta comisión del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad previsto en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales E.G.G. (14), los cuales se llevarán a cabo en sede Fiscal, ...**”.

La apertura de la Investigación Preliminar fue con motivo de lo comunicado por la Gerencia del Centro de Salud de Santa con Oficio N° 0250-2015-CLAS SANTA de 30 de octubre de 2015, a través del cual informa que entre otras menores de edad gestantes de **12 a 17 años de edad** que reciben control pre natal se encuentra la menor Evelin Gómez (14) años de edad teniendo como fecha probable de parto el 19 de noviembre de 2018. (*Sombreado, nuestro*)

En la apertura de Investigación Preliminar refiere que los hechos configurarían delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, previsto en el numeral 2 del

artículo 173 del Código Penal; del mismo modo refiriéndose a la titularidad en el ejercicio de la acción penal que le corresponde al Ministerio Público conforme el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que es necesario realizar diligencias para un esclarecimiento de los hechos como la individualización e identificación de presuntos autores para decidir la Formalización de la Investigación Preparatoria conforme los Artículos 322 inciso 1, 329 inciso 1 y 3300 inciso 1 y 2 del Código Procesal Penal.

Dentro de los actos de investigación dispuso: *“a) Se oficie al Centro de Salud de Santa a fin de que remita ... copia certificada de la Historia Clínica de la gestante Evelin Gil Gómez (14) ...; b) Se realice una Entrevista única en Cámara Gesell a la menor ...; c) Se oficie a la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público sede Chimbote para que intervengan según su competencia.; d) Se individualice y reciba la declaración de quien resulte responsable ....*

Del mismo modo, en

#### **4.2 Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.**

La Fiscalía Provincial Mixta de Santa con Disposición N° 03 de fecha 5 de abril de 2016, Decidió: **“FORMALIZAR Y CONTINUAR LA**

**INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**, por el **PLAZO DE CIENTO VEINTE DIAS**, contra **LEODAN WALDIR MAXIMILIANO PAREDES**, por la presunta comisión del delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**, en agravio de la menor de iniciales **E.M.G.G. (14)**”

disponiendo se realicen como actos de investigación: “1. Realícese la Entrevista Única en Cámara Gessel a la menor de iniciales **E.M.G.G. (14)**...; 2. Recíbese la Declaración del Imputado **Leodán Waldir Maximiliano Paredes**;...6. Oficiese a la Oficina de Registros Civiles de la Municipalidad Distrital del Santa a fin de que emitan un informe indicando si el imputado **Leodán Waldir Maximiliano Paredes** ha registrado a un hijo (a) como suyo en dicha entidad pública”; tal disposición fue puesta de conocimiento al Juzgado de Investigación Preparatoria de turno de la Corte Superior de Justicia del Santa.

En la citada Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, se consideran como **Hechos investigados** refiere Que mediante Oficio N° 0250-2015-CLAS SANTA de fecha 30 de octubre de 2015, emitido por la Gerencia del Centro de Salud de Santa, en donde dan a conocer que entre otras menores de edad gestantes de **12 a 17 años de edad** que se encuentran recibiendo control pre natal en dicho Centro de Salud, se encuentra la menor de iniciales **E.G.G. (14)**, quien tuvo como fecha de parto el 19 de noviembre de 2015, posterior

a dichos hechos se tuvo conocimiento que quien habría embarazado a dicha menor sería la persona de Leodán Waldir Maximiliano Paredes; como *Fundamentos jurídicos y fácticos para la procedencia de la formalización y continuación* señala el artículo 336 del Código Procesal Penal, en que se establece que si de las diligencias preliminares aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, la individualización del imputado (entre otros) dispondrá de la formalización y continuación de la investigación preparatoria, precisando la imputación de LEODAN WALDIR MAXIMILIANO PAREDES y como hecho haber abusado sexualmente de la menor de iniciales E.M.G.G. (14); como *Tipificación específica* hace referencia al artículo 173 numeral 2 del Código Penal relacionado con el tipo penal contra la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad; *Identifica al presunto imputado; El plazo de la formalización de la Investigación Preparatoria; la Tipificación de los hechos; los Elementos de convicción que sustentan la Disposición fiscal* como el Informe del Servicio de Obstetricia -2015 emitido por el Servicio de Obstetricia del Centro de Salud de Santa, la Historia clínica de la menor E.M.G.G. en sonde se consigna como padre del recién nacido al imputado y el acta de nacimiento de la menor de iniciales E.M.G.G. donde se consigna como fecha de nacimiento el 09 de diciembre de 2011 teniendo una edad cronológica de 14 años de edad.



#### **4.3 Requerimiento de Sobreseimiento.**

La Fiscalía Provincial Mixta de Santa con **REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO** de fecha 5 de enero de 2017, solicitó ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Santa al amparo del inciso 1 y 2 del artículo 61 del Código Procesal Penal: “(...) solicita el **SOBRESEIMIENTO** del presente caso en los seguidos contra **LEODAN WALDIR MAXIMILIANO PAREDES**, en calidad de autor por el delito *Contra la Libertad Sexual*, en la modalidad de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**, en agravio de la menor de iniciales **E.M.G.G. (14)**”.

Del escrito de sobreseimiento se advierte hacer referencia a ***I. Datos personales del imputado y Datos de la menor agraviada; II. Antecedentes procesales; III. Hechos objeto de imputación; IV. Fundamentos como 4.1 “Respecto a la finalidad de la investigación preparatoria: Qué, la titularidad del ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público y que conforme al artículo 344.1 del Código Procesal Penal dispuesta la conclusión de la investigación preparatoria el Fiscal decidirá si formula acusación siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa, 4.2 Respecto de los supuestos para solicitar el Sobreseimiento:***

*de conformidad al artículo 344.2 del Código Procesal Penal prevé la procedencia del sobreseimiento cuando: (...) d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. 4.3 El presente Requerimiento de Sobreseimiento se presenta en base al Artículo 344 numeral 1 inciso d) del Código Procesal Penal. 4.4 Respecto de la calificación de los hechos y su tipificación jurídica, señalando: Es de precisarse que los hechos y conducta investigada preliminarmente, para los efectos de la investigación preparatoria formalizada fueron subsumidos en la formula típica previsto en la formula típica previsto y penado en el Artículo 173 numeral 2 del Código Penal vigente (...) Por otra parte, para determinar la comisión de dicho delito, esto es, el daño a la indemnidad o integridad sexual de la menor agraviada y calificarla como tal, el medio de prueba pertinente, útil y contundente, que contribuye a conocerlo que es objeto de prueba, descubrir la verdad, alcanzar la probabilidad o certeza sobre el Tema Probandum, lo constituye el Certificado de Reconocimiento Médico Legal o el Certificado Médico expedido por un médico o un perito médico, toda vez que como consecuencia del Principio probatorio de conducencia, el legislador puede establecer la necesidad que determinados hechos deben ser probados a través de*

*medios probatorios, y por el cual la exigencia, que los medios probatorios sean idóneos para acreditar la materialidad del delito; V.*

***Elementos de convicción que sustentan requerimiento:***

*5.1 Informe del Servicio de Obstetricia -2015.....,*

*5.2 Historia clínica de la menor agraviada de iniciales E.M.G.G, en donde se consigna como padre del Recién Nacido, el imputado Leodan Waldir Maximiliano Paredes.*

*5.3 Acta de Nacimiento de la menor de iniciales E.M.G.G. ...., teniendo una edad cronológica de 14 años de edad.*

*5.4 Constancia de Concurrencia, de fecha 23 de marzo del 2016, en donde se hicieron presentes en las instalaciones de la Oficina de Audio de la Sede Central del Ministerio Público – DF del Santa ..., a efecto de que se lleve a cabo la Entrevista Única de Cámara Gesell de la menor agraviada de iniciales E.M.G.G. (14), la misma que no se llevó a cabo toda vez que la menor agraviada antes mencionada no se hizo presente, ....*

*5.5 Constancia de Concurrencia, de fecha 21 de abril del 2016, en donde se hicieron presentes en las instalaciones de la Oficina de Audio-Video de la Sede Central del Ministerio Público – DF del Santa ..., a efecto de que se lleve a cabo la Entrevista Única de Cámara Gesell de la menor agraviada de iniciales E.M.G.G. (14), la misma que no se llevó a cabo toda vez que la menor agraviada antes mencionada no se hizo presente, ....*

*5.6 Protocolo de Pericia Psicológica N° 004029-2016-PSC ..., en donde no se pudo llegar a ninguna conclusión toda vez que la menor agraviada de iniciales E.M.G.F. (14), no se presentó a la entrevista única.*

*5.7 Constancia de Concurrencia, de fecha 27 de junio del 2016, en donde se hicieron presentes en las instalaciones de la Oficina de Audio-Video de la Sede Central del Ministerio Público – DF del Santa ..., a efecto de que se lleve a cabo la Entrevista Única de Cámara Gesell de la menor agraviada de iniciales E.M.G.G. (14), la misma que no se llevó a cabo toda vez que la menor agraviada antes mencionada no se hizo presente, ....*

*5.8 Protocolo de Pericia Psicológica N° 005284-2016-PSC ..., en donde no se pudo llegar a ninguna conclusión toda vez que la menor agraviada de iniciales E.M.G.F. (14), no se presentó a la entrevista única....*

*5.9 Acta de Nacimiento de la menor de inicial es K.M.M.G., emitido por el Jefe de Registros Civiles, la cual tiene como fecha de nacimiento el 03 de Diciembre del 2015, asimismo se aprecia que dicha menor tiene como padre al investigado Leodan Waldir Maximiliano Paredes y como madre a la menor agraviada de iniciales E.M.G.G. (14).*

*5.10 Copias Certificadas del Informe Antropológico Social Nro. 282016, de la Carpeta Fiscal N° 3106015000-2015-911-0, en la*

*investigación seguida contra Mario Agustín Peche Benites por el delito de Violación Sexual de Edad en agravio de la menor de iniciales A.R.R.D. (13), el mismo que se elaboró con la finalidad de determinar la realidad social y el comportamiento sexual dentro del Distrito de Santa el cual determinaría la cultura y costumbres de dicho investigado, en donde se concluyó que: “La actividad sexual se produce a muy temprana edad no hay orientación de los padres sobre el tema de la sexualidad. Los vínculos de enamoramiento y las primeras relaciones entre jóvenes empiezan a edad temprana entre 11 a 13 años y con más frecuencia entre los 14 a 16 años, cuando estos vínculos terminan en embarazos la pareja manifiesta la intención de juntarse, **no se presenta una repulsa social** sobre estos hechos y los padres de la pareja intervienen para tomar acuerdos y resolver el problema. Por lo general se plantea un compromiso para un matrimonio ulterior, mientras tanto la nueva pareja vive alternativamente en la casa de los padres, del varón o de la mujer. El grado de inmadurez con las parejas inician el compromiso a temprana edad, provoca que, a corto o mediano plazo, las parejas se separen, asumiendo más adelante nuevos compromisos. En el caso del inculpado se puede ver que hay una buena relación con su pareja y producto de esta relación hay un niño”*

Del mismo modo; señala: **VI. Respecto del Análisis de los Hechos:**

*6.1 Respecto al delito materia de la presente investigación, se advierte que se le imputa al investigado ..., haber ultrajado sexualmente a la menor agraviada..., 6.2 Que, el tipo penal que sanciona el delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el Código Penal se configura cuando .... 6.3 Que,..., pese a estar debidamente notificados, hasta en tres oportunidades, la menor agraviada No concurrió a ser entrevistada en Cámara Gesell con el profesional correspondiente, por lo que se ha frustrado este acto fundamental de la investigación..., con lo cual demuestra tanto la menor agraviada como la madre de la misma, que no tiene el mínimo de interés, en colaborar con la acción de la justicia y por ende se escalezcan los hechos denunciados, es decir **No existe imputación de parte agraviada**, 6.4 Que, finalmente, este Despacho Fiscal considera que los elementos de convicción recabados en la Investigación Preparatoria son insuficientes como para poder acusar al investigado y desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que le asiste..., por lo que corresponde solicitar el sobreseimiento de la causa. 6.5 Siendo así demos tener en cuenta que para sustentar válidamente un requerimiento de acusación que nos permita en juicio oral desvirtuar el principio constitucional de presunción de inocencia y obtener sentencia condenatoria, deben existir suficientes elementos de*

*convicción que no sólo acrediten la existencia del delito, sino también que nos permita vincular al imputado como autor del mismo,...*

#### **4.4 Audiencia de Control de Sobreseimiento.**

El 27 de setiembre de 2017 ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia Del Santa se realizó la audiencia de **CONTROL DE SOBRESEIMIENTO** en el proceso penal seguido *contra* LEODAN WALDIR MAXIMILIANO PAREDES, en la investigación que se le sigue por el delito CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD, en agravio de la menor EMGG. *iniciales E.M.G.G. (14)*”.

Después que el representante del Ministerio Público oralizó su requerimiento de Sobreseimiento, con Resolución TRECE de la misma fecha y considerando como Fundamentos Jurídicos: “(...) **TERCERO:** *Respecto al informe antropológico oficial no puede argumentar esto como falta de elementos de convicción, ello sería para una sustentación de la pena por lo que no es aplicable ello, la menor agraviada..., no ha rendido su declaración, no ha ido al psicólogo, no existe ninguna manifestación de la menor, la pregunta sería si en la*

*investigación preparatoria se ha recabado algún dato que pueda servir para juicio, este despacho considera que si, siendo ello la partida de nacimiento de KARUMI MARGARITA MAXIMILIANO GOMEZ, este es la menor que nace de una relación de pareja entre EVELIN MILAGROS GOMEZ GIL y LEODAN WALDIR MAXIMILIANO PAREDES, lo ha afirmado de esa manera porque hay una partida de nacimiento donde el señor a firmado como declarante como padre biológico de dicha menor u ha estampado su huella digital la misma que está a folios 66 de la carpeta fiscal, es decir hay elementos fundado de convicción que implica que este procesado ha reconocido la paternidad biológica de la menor que nació, si bien es cierto no hay un documento que acredite violencia, no hay declaración de la menor”; CUARTO: Veamos la edad de la menor, si tendría más de catorce años para arriba, sino hay ningún signo de violencia se dispondría el sobreseimiento de la causa, si es menos de catorce años y se produjo el acto sexual y se ha dado origen o nacimiento a un nuevo ser, ahí se encuadraría dentro del tipo penal,... QUINTO: Haciendo un análisis..., la menor nació el 03-12-2015, quiere decir antes que cumpla los catorce años dio a luz, ello quiere decir que la relación sexual ha sido aproximadamente a los trece años y tres meses, por ende si hay elementos suficientes para juicio...”, dispuso: **Declarar Infundado el Requerimiento de Sobreseimiento** y disponer se eleven los actuados a la Fiscalía*



Superior para que ratifique o rectifique el requerimiento de sobreseimiento.

#### **4.5 Consulta de Sobreseimiento.**

La Tercera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal Del Santa con Disposición Superior N° 284-2017-3°FSP-MP-DF-SANTA-(C) de 13 de noviembre de 2017, exponiendo dentro de sus Considerandos:

Antecedentes; Hechos Materia de Imputación, Fundamentos del Requerimiento de Sobreseimiento, Fundamentos de la Discrepancia Judicial, Análisis del presente caso y exponiendo como Criterio de la Fiscalía Superior: *“(...) 5.5 (...). En tal sentido, así la víctima menor de 14 años preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual u análogo, el delito de verifica o configura inexorablemente, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores cuya edad se encuentre entre el acto del nacimiento hasta los catorce años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo; situación que se ha logrado acreditar en el presente caso, toda vez que la menor agraviada habría mantenido relaciones sexuales con el imputado cuando ella tenía trece años y tres meses aproximadamente, ... 5.6 Asimismo, si bien es cierto que no existe denuncia por parte de la menor agraviada, ni de su madre, así como tampoco se ha presentado a declarar, ni ha concurrido a su*

*Entrevista a Cámara Gesell, tampoco se ha realizado el examen psicológico, ..., ello no significa que no existan suficientes elementos que vinculen al imputado como autor del mismo; si es el propio imputado quien a registrado como hija suya a la menor de iniciales K.M.G., ..., el cual constituye un medio probatorio suficiente para sustentar una tesis acusatoria, ...; por ello de conformidad al artículo 346 inciso 2,4 del Código Procesal Penal concordante con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado con Decreto Legislativo N° 052, Dispuso: 6.1 **PRIMERO: RECTIFICAR** el requerimiento de **SOBRESEIMIENTO** solicitado por el señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Santa, respecto del imputado Leodan Waldir Maximiliano Paredes, por el presunto delito contra la Libertad – Violación de la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor de iniciales EMGG. 6.2 **SEGUNDO: ORDENAR** cursar oficio al Fiscal Provincial Coordinador de la Fiscalía provincial Mixta de Santa, a fin de que derive la presente carpeta a otro fiscal distinto... .*

#### **4.6 Requerimiento Acusatorio.**

La Fiscalía Provincial Mixta de Santa con escrito de 23 de enero de 2018 solicitó ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Santa el Requerimiento de Acusatorio de conformidad a la Disposición Superior N° 284-2017-3°FSP-MPDF-

SANTA-(C) de 13 de noviembre de 2017 contra el imputado como presunto autor del delito contra la libertad sexual en su figura de Violación Sexual de menor de edad previsto en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal en agravio de la menor de edad de iniciales E.M.G.G. (14); *Identificando a las partes procesales (imputado y agraviada); Descripción de los hechos; Tipificación de los hechos; Relación clara y precisa del hecho atribuido al imputado y circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores; Elementos de convicción que fundamentan el Requerimiento Acusatorio; Participación del Acusado; Circunstancias modificatorias de la Responsabilidad Penal; Artículo de la Ley Penal que tipifica el hecho, así como la cuantía de la pena, siendo la solicitada de 30 años de pena privativa de libertad y una reparación civil de tres mil soles; de igual modo presentó sus Medios de prueba para ser actuados en Audiencia y Medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria.*

#### **4.7 Juicio Oral.**

El 8 de abril de 2019 ante el Juzgado Penal Colegiado Itinerante de la Corte Superior de Justicia del Santa, se llevó a cabo el juicio oral contra el imputado como autor del delito Contra la Libertad Sexual –

Violación Sexual de Menor de Edad tipificado en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales E.M.G.G. (14), contando con la participación de la representante del Ministerio Público, la defensa técnica del acusado y el acusado Leodan Waldir Maximiliano Paredes de veintidós (23) años de edad, brindada las instrucciones del Juez al acusado, hacer referencia en lo que respecta a la nueva prueba que no se ofrece ninguna, se continuo con el examen del acusado quien señalo: *“Si conozco a la menor..., es mi pareja desde que la conocí, hace cuatro años. Es la madre de mi hija.... Mi hija tiene 3 años con 4 meses, a la fecha vive conmigo y con mi padre y mi madre y la menor también. La convivencia es desde que me entere que estaba embarazada.... . Yo me llego a enterar cuando ella sale embarazada, cuando le dije que mi papá hable con su mamá de ella, ahí es donde su mamá me dice que tenía esa edad, yo me quedé sorprendido. Yo la conocí a la menor por medio del Facebook. ...., ambos decidimos tener la relación sexual, fueron tres a cuatro veces de relaciones... . Mis padres me dijeron que asuma responsabilidad y que hable con los padres de ella”*; luego se prosiguió con la Actuación Probatoria, la Oralización de las documentales de las partes procesales; posteriormente los Alegatos de Clausura por el Ministerio Público y la Defensa Técnica del acusado y paso siguiente se procedió a emitir sentencia condenatoria.

#### **4.8 Sentencia condenatoria.**

En la misma fecha del Juicio Oral, 8 de abril de 2019, dejando constancia que la parte Considerativa queda registrada en audio y video y la parte resolutive se transcribe, los miembros del Juzgado Penal Colegiado Itinerante de la Corte Superior de Justicia del Santa, por unanimidad, al amparo del artículo 173.2 del Código Penal y del artículo 399 del Código Procesal Penal, fallan **CONDENANDO** al acusado **LEODAN WALDIR MAXIMILIANO PAREDES, ...**, como autor del delito **CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL – VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD** – artículo 173, primer párrafo, inciso 2, del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales E.M.G.G. y como tal se le impone **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD suspendida en su ejecución por el periodo de tres años; bajo reglas de conducta...**; **SE FIJÓ LA REPACCIÓN CIVIL** en la suma de S/. 3000.00 nuevos soles, ... .

Notificadas las partes procesales en el acto, manifestaron su conformidad con la sentencia, por ello con Resolución Cuatro de 8 de abril de 2019, se declaró **CONSENTIDA** la sentencia condenatoria, dándose por concluida la audiencia.

#### **4.9 Apreciaciones.**

Después de analizar los hechos materia de la Carpeta Fiscal N° 9352015 tramitada ante el Distrito Fiscal del Santa, con motivo de lo comunicado por la Gerencia de Centro de Salud de Santa con Oficio N° 0250-2015-CLAS SANTA de 30 de octubre de 2015 que informa la relación de diecisiete (17) gestantes adolescentes (*ocho (8) de 17 años de edad, cinco (5) de 16 años de edad, una (1) de 15 años de edad, dos (2) de 14 años de edad y una (1) de 12 años de edad cronológica*) concluimos en:

No solo contrasta la realidad problemática expuesta en nuestra investigación; sino también, amplía el espectro y contexto de la colisión existente entre las relaciones sentimentales consensuales de mujeres entre trece y catorce años con varones cuyas edades se encuentran dentro del mismo grupo etario de entre dieciocho y veintiún años edad, socialmente aceptadas en que no solo comparten vínculos afectivos de pareja sino también la crianza de hijos nacidos como producto de dichas relaciones; versus, el ordenamiento jurídico penal que reprime y sanciona penalmente con penas muy gravosas el acto sexual de aquella mujer cuyo consentimiento carece de eficacia jurídica y por el contrario lo regula como violación sexual en la modalidad de violación sexual de menor edad, actualmente tipificado en el artículo 173 del

Código Penal con un a pena de cadena perpetua.

De otro lado; ratifica la vigencia de nuestra propuesta que se postula con la investigación, como es el de regular excepcionalmente, causas que eximan de responsabilidad penal el acceso carnal de mujeres entre trece y catorce años con varones entre dieciocho y veintiún años edad que mantienen una relación que además de las características antes señaladas es equilibrada, sin aprovechamiento indebido de una situación, carente de afectación emocional como consecuencia de la misma relación y de estresor sexual (situaciones desencadenantes del estrés), y en la que el agente carece también de desviaciones sexuales; prueba de ello, es que no existe imputación de la parte agraviada, los padres de la menor no denunciaron los hechos ni concurrieron a las diligencias de entrevistas ante la Cámara Gesell impidiendo se realice la pericia psicológica; por el contrario, y estando a lo regulado como Violación Sexual de Menor de Edad se puso en actividad al aparato jurisdiccional por más de tres años y cuatro meses (desde la apertura de la Investigación Preliminar con Disposición Fiscal N° 01 de 24 de noviembre de 2015 hasta el 8 de abril de 2019 con la emisión de la Sentencia) para que al final se imponga una pena de cuatro años de prisión suspendida, contrastándose que, para el caso en concreto, la sanción representa una mera apariencia de protección, pues la supuesta protección del

bien jurídico, entendida como la protección de la indemnidad sexual de la menor o el desarrollo de su sexualidad, no correspondió a la realidad.

No obstante lo antes señalado; es válido reflexionar si para el caso concreto, la imposición de una pena privativa de libertad efectiva hubiera representado un ejercicio abusivo del Ius puniendi del Estado que implicaría una revictimización de la agraviada que ante las evidentes carencias de políticas de educación sexual, hubiera tenido que afrontar la responsabilidad de criar y sacar adelante sola a su menor hija, por lo menos durante la ausencia de su pareja al tener que ser internado en un establecimiento penitenciario, sino también el hecho de atentar el proyecto de vida del agente junto a su familia, dado sus veintitrés años de edad; criterio que quizá fue adoptado por el Juzgado Penal Colegiado Itinerante que impuso la pena suspendida, así como la decisión del Ministerio Público de consentir la decisión.

## **ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS**



En la investigación, como técnica para obtener datos e información relevante se procedió a aplicar entrevistas a veintidós especialistas entre jueces, fiscales y abogados especialistas en Derecho Penal del Distrito Judicial de La Libertad y el Distrito Judicial de Santa, a fin de recabar su posición respecto al tratamiento legal actual que corresponde por el acceso carnal con adolescente mayor de trece y menor de catorce años de edad, que tipifica como delito de violación sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad, así como a la pena que correspondería al agente aun cuando tenga entre dieciocho a veintiún años de edad, como también respecto a las causas que sustentarían para eximirle de responsabilidad penal.

En nuestra investigación, como limitaciones se debe señalar que por motivos de la pandemia del COVID-19 las entrevistas fueron aplicadas a través de medios informáticos e incluso telefónicamente, además que no todos los entrevistados consignaron ni autorizaron revelar su identificación.

Se formuló seis interrogantes relacionadas directamente con la realidad problemática objeto de investigación, considerando las respuestas de los especialistas como posiciones de estricto carácter académico.

1. Se planteó la siguiente interrogante: **¿Considera que los medios de comunicación, el internet y las redes sociales, entre otros adelantos**

**tecnológicos de fácil acceso, adelantan y hasta aceleran en los adolescentes en la formación de su sexualidad y el desarrollo de su personalidad?**

Los especialistas respondieron de la siguiente manera:

	Sí	No
<b>Cantidad</b>	15	7
<b>Porcentaje</b>	68%	32%
<b>Total</b>	100.00%	

Como argumento de quienes consideran que los medios de comunicación, el internet y las redes sociales, adelantan y hasta aceleran en los adolescentes en su formación sexual y desarrollo de su personalidad, se advierte básicamente:

- Efectivamente, debido a que muchas veces los adolescentes no cuentan con un control adecuado por parte de sus padres o personas mayores, además de las influencias de amigos o personas en su entorno.
- La facilidad con la que acceden a información por redes sociales como internet y televisión aceleran muchas veces en su sexualidad de manera errada por la saturación de todo tipo de información contradictoria ocasionando como consecuencia el perjuicio a en el normal desarrollo de su personalidad.

En sentido contrario, quienes sostienen que los medios de comunicación, el internet y las redes sociales, no influyen la formación sexual y desarrollo de la personalidad de los adolescentes, indicaron centralmente:

- No por cuanto la sexualidad se relaciona con los cambios físicos de la persona, y en las adolescentes de entre trece y catorce años de edad (la sexualidad como acceso carnal) aún no tienen la capacidad para presentarse como un deseo sexual de los adultos, es una etapa de

autoexploración lo que influye así mismo en los cambios de su personalidad debido a que buscan interrelacionarse con personas del otro sexo (varones) pero no precisamente para tener relaciones sexuales, sino para conocerse, y observar los comportamientos sociales.

- No necesariamente, dependerá de mucho el acceso a los servicios que tengan las familias dependiendo de la zona en la que vivan, pues en zonas rurales este acceso es más bien restringido y la experiencia judicial nos indica que justamente son estas zonas en las que la incidencia de comisión de delitos contra la libertad sexual es mayor.

En términos generales consideramos que si bien es cierto no existe estudios que categóricamente acrediten que los medios de comunicación, el internet y las redes sociales, influyen en la formación sexual y desarrollo de la personalidad de los adolescentes, cierto también es que existe aun cuando sea mínima una asociación débil entre dichos medios y el comportamiento sexual de aquellos, pues los padres y los amigos influyen en dichos aspectos, más aún cuando los adolescentes se encuentran en situaciones de riesgo que carecen de fuentes de información como también de dichos familiares.

2. Se formuló la siguiente interrogante: **¿Respecto a la realidad expuesta, la sanción de cadena perpetua, la considera?:**
  - a) **Proporcional, con la conducta que reprime (acto sexual de la adolescente mayor de trece años y menor de catorce años de edad).**
  - b) **Desproporcional; representa una sobre criminalización del acto sexual de la adolescente.**
  - c) **Abuso del Ius puniendi del Estado, considerando que entre los intervinientes existe una relación sentimental libre, aceptada e incluso socialmente.**
  - d) **Con la sanción, el legislador usa al Derecho Penal para contentar a la opinión pública.**

- e) **La sanción sería una mera apariencia de protección, pues la “supuesta protección” del bien jurídico para el caso en concreto, no corresponde a la realidad.**
- f) **La Pena resulta desproporcional, al ser un comportamiento que no genera inseguridad social.**

Los especialistas contestaron de la manera siguiente:

<b>Criterio</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Porcentaje</b>
a) <b>Proporcional, con la conducta que reprime (acto sexual de la adolescente entre trece y catorce años de edad).</b>	4	18 %
b) <b>Desproporcional; representa una sobre criminalización del acto sexual de la adolescente.</b>	18	82 %
(...)		
<b>Total</b>	<b>22</b>	<b>100 %</b>

Los argumentos por lo que los especialistas consideran que la cadena perpetua resulta proporcional con la conducta que reprime, los podemos asociar en:

- Es proporcional en rigor a la observancia del principio de legalidad penal prevista en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, en el sentido que nadie será sometido a pena que no se encuentre establecida en la ley. Siendo así el bien jurídico lesionado resulta irreparable y el hecho es punible, la pena resulta proporcional.
- Es proporcional por cuanto estamos tratando un delito que lesiona la libertad sexual por lo que la represión ante su comisión debe servir para desincentivar su comisión.

Frente a los argumentos antes señalados, quienes sostienen que la sanción deviene en desproporcional, sostienen:

- Si bien la norma penal castiga el delito sexual con una menor de edad, mayor de trece años y menor de 14 años de edad con cadena perpetua consideran que es excesiva la pena impuesta al agresor; por cuanto ha mediado el consentimiento entre el supuesto agresor y su víctima además que el quantum de la pena la impone el juez teniendo en cuenta la idiosincrasia de los actores, si es permitido su iniciación sexual a temprana edad, la educación entre otros factores lo cual es resulta muchas veces permitido en su medio.
  
- La pena es desproporcional, por cuanto aun siendo que el consentimiento no exime de responsabilidad al autor, el juzgador tiene que aplicar el principio de proporcionalidad respecto al daño causado, por cuanto el consentimiento en el adolescente no exime de responsabilidad al autor, pero si puede considerarse para la imposición de una pena menor a la de cadena perpetua.

Particularmente, concordamos con la posición mayoritaria de los especialistas entrevistados al considerar a la cadena perpetua como pena desproporcional al agente que de entre dieciocho a veintiún años de edad le correspondería por el acceso carnal con una adolescente de trece a catorce años de edad conforme lo establece el artículo 173 del Código Penal y que aun cuando de las carpeta fiscal y la Casación analizada no se advierten haber impuesto como penas, al haber efectuado el control difuso, consideramos que para el caso en concreto, con las casusas con las que se concluye la investigación, corresponde que al agente se le exima de responsabilidad penal. No obstante, lo señalado, es de reiterar que la citada pena contraviene principios y derechos de la función jurisdiccional de base constitucional regulado en el numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; así como el principio convencional del artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al resultar nula la reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad de los internos.

3. Ante la interrogante: **¿Qué, opinión le merece: En el ámbito penal, a la persona de entre 18 y 21 años de edad se le considerada con responsabilidad penal restringida por la edad<sup>1</sup>; tal consideración no le sería aplicable al agente que contando con esa edad mantenga relaciones sexuales con su pareja adolescente mayor de trece años y menor de catorce años de edad?**

Al respecto; podemos agrupar las opiniones de los especialistas en:

- Si la ley penal otorga beneficio a favor de persona entre 18 y 21 años que tiene relaciones sexuales con menor de edad de 14 años un día, debería aplicar el mismo beneficio a favor de persona que tiene relaciones sexuales con una adolescente mayor de trece años y menor de catorce años de edad toda vez que resulta desatinada la aplicación de una norma que contempla como pena la cadena perpetua y no se cumpliría la finalidad que es de resocializar al sentenciado por qué pasaría toda su vida en la prisión.
- El juzgador debe valorar los derechos fundamentales constitucionales en el presente caso referidos a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los jueces tienen la obligación constitucional de realizar un control difuso de la legalidad y anteponer a la constitución sobre toda norma de rango inferior, ante ello optaran por el principio de

<sup>1</sup> Código Penal:

*Artículo 22.- Responsabilidad restringida por la edad*

*Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años (...).*

*Está excluido el agente ... que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, (...).*

proporcionalidad y razonabilidad en la pena encuadrándose en la responsabilidad restringida del autor prescrita en el artículo 22 del Código Penal.

- Debido al sujeto pasivo del delito, y las implicancias del bien protegido, corresponde la exclusión del beneficio de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida, por tratarse de delito comprendido dentro de una serie de delitos considerados más graves por nuestra legislación penal, lo cual es correcto; pues una vez cometido ese delito ya no hay manera de reparar el daño ocasionado.
- A pesar de no estar de acuerdo con la inaplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de edad, debería considerar cada caso particular pues no en todos los casos de violación existe un total desconocimiento por parte de los involucrados, vale precisar que existen distintas prácticas a nivel nacional por lo que la situación de responsabilidad restringida bien sería aplicable a determinados casos concretos.

Sobre el particular, coincidimos con la mayoría de los especialistas que expresan su opinión respecto a rechazar la prohibición legal de la inaplicación de la responsabilidad restringida por razón de la edad, concluyendo que ésta prohibición resulta inconstitucional, de ahí que el control difuso regulado en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado resulta eficaz para Inaplicar lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; tal situación es contrastada con lo resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 335-2015-DEL SANTA y en la Carpeta Fiscal N° 935-2015 tramitada ante la Fiscalía Provincial Mixta de Santa.

**4. Ante la interrogante: ¿Qué criterios sustentarían para eximir de responsabilidad penal al agente?**

Los especialistas entrevistados precisaron:

- a) Mantener una relación sentimental libre, equilibrada, tolerada socialmente.
- b) Consentimiento de ambos para tener acceso carnal.
- c) Ausencia de aprovechamiento indebido de situación.
- d) Ausencia de afectación o daño en la salud emocional de la adolescente.
- e) Ausencia de estresor<sup>2</sup> sexual en la adolescente.
- f) Ausencia de desviaciones sexuales del agente.
- g) No considero que deba de eximirse de responsabilidad penal.

Criterio	E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9
a) Mantener una relación sentimental libre, equilibrada, tolerada socialmente.	X	X	X	X					
b) Consentimiento de ambos para tener acceso carnal.	X	X	X	X		X			
c) Ausencia de aprovechamiento indebido de situación.			X	X					
d) Ausencia de afectación o daño en la salud emocional de la adolescente.		X		X		X			
e) Ausencia de estresor <sup>3</sup> sexual en la adolescente.			X	X		X			
f) Ausencia de desviaciones sexuales del agente.									
g) No considero que deba de eximirse de responsabilidad penal.					X		X	X	X

<sup>2</sup> Estresor: Situaciones desencadenantes del estrés.

<sup>3</sup> Estresor: Situaciones desencadenantes del estrés.

Al respecto observamos una variada posición ante las alternativas propuestas, resaltando que el “*consentimiento entre ambos para tener acceso carnal*” es uno de los criterios por el que los especialistas se orientan como causa para eximir al agente de manera excepcional de responsabilidad penal, seguido y en



relación directa a que dicho acceso se dé dentro de una “*relación sentimental, libre, equilibrada, tolerada socialmente*”, ratificando la postura y la realidad advertida en la investigación, así como la “*ausencia de afectación o daño en la salud emocional de la adolescente*” y la “*ausencia de estresor sexual en la adolescente*” situaciones que contrastas con las carpetas fiscales en las que si bien no se evidenció perjuicio en la salud emocional de las adolescentes, por el contrario éstas habrían mantenido relaciones sexuales anteriores e incluso se encontraban viviendo junto a su pareja.

De otro lado; no obstante, los especialistas no consideran “*la ausencia de desviaciones sexuales del agente*” consideramos como válido su postulación como causa para eximir de responsabilidad al agente como valor agregado, pues quizá para los entrevistados ésta situación, al encontrarse en una relación libre de pareja el agente carece de desviaciones sexuales, consideramos su regulación expresa como aporte también en la originalidad de la investigación.

De otro lado; resulta notoria la posición de quienes no consideran la posibilidad de regulación excepcional de causas que eximan de la responsabilidad ante el supuesto planteado, quienes lejos de fundamentar su posición aducen que al no reconocerle validez legal al consentimiento de la adolescente no corresponde la exención de responsabilidad del agente, a excepción de un especialista que además refirió que ante ello, sería de aplicación los principios de razonabilidad y proporcionalidad al sentenciar al agente.

5. **Ante la consulta: ¿En el agente entre 18 y 21 años que dentro de una relación sentimental con una adolescente mayor de trece años y menor de catorce años de edad mantenga relación sexual, siendo dicha relación sentimental equilibrada, tolerada socialmente, con ausencia de aprovechamiento indebido de la situación, sin afectación emocional y careciendo de estresor sexual para la adolescente, así como con ausencia de desviaciones sexuales**

**en el agente; considera que, la pena de cadena perpetua, cumplirá con la finalidad preventiva y resocializadora que debe satisfacer toda pena?.**

Los especialistas respecto a la finalidad preventiva, señalaron:

<b>Criterio</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>a) Cumple con la finalidad.</b>	7	32 %
<b>b) No cumple con la finalidad.</b>	15	68 %
<b>Total</b>	<b>22</b>	<b>100 %</b>

Respecto a la finalidad resocializadora, precisaron:

<b>Criterio</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>a) Cumple con la finalidad.</b>	0	0 %
<b>b) No cumple con la finalidad.</b>	22	100 %
<b>Total</b>	<b>22</b>	<b>100 %</b>

Dentro de los argumentos que señalaron los especialistas, se advierten:

- Si bien la finalidad de la pena es preventiva por un lado y de esta manera se persigue prevenir la comisión de este tipo de delito, por otro lado, no cumpliría el de ser resocializadora toda vez que no existiría la posibilidad que el agresor se pueda posteriormente integrar a la sociedad por haber sido marginado (en prisión) por el ilícito que ha cometido es la pena que le fue impuesta de cadena perpetua.
- La imposición de cadena perpetua no cumpliría con la prevención del delito o la resocialización después de cumplir la sentencia, por cuanto la pena o cárcel tiene efectos colaterales, por considerar un sistema penal injusto y falta de credibilidad en el Estado al no contar con una resocialización efectiva; en relación a que esa relación sentimental o sexual se presente en una sociedad que tolera esa situación, conforme se señaló, encuadraría en sociedades de cultura y costumbres distinta a la occidental como la nuestra.

- No se advierte una existencia de lógica en la que una persona mayor de edad pueda considerar normal tener una relación sentimental con un menor de 14 años, no se podría considerar que se trate de una relación sentimental equilibrada en la cual una de ellas aún no ha desarrollado física ni psicológicamente en contraposición al desarrollo en todos los aspectos a los que ha alcanzado a llegar el mayor de edad. Por lo que sancionar con pena de cadena perpetua cumpliría una función preventiva.
- No cumpliría con la finalidad resocializadora de la pena, considerada como principio constitucional pues una condena podría considerar tener un fin si esta se podría expresar en lapso de tiempo a efectos de revisar sus resultados, sin embargo, tratándose de una pena que no acaba en el tiempo no podría verificarse más aún cuando el TC ha expresado que esta es lesiva de la dignidad de las personas.

En relación a la información recabada de los especialistas y conforme a lo señalado en el marco teórico no existe un estudio técnico formal que sustente u acredite que agravando las sanciones se prevenga la comisión de ilícitos, no obstante ser ésta una de las funciones de la pena u en todo caso prevenir que el sentenciado pueda volver a cometer otros ilícitos; en ambos supuestos compartimos la posición, aunque no mayoritaria de los especialistas, que la cadena perpetua para el supuesto objeto de investigación no cumple con la función preventiva; por otro lado y estando a la posición total de que la citada pena no cumpliría con la resocialización del agente, contrasta uno de los objetivos de la investigación en señalar que la cadena perpetua para el agente de entre dieciocho a veintiún años que tenga acceso carnal con una adolescente de trece a catorce años dentro de una relación sentimental de pareja incumple con la función resocializadora; pues no solo contraviene principios y derechos de la función jurisdiccional de base constitucional como lo señalado en el numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; así también el

principio convencional contenido en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al resultar nula su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad.

6. Del mismo modo se consultó: **¿Actualmente el consentimiento de la adolescente mayor de catorce años (catorce años un día, por ejemplo) para tener relaciones sexuales, es válido legalmente; ¿considera que dicho reconocimiento se podría extender en casos de las adolescentes de entre trece a catorce años de edad?**

Los abogados especialistas, señalaron:

<b>Criterio</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>a) De acuerdo.</b>	0	00 %
<b>b) En desacuerdo.</b>	22	100 %
<b>Total</b>	<b>22</b>	<b>100 %</b>

Dentro de los argumentos expuestos por los especialistas, resaltan los siguientes fundamentos:

- No se podría extender la aplicación del beneficio que se le otorga a personas que tienen acceso carnal con menor de catorce años y un día para ser aplicado a los menores de 14 años y mayores de 13 años de edad por cuanto se tendría que hacer evaluaciones psicológicas a los menores de edad para determinar cuando estos alcanzan la madurez psicológicamente pues es a partir de los 14 años se ha determinado en estudios psicológicos que estos pueden tomar las decisiones que les corresponde tal como sería el de tener relaciones sexuales.
- Actualmente el consentimiento no exime de responsabilidad, por lo tanto, no es válido legalmente ninguna extensión de consentimiento a menores de trece años, al no ser considerada eximente o restricción de

responsabilidad penal en el sistema de justicia penal, por el contrario, agravaría la situación delictiva del agente.

- En desacuerdo con el hecho que un menor de edad independientemente de la edad cronológica que tenga, pueda otorgar consentimiento para tener relaciones sexuales como un hecho que valide un acto cometido por un mayor de edad; por ello la legislación en función a lo determinado por la ciencia establecen etapas de desarrollo del humano, que van concatenados entre el desarrollo físico y psicológico. Si la ley le otorga derechos civiles a una persona cuando recién adquieren la mayoría de edad, es debido a que se establece que es recién a partir de la edad de 18 años una persona tiene capacidad total de sus decisiones y es recién responsable de sus actos.
- El consentimiento expresado por la menor al no conocer a cabalidad con el significado y efectos de una relación sexual este consentimiento sería para todo efecto viciado.

Al respecto; ante la interrogante de reducir la edad en el reconocimiento legal del consentimiento para tener relaciones sexuales de adolescentes de catorce a trece años, compartimos la opinión unánime de los especialistas, descartando la opción propuesta al inicio de la investigación, además de haber afrontado limitaciones al recabar información especializada de especialistas médicospsicólogos en los que hubiéramos sustentado lo contrario, por ello persiste la propuesta para que de manera excepcional y cumpliéndose las causas señaladas en nuestra propuesta (en que tendrá que intervenir psicólogos especialistas) se pueda excepcionalmente eximir de responsabilidad penal al agente; descartándose como propuesta el reconocimiento legal del consentimiento para tener relaciones sexuales a adolescentes entre trece a catorce años de edad.

**CAPÍTULO V**  
**DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

1. Del análisis a la política criminal en nuestra realidad, se advierte que el legislador penal considera adecuado para el delito de violación sexual de menor de catorce años de edad cautelar su “indemnidad sexual” con una pena de cadena perpetua, conforme a lo tipificado en el artículo 173 del Código Penal, prohibiendo, además, del beneficio procesal de reducirse prudencialmente la sanción cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad conforme las disposiciones del artículo 22 del mismo código penal sustantivo. De manera general; no formulamos observación al respecto, sí por el contrario proponemos supuestos para eximir de responsabilidad de manera excepcional cuando el agente con

responsabilidad restringida por edad tenga acceso carnal con una adolescente de entre trece y catorce años de edad.

2. El legislador regula y establece sanciones para conductas humanas consideradas como antijurídicas y al mismo tiempo precisa los lineamientos y supuestos abstractos para cada acto o conducta tipificada como delito en el Código Penal por medio de lo conocido como criminalización primaria; en tanto la labor jurisdiccional al momento de investigar, luego sancionar e imponer una pena que efectúan los Jueces es de mucha importancia siendo dicha actividad conocida como criminalización secundaria; por ello es que se afirma que al sentenciar el Juez Penal tiene la sublime labor responsabilidad de sostener en concordancia la legalidad, el irrestricto respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales a las personas que sanciona quienes no dejan de serlo por ello, así con la irrestricta observancia de los principios y garantías que la Constitución y las leyes establecen, como el principio de proporcionalidad.

De ahí la propuesta con la presente investigación de establecer las causas para eximir de responsabilidad penal al agente de entre dieciocho años a veintiún años por tener acceso carnal con una adolescente de entre trece a catorce años de edad; de manera excepcional.



3. Es indiscutible e innegable que la privación de la libertad individual del agente en el delito de violación sexual de menor de edad, dada la gravísima lesión, afectación y daño a su indemnidad sexual o libre desarrollo de su sexualidad resulte idónea como para imponerse cadena perpetua e incluso hasta la misma prohibición de inaplicar la reducción de la pena cuando se advierta en el agente responsabilidad restringida su edad; pero consideramos válida la reflexión que la citada pena para el agente de entre dieciocho años a veintiún años por tener acceso carnal con una adolescente de entre trece a catorce años de edad cuando entre ellos exista una relación de pareja libre, equilibrada, sin aprovechamiento indebido de la situación, careciendo de afectación emocional y de estresor sexual para la adolescente, así como con ausencia de desviaciones sexuales en el agente, no resulta necesaria menos indispensable para legítimamente cautelar el bien jurídico; cumpliendo el adagio que lo que resultaría idóneo en abstracto no significa indiscutiblemente que sea necesario o proporcional en el mundo concreto; considerando que dicha pena resultaría cruel, abusiva al no ser necesaria aún en el supuesto que ambos dentro de un hogar se encuentren criando a un hijo, de ahí la propuesta para que de manera excepcional se determine causas para eximir de responsabilidad.
  
4. En el desarrollo del presente trabajo no se ha evidenciado investigaciones que técnica o razonablemente sustente que con agravar las penas se reduzcan los índices de criminalidad aun con la prohibición de Inaplicar reducción de

penas a agentes con responsabilidad restringidas por la edad y menos aún en delitos de violación sexual; de igual modo y careciendo de intención de atentar contra el principio de proscripción de la ley penal por analogía, el que por cada delito existe un tratamiento legal particular, no resulta de ser válida la reflexión que para otros conductas penales cuyos bienes jurídicos resultan de mayúsculas y superiores relevancias jurídicas como el derecho a la vida propiamente en el delito de homicidio, son reprimidos con penas menores a la cadena perpetua, por ello la propuesta de forma excepcional que se postula con la presente investigación.

5. En todo comportamiento u actuación dentro del ámbito sexual en que no se altere o dañe en la persona su desarrollo de la sexualidad o su aptitud para sexualmente autodeterminarse, debe legalmente excluirse de todo reproche penal en concordancia al irrestricto Principio de *“Mínima Intervención” del Derecho*

*Penal”*; en sentido opuesto su intervención será cuando la alteración o daño sea relevante y representativo en su autodeterminación sexual en cuyos supuestos deviene en idónea y necesaria su rígida y disciplina sanción o castigo.

**CAPÍTULO VI**  
**CONCLUSIONES**

1. La existencia de una relación de pareja libre, voluntaria y equilibrada; sin aprovechamiento indebido, careciendo de afectación emocional y de estresor sexual para la adolescente, así como ausencia de desviaciones sexuales en el agente de entre dieciocho a veintiún años, son causas para eximirlo excepcionalmente de responsabilidad penal por tener acceso carnal con una adolescente de trece a catorce años de edad; tales situaciones son advertidas en legislaciones penales extranjeras como en la boliviana que no penaliza relaciones consensuadas de mayores a doce años en que no haya mediado violencia ni intimidación y en la española que también considera

como criterios de exclusión a *“la proximidad de la edad y el grado de madurez”* entre el agente y el menor que *“prestó su consentimiento”*.

2. El fundamento ontológico y exegético de la indemnidad sexual es la protección al derecho de los menores de edad, de no sufrir interferencia en su libre desarrollo y formación de su sexualidad, a su dignidad de persona humana y su personalidad, protegerlos en su intimidad de experiencias traumáticas que puedan generar holladuras anímicas o mentales imborrables en toda su vida.
3. Condenar a cadena perpetua a quien entre dieciocho a veintiún años tenga acceso carnal con una adolescente de trece a catorce años dentro de una relación sentimental de pareja incumple con la función resocializadora de la pena; más aún cuando ambos se encuentren a cargo de la crianza, custodia y mantenimiento de un hijo. Tal incumplimiento contraviene principios y derechos de la función jurisdiccional de base constitucional prescritos en el numeral 22 del artículo 139 de nuestra Constitución; así como el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al resultar nula su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad.
4. No aplicar la responsabilidad restringida por edad de quién tenga acceso carnal con una adolescente entre trece a catorce años con las causas excepcionales antes expuestas deviene en inconstitucional; por ello, el control difuso resulta eficaz para inaplicar la prohibición de atenuar la pena

y ello puede advertirse conforme lo resuelto en la Casación N° 335-2015DEL SANTA, y en la Carpeta Fiscal N° 935-2015 de la Fiscalía Provincial Mixta de Santa en que solicitándose en el Requerimiento Acusatorio treinta años de pena privativa de libertad, el Juzgado Penal Colegiado Itinerante de la Corte Superior de Justicia del Santa sancionó con pena inferior de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por tres años.

5. El principio de Lesividad, Proporcionalidad y Fin de la Pena que sustentan la responsabilidad penal incumplirían su finalidad al sancionar al agente de dieciocho a veintiún años que tenga acceso carnal con una adolescente mayor de trece y menor de catorce años, de configurarse las causas eximentes que se postulan; pues la afectación del bien protegido es residual, escasa o mínimamente y no en la magnitud o incumplimiento obligatorio que requiere la ley para la pena, resultará más gravosa para la pareja y el hijo que crían en un hogar formado; asimismo, la sanción sobrepasaría la responsabilidad del hecho considerando las condiciones de la relación y finalmente por cuanto la pena no impediría el acceso carnal de las parejas con dicho rango de edades, dejando la sanción de ser protectora y pasar a revictimizar a la adolescente, debiendo de revalorarse el bien jurídico “indemnidad sexual”, para el caso concreto.

6. Si bien a nivel de la Corte Suprema de Justicia se viene resolviendo para el delito de violación sexual de menores, que la inmediata cercanía de edad de la agraviada con los catorce años y el no evidenciarse una real afectación del bien jurídico tutelado por dicho delito; además de haberse constituido una relación convivencial con el acusado con consentimiento de los padres de la adolescente, no verificándose afectación al principio de lesividad y actuándose conforme el interés superior del niño, nacido de las relaciones sexuales, resulta adecuado eximir al imputado de consecuencias penales, debe de regularse expresamente ello de manera excepcional en el Código Penal a fin de evitar la exposición a las penurias que implica el proceso penal, conforme la Resolución de Nulidad N° 2217-2019 JUNIN.

## **CAPÍTULO VII**

# **RECOMENDACIÓN**

## **RECOMENDACIÓN**

Como resultado de la presente investigación se recomienda la regulación de manera excepcional, de supuestos para eximir de responsabilidad penal a agente de entre dieciocho y veintiún años por tener acceso carnal con una adolescente de entre trece a catorce años de edad, conforme al siguiente proyecto de ley, debiendo de incorporarse un segundo párrafo al artículo 173 del Código penal, conforme la fórmula legal que a continuación también se presenta.

## **PROYECTO DE LEY**



**LEY QUE REGULA, DE MANERA EXCEPCIONAL, SUPUESTOS  
PARA EXIMIR DE RESPONSABILIDAD PENAL A AGENTE DE  
ENTRE DIECIOCHO Y VEINTIÚN AÑOS POR TENER ACCESO  
CARNAL CON UNA ADOLESCENTE DE ENTRE TRECE A  
CATORCE AÑOS DE EDAD**

**1. Exposición de motivos**

Dado nuestro contexto social y cultural, en nuestra realidad es cada vez más frecuente la existencia de parejas sentimentales de escasa o corta edad que si bien la ley y la sociedad no prohíbe o rechaza, las acepta y tolera relativamente.

Dentro de la regulación de leyes penales se tipifica y reprime conductas para mantener la paz social sancionando la afectación de bienes protegidos jurídica y socialmente como la vida, la intimidad, la salud y la libertad sexual tipificando el delito de violación sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad consistente en el acceso carnal; así, el Código Penal en su artículo 173 sanciona con cadena perpetua.

A la fecha existen en los diversos establecimientos penitenciarios, muchos internos investigados y sentenciados cuyas edades oscilan entre los dieciocho y veintiún años de edad por haber mantenido relaciones sexuales con adolescentes mayores de trece y menores de catorce años de edad, con quienes habían mantenido una relación sentimental libre y

tolerada socialmente, sin haber causado ningún tipo de daño en la salud emocional a las mismas; es decir, con una condena de muerte en vida como la cadena perpetua; deviniendo en necesaria la determinación de causales que eximan responsabilidad penal por la relación sexual, tipificada actualmente como violación sexual, de menor entre trece y catorce años con agente entre dieciocho y veintiún años de edad más aun cuando los involucrados forman un hogar y dentro de éste se encuentran a cargo de la custodia y crianza de un hijo fruto de dicha relación..

Resulta indiscutible e innegable que la privación de la libertad individual del agente en el delito de violación sexual de menor de edad, dada la gravísima lesión, afectación y daño a su indemnidad sexual o libre desarrollo de su sexualidad resulte idónea como para imponerse cadena perpetua e incluso hasta la misma prohibición de inaplicar la reducción de la pena cuando se advierta en el agente responsabilidad restringida su edad; más una pena para el agente de entre dieciocho años a veintiún años por tener acceso carnal con una adolescente de entre trece a catorce años de edad cuando entre ellos exista una relación de pareja libre, equilibrada, sin aprovechamiento indebido de la situación, careciendo de afectación emocional y de estresor sexual para la adolescente, así como con ausencia de desviaciones sexuales en el agente, no resulta necesaria menos indispensable para legítimamente cautelar el bien jurídico; cumpliendo el adagio que lo que resultaría idóneo en abstracto no significa

indiscutiblemente que sea necesario o proporcional en el mundo concreto; considerando que dicha pena resultaría cruel, abusiva al no ser necesaria aún en el supuesto que ambos dentro de un hogar se encuentren criando a un hijo, de ahí la necesidad de regular de modo excepcional las causas para eximir de responsabilidad.

Que, no existe investigaciones que técnica o razonablemente sustenten que con agravar las penas se reduzcan los índices de criminalidad aun con la prohibición de Inaplicar la reducción de penas a agentes con responsabilidad restringidas por la edad y menos aún en delitos de violación sexual.

En todo comportamiento u actuación dentro del ámbito sexual en que no se altere o dañe en la persona su desarrollo de la sexualidad o su aptitud para sexualmente autodeterminarse, debe legalmente excluirse de todo reproche penal en concordancia al irrestricto Principio de "*Mínima Intervención*" del *Derecho Penal*"; en sentido opuesto su intervención será cuando la alteración o daño sea relevante y representativo en su autodeterminación sexual en cuyos supuestos deviene en idónea y necesaria su rígida y disciplina sanción o castigo.

## **2. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional**

Aprobar la incorporación del segundo párrafo al artículo 173 del Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal, no contraviene la Constitución Política del Perú; en razón que el efecto que se espera es el de finalizar los procesos penales en trámite e impedirá la apertura de otros logrando la dinamización y efectividad de los procesos penales relacionados con el tema materia de aprobación.

### **Fórmula legal**

#### **“Ley que incorpora segundo párrafo al artículo 173° del Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal”**

#### **Artículo 1°.- Declaratoria de Interés nacional**

Incorpórese el segundo párrafo del artículo 173° del Código Penal, en los términos siguientes:

#### **“Artículo 173.- 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.

*De manera excepcional quedará exento de responsabilidad penal el agente que de entre dieciocho a veintiún años de edad, tenga acceso carnal con una adolescente mayor de trece años y menor de catorce años de edad siempre que se acredite que dicho acceso se produjo dentro de la existencia de una relación libre, equilibrada, sentimentalmente tolerada socialmente, con ausencia de aprovechamiento indebido de situación, ausencia de afectación emocional como consecuencia de lo ocurrido y ausencia de estresor sexual; y, ausencia de desviaciones sexuales del agente.*

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

### **LEGISLACIÓN VIGENTE**

Constitución Política del Perú.

Código Procesal Penal

Código penal

Ley Orgánica del Ministerio Público

Código de los Niños y Adolescentes

### **JURISPRUDENCIA**

- Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116

-Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 579-2008-PA/TC

#### **LAMBAYEQUE**

- Casación N° 355-2015 Del Santa

- Resolución de Nulidad N° 2217-2019 JUNIN, Sala Penal Permanente de la Corte

Suprema De Justicia de la República

- Resolución de Nulidad N° 1474-2019 ANCASH, Sala Penal Permanente de la Corte

Suprema De Justicia de la República

- Carpeta Fiscal 935-2015 Fiscalía Provincial Mixta del Santa.

## **DOCTRINA**

BOVINO, A. (1998). *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*.

Editores del Puerto SRL.

BRAMONT ARIAS, L. y GARCÍA, M. (2013). *Manual de Derecho Penal*. San

Marcos.

CALDERON SUMARRIVA, A. (s.f.). El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico.

Recuperado el 20 de agosto de 2020, de

<<http://www.anitacalderon.com/images/general/vgya204lw.pdf>>

CARNEVALI, R. (2008). *Derecho Penal como Ultima Ratio. Hacia una Política*

*Criminal Racional*. Iust et Praxis.

LUNA, A. (2002). *Metodología de la Tesis*. Trillas

MACHUCA, C. (2004). *El agraviado en el Nuevo Proceso Penal Peruano*.

ÑAUPAS, H.; MEJÍA E.; NOVOA E.; VILLAGÓMEZ A. (2013). *Metodología de la*

*Investigación Científica y Elaboración de Tesis*. CEPREDIM.

ORTIZ F.; GARCÍA M. (2013). *Metodología de la Investigación – El Proceso y sus*

*Técnicas*. Limusa.

PEÑA CABRERA, A. (2013). *Curso Elemental de Derecho Penal*. Legales Ediciones.

PINEDA, E.; De ALVARO, E. (2008). *Metodología de la Investigación*. Organización Panamericana de la Salud.

SALINAS, R. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Grijley EIRL.

SANZ B, Néstor. UE "Instituto Las Tapias" República Bolivariana de Venezuela.

Ministerio del Poder Popular para la Educación Mérida Estado Mérida; en:  
*<https://www.coursehero.com/file/pb5omd/Gracias-a-la-ciencia-el-hombre-haconseguido-modificar-parcialmente-la/>*.

SAN MARTIN CASTRO, C. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.

VILLAVINECNIO, F. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Grijley EIRL.

*<https://www.bing.com/search?q=concepto+de+desviaci%C3%B3n+sexual&cvid=2283d53fee30410286f691550c527472&pglt=43&FORM=ANNTA1&PC=HCTS>*,  
recuperado el 2 de diciembre de 2020

*<https://lpderecho.pe/pucp-acceso-gratuito-libros-coleccion-lo-esencial-del-derecho/>*

## **LEGISLACIÓN COMPARADA**

Código Penal Español, aprobado a través de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 y sus modificatorias

Código Penal de Bolivia, aprobado con ley 1768 de 10 de marzo de 1997 y sus modificatorias





