

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIOS DE DERECHO



“La proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual de víctimas próximas a cumplir 14 años por el grado de afectación del bien jurídico”

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

Alvarez Alvarado, Angela Lucero

Asesor

Abog. Toledo Landa, Julio

HUACHO – PERÚ

2019

Palabras Claves

Tema	Delitos contra la Libertad Sexual
Especialidad	Derecho Penal

Keywords

Theme	Crimes against sexual freedom
Specialty	Criminal law

Línea de Investigación: DERECHO

Dedicatoria:

A mi sobrino, mi pequeño y amado Ariel.

Agradezco a mis padres, por su apoyo incondicional.

INDICE

Carátula	i
Palabras Claves	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Índice General	v
 “LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL DE VICTIMAS PROXIMAS A CUMPLIR LOS 14 AÑOS POR EL GRADO DE AFECTACION DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO”	
RESUMEN.....	2
DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	3
CAPITULO I	
MARCO TEORICO	
I. Antecedentes.....	4
II. Tipo Penal.....	6
III. La Indemnidad Sexual como Bien Jurídico Protegido.....	7
IV. Tipicidad Objetiva.....	10
4.1. Sujetos del delito.....	11
4.2. Aspectos fundamentales de la Conducta Típica.....	13
V. Tipicidad Subjetiva	18
VI. Consentimiento de la víctima menor de edad.....	21
VII. Percepción cultural del sujeto activo.....	24
VIII. Responsabilidad restringida por la edad	27
IX. Consumación.....	28
X. Tentativa.....	29
XI. Error de tipo.....	31
XII. Autoría y Participación.....	36
XIII. Penalidad y Prescripción.....	37
XIV. Acción Penal.....	37
XV. Legislación Comparada.....	38
a. Cuba.....	38
b. Chile.....	39
c. Francia.....	39
XVI. Derecho Comparado	40
CAPITULO II	
JURISPRUDENCIAS	
I. Sentencias.....	41

II. Casaciones.....	49
ANÁLISIS DEL PROBLEMA.....	52
CONCLUSIONES.....	55
RECOMENDACIONES.....	58
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS.....	60

RESUMEN

En el desarrollo de las actividades propias de los operadores de la administración de justicia, quienes tienen la labor de la investigación de hechos con relevancia penal y de sus consecuencias jurídicas en la determinación de responsabilidades de índole penal (Fiscales y Jueces, respectivamente), es común conocerse la manera como se resuelven casos de delitos contra la libertad sexual, que resultan ser sensibles en el grado de conmoción que generan en la sociedad y la opinión pública, quienes han determinado, especialmente respecto al contacto carnal con una víctima menor de edad, un marco punitivo severo con la finalidad de reprimir estos ilícitos, pretendiendo también ser un mecanismo de prevención general, para desalentar su comisión, lo cual ha conllevado se materialice la represión de todo acceso carnal con una menor de catorce años, estableciendo con ello una pena en abstracto, en treinta años de libertad, lo cual se ha concretizado sin tenerse de manera clara una adecuada política criminal, lo que ha conllevado a que en la realidad se obtengan en determinados casos, penas desproporcionadas a presuntos autores de estos delitos, lo que resulta una clara imposición de un derecho penal del enemigo.

En ese sentido, no es factible sostener una pena tan grave para toda persona que tenga acceso carnal con un menor de 14 años, sin aportarse criterios que en coherencia con el grado de afectación, posibiliten una pena proporcional en cada caso en concreto, lo cual es un pilar dentro del derecho penal, comprendido dentro de sus principios en el art. VIII del Título Preliminar del C.P., al establecer que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”; constituyendo la base de la concepción de las penas y sanciones, así como su imposición, la contemplación de este principio que resulta una directriz de obligatoria observancia en el derecho Penal y forma parte de sus cimientos.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Es conocido que en el desarrollo de la convivencia e interacción de una sociedad se marcan estándares y parámetros en los cuales cada uno de los ciudadanos va a desarrollar sus conductas, los cuales se establecen como mandatos o deberes de índole positivo -hacer- y negativo -no hacer- los cuales positivizados construyen las leyes de carácter penal, siendo que, al quebrantarse estos deberes, surge la necesidad de reprimirlos y establecer una sanción a efectos que, de manera preventiva especial, permitan la resocialización del infractor de la ley y su posterior reinserción dentro de la sociedad y de manera preventiva general, enviar un mensaje disuasivo a los demás miembros de la comunidad a efectos que eviten el quebrantamiento de la ley penal, bajo la amenaza de la imposición de una sanción.

Así, en el artículo 173° del Código Penal, se ha previsto sancionar conductas que atenten contra la contracción sexual de los menores de catorce años de edad, al ser este el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, así se han establecido penas severas para todo acto de acceso carnal con una menor, las mismas que van desde los 30 años de pena privativa de libertad a cadena perpetua en su aspecto más grave, siendo en el caso que nos ocupa, de acceso a una menor de catorce años pero mayor de diez, se ha establecido una pena en abstracto con un extremo mínimo no menor de 30 años y en su máximo de 35 años de pena privativa de libertad, en el cual no se ha establecido ningún criterio de gradualidad de la pena que permita su reducción atendiendo a las circunstancias en el cual se habría desarrollado el caso en concreto de ameritarlas -no haciéndose referencia en este caso a las atenuantes, ni a las circunstancias personales del sujeto activo- permitiéndose únicamente en virtud a las circunstancias genéricas establecidas en el artículo 46° del Código Penal, y al sistema de tercios, en algunos casos, únicamente determinarse la pena dentro de un rango de cinco años (de treinta a treinta y cinco años).

CAPITULO I

MARCO TEORICO

I. Antecedentes:

A lo largo de los años el delito de Violación Sexual de Menor de Edad tipificado en el artículo 173 de nuestro Código Penal ha tenido diversas modificaciones por nuestros legisladores, tanto en la delimitación de edad cronológica de menores como en la gravedad de la pena. Así Peña Cabrera (2015) refiere:

En primer orden, fue modificado por la Ley N.º 26293 del 14 de febrero de 1994, la cual incrementó sustancialmente la penalidad prevista en los incisos 1, 2 y 3 del citado artículo; y, por otra parte, sustituyó la agravante del último párrafo por la “posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza (...)”, previendo una penalidad máxima de treinta años de pena privativa de libertad. En este caso el legislador determinó la circunstancia agravante en base a responsabilidades de carácter institucional entre el agente delictivo y el sujeto pasivo, que consecuentemente revisten un mayor grado de reprochabilidad. Luego, mediante Decreto Legislativo N.º 896 del 24 de mayo de 1996 – Ley 26950 se incrementaron drásticamente la penalidad de los incisos 1,2 y 3; llegándose al extremo de imponer cadena perpetua en el caso de la agravante del último párrafo del artículo 173 in fine. (p. 39)

Asimismo, resalta que la dosimetría penal fue en principio aminorada por la Ley N°27472 del 05-06-2001 tanto en los incisos (1-3) así como en las circunstancias agravantes. No obstante, ello por disposición del artículo 1 de la Ley N° 27507, publicada el 13-07-01, fueron restituidos los marcos penales aminorados,

salvaguardándose la sobre-criminalización defendida por diversos sectores políticos y sociales de la sociedad peruana. (p. 39).

Posteriormente fue modificada por el artículo 1 de la Ley N.º 28251, manteniendo sus incisos, y sólo siendo variada la descripción de la conducta típica de una manera más amplia y específica.

El 05 de abril del 2006 se publicó la Ley 28704, la misma que modificó los incisos 1, 2 y 3, en cuanto a la delimitación de la edad cronológica y las penas establecidas; sin embargo, se presentaron demandas de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1 de la referida Ley con relación al inciso 3 que a la letra decía “Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.”; ello, independientemente del consentimiento que manifestaran los sujetos. Por lo que, posteriormente con fecha de publicación 12 de diciembre del 2012 se declaró la inconstitucionalidad mediante Resolutivo 1 en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI-TC, toda vez que se consideró que se estaba vulnerando el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18. En consecuencia, ésta norma tuvo una nueva modificación mediante Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, donde se eliminó el inciso 3 antes señalado (siendo trasladado y comprendido dentro de la violación de la libertad sexual - Artículo 170), siendo considerados delitos contra la indemnidad sexual los que refiere los incisos 1 y 2.

Hoy este artículo se encuentra recientemente modificado mediante la Ley N° 30838 publicada el 04 agosto del 2018, mediante el cual nos dice que todos los delitos de violación sexual de menor de 14 años de edad serán reprimidos con cadena perpetua.

Lo anteriormente señalado resulta una radiografía de la realidad de nuestra sociedad, lo cual responde a la progresión respecto a la aceptación de la libertad en desarrollo de la sexualidad de las personas mayores de catorce años; situación que permite verificar que las modificaciones realizadas a la norma procesal, tuvieron como consecuencia directa, una sentencia expedida por el Tribunal Constitucional que resultó a su vez el corolario de ya innumerables pronunciamientos expedidos por los órganos jurisdiccionales de nuestra República, quienes realizando un control difuso, determinaron en su oportunidad, siempre en el análisis de cada caso en concreto, que existía una realidad admitida dentro de la norma civil, de aceptación del libre desarrollo de la sexualidad reconocidas a los mayores de catorce años, a quienes se les permitía incluso contraer matrimonio, siendo entonces incongruente que, en la misma realidad, se arguya la protección de un bien jurídico distinto y que admita que los menores de 18 años no podrían determinarse libremente respecto al desarrollo de su sexualidad; situación que finalmente fue reconocida por nuestros legisladores.

II. Tipo Penal

El delito de violación sexual de menor de edad, es un delito contra la indemnidad Sexual, que se encuentra tipificado en nuestro Código Penal vigente, en el Libro Segundo, Título IV, capítulo IX, artículo 173, recientemente modificado mediante Ley N° 30838, publicada el 04 agosto 2018, cuyo texto es el siguiente:

"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."

Este delito, como se está haciendo referencia, se ubica dentro de los que protegen la Libertad, específicamente en el capítulo que prevé los que protegen la libertad en la índole sexual, así, debemos tener presente que dentro de los delitos clásicos, como los que atentan contra la vida humana -homicidio por ejemplo- o la integridad física -lesiones- o los delitos de índole patrimonial -los hurtos y robos-, tenemos aquellos que trasgreden la libertad la cual es entendida como objeto de protección en su múltiples variantes, como es la libertad personal, de domicilio y en este caso, la de índole sexual, contemplando una serie de modalidades y variables delictivas, que van, desde la protección de los actos de violencia sexual sin consentimiento hasta aquellas que atentan contra el pudor público.

III. La Indemnidad Sexual como Bien Jurídico Protegido

La Violación Sexual de menor de catorce años se considera como bien jurídico y protegido la indemnidad sexual, ello debido a la falta del grado de desarrollo y madurez que aún no logra tener un menor por la misma premura de su edad. A palabras de Francisco Muñoz (citado en Gálvez, 2011) afirma que:

Se considera como bien jurídico protegido la indemnidad o intangibilidad sexual del menor de catorce años, en tal sentido que se busca cautelar el libre desarrollo de su sexualidad y su libertad sexual futura, prohibiéndose aquellas acciones de contenido sexual que pueden afectar el desarrollo de su personalidad. (p.439)

En ese mismo sentido, Salinas (2016) dice que “la indemnidad sexual se le entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y

espontánea.” (p. 209). Por otro lado, Castillo (citado en Salinas, 2016) señala.

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 en su numeral 7 define la indemnidad sexual como “la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces”.

Al respecto Sánchez (citado por Reátegui, 2015) afirma que está la protección del bien jurídico “indemnidad sexual” que es un bien jurídico que se predica respecto de aquellas personas que aún carecen o que no han logrado un desarrollo de su madurez lo suficientemente necesario como para poder desplegarse de una manera consciente y libre en el ámbito de su realidad sexual. La ley penal no permite los actos sexuales con menores en base a la “indemnidad sexual” sosteniéndose que las relaciones sexuales a edad temprana condenan a una vida infeliz, destruye la personalidad y genera desequilibrio bio-psíquico. (p.182)

Por otro lado, Bramont Arias y García (2013) afirman que “Hay que proteger en el señalado delito nuestros derecho.

Del mismo modo, Diez (citado por Reátegui, 2015), también define como es entendido el bien jurídico protegido de este delito, señalando:

La indemnidad sexual es un concepto que se reclama puramente negativo, el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad, con lo que se quiere dirigir la atención al hecho de que se produzcan intromisiones en el proceso de formación del menor, y no a la cualidad de esta. (p. 182)

En suma, el bien jurídico a proteger con la tipificación del delito de acceso carnal sexual sobre menor es la indemnidad sexual de los

“niños” en la medida en que se busca garantizar la preservación de la sexualidad de estos cuando no se está en las condiciones de decidir sobre su actividad sexual, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento. De ahí que es razonable sostener que se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia o consentimiento de la víctima. (Salinas, 2019, p. 1077)

En correlación a lo señalado, resulta claro que las relaciones sexuales que tienen como sujeto pasivo a un menor de catorce años tienen como bien jurídico objeto de protección, su indemnidad sexual, al no otorgársele, por la condición de su edad, la presunción de tener plena consciencia de sus actos y en ello determinar responsablemente las posibles consecuencias que pudiera conllevar ello en su psiquis y su propia integridad física, razón por la cual, sin necesidad de ejercerse violencia o amenaza (lo cual constituiría una agravante en este tipo de delitos) así como considerarse inválido su consentimiento en relación a lo anteriormente señalado, por lo que la norma penal protege aquí la indemnidad sexual. Resulta entonces importante entender, que la no capacidad de los menores de catorce años de autodeterminación en el libre desarrollo de su sexualidad, resulta una presunción que realiza el Estado buscando por ello en todos los casos protegerlos a través del bien jurídico indemnidad sexual, razón por la cual, debe en ese mismo sentido comprenderse que en la realidad aquello no resulta una situación estricta o rígida, en tanto, existirán también situaciones en las que se verificaría un mayor o menor grado de madurez en cada adolescente, que permita colegir que efectivamente, su consentimiento resultará o no válido, al encontrarse en un estado psíquico y mental que hiciera que no sea necesario buscar la protección de este bien jurídico a través de la norma penal, aquello, nos permitirá entender entonces, que finalmente, la indemnidad no será una condición tangible o determinada fácilmente

por un límite de edad, puesto que el mismo resulta ser variable en cada caso en concreto, no obstante, ha de entenderse el porqué de la necesidad de crearse un límite como regla general, empero, debería también darse la posibilidad de estar sujeto a evaluación, como excepción, si efectivamente en el caso de un menor próximo a los catorce años, estaría en plena capacidad de decidir respecto a su sexualidad.

IV. Tipicidad Objetiva

En este punto pasaremos a desarrollar de manera breve, los elementos que se describen objetivamente del tipo penal en el delito de menor de edad en Violación Sexual, conforme a nuestra doctrina del estado, debiendo tenerse presente que estos elementos serán necesarios para la determinación del delito; así Pariona (2018) refiere que:

Se denomina elementos objetivos (externos) del tipo a aquellas circunstancias que caracterizan el aspecto externo del hecho. Estos elementos pueden ser descriptivos o normativos y pueden estar referidos al hecho o al autor. Dada la diversidad de tipos de delitos, la forma y la cantidad de los elementos del tipo objetivo varía de delito a delito. Entre los elementos objetivos se encuentra la descripción del sujeto, del objeto material y de la acción de ejecución, además de las posibles formas especiales de comisión, medios y circunstancias y modalidades del hecho adicionales. (p.78)

En la tipicidad objetiva de este delito, se puede advertir la existencia de los siguientes elementos descriptivos, como son los sujetos del delito (activo y pasivo) y la conducta típica prevista. Asimismo, otro elemento lo constituirá la verificación de la edad del sujeto pasivo.

4.1. Sujeto de delito

Las personas que se presentan en la conducta punible, en la cual se puede determinar su atipicidad si éstos no cumplen con requisitos especiales requeridos por la norma, o en otros casos, son elementos diferenciadores entre determinados tipos penales.

4.1.1. Sujeto activo del delito:

La descripción del referido artículo se advierte que nos encontramos frente a un delito común, es decir, donde el autor del hecho puede ser cualquier persona (varón o mujer).

Al tratarse de un delito común, el agente o sujeto activo de la conducta delictiva en hermenéutica puede ser cualquier persona sea varón o mujer. El tipo penal no exige la concurrencia de alguna cualidad o calidad especial, salvo para agravar la conducta, como ha quedado expresado. Incluso puede tener la condición de enamorado, novio o conviviente de la víctima. Se excluye el estado civil de casado aparente, debido a que, de acuerdo a nuestra normatividad civil, es imposible jurídicamente contraer matrimonio con un o una menor de catorce años de edad. Si ello ocurriera, tal matrimonio es nulo. (Salinas, 2019, p.1078)

Quedaría claro entonces que este delito común no requiere de ninguna calidad especial o específica de la persona a quien se le atribuye la comisión del hecho con carácter ilícito, razón por la cual, podría ser realizado por cualquier persona, pudiendo ser esta hombre o mujer, siempre que realice la conducta específica contemplada dentro del tipo penal objetivo.

4.1.2. Sujeto pasivo del delito

En cuanto al sujeto pasivo, éste será el que resulte agraviado con la conducta típica, el mismo que a su vez deberá ser una persona menor de catorce años de edad, varón o mujer. Asimismo, también se incluyen tanto las relaciones heterosexuales, así como las homosexuales; y que, respecto al cómputo de la edad, habrá que atender al criterio cronológico-biológico, siendo irrelevante la mayor o menor madurez psicológica de la víctima (Gálvez, 2011).

De lo dicho, se concluye efectivamente que la persona sobre quien se realiza directamente la acción típica imputada, será la considerada como sujeto pasivo directo de la acción, pudiendo ser de cualquier sexo, sin importar las preferencias sexuales de estas, debiéndose únicamente corroborar su minoría a los 14 años de edad.

Asimismo, se colige de lo manifestado por la doctrina respecto a que resultaría indiferente o irrelevante la madurez – de tipo sexual- que pudiera tener este sujeto, no obstante, se determina, para efectos de este trabajo, que sí sería de importancia en correlación con el bien jurídico objeto de protección, verificar la proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años a la fecha que se cometió el suceso objeto de imputación, así como la madurez que este tendría, ello a efectos de verificar si efectivamente se habría lesionado el bien jurídico protegido que resulta la indemnidad sexual.

4.2. Aspectos fundamentales de la conducta típica

La conducta típica es la realización del comportamiento que describe el artículo 173; esto es, cuando el agente tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otro acto análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona menor de catorce años, aun cuando éste haya prestado su consentimiento, pues resulta irrelevante en estos casos.

A diferencia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170 del código penal, lo que se castiga en el artículo 173 es sólo la realización del acceso carnal u otro acto análogo, sin ser necesario el uso de la violencia física o grave amenaza contra la víctima. Incluso se reprimen aquellas conductas en las que el menor consienta la conducta sexual o sea quien las propicie, pues en este caso dicho consentimiento resulta inválido; al ser la indemnidad sexual del menor el objeto de protección, se busca evitar las repercusiones negativas que tales contactos sexuales pueden tener en el normal proceso de socialización del menor. (Gálvez, 2011, p. 654)

La discusión más importante en torno a este delito se centra en el límite de edad, es decir, hasta qué edad debe protegerse el desarrollo sexual del menor. El Código Penal, siguiendo la tendencia de la mayoría de las legislaciones, ha preferido fijar la edad del sujeto pasivo en lugar de correr el riesgo de dejar al juez la facultad de apreciar, caso por caso, la capacidad de la persona ofendida. (Bramont-Arias, 2015, p. 191)

En adelante, desarrollaremos los aspectos sustanciales de los elementos que comprenden la conducta típica prevista en este ilícito, tales como el “acceso carnal” y los “actos análogos a este”, que

comprendería la introducción de un objeto o una parte del cuerpo por la vía anal o vaginal.

4.2.1. Acceso carnal:

El acceso carnal debe ser entendido como el contacto entre dos personas, el mismo que implica debe ser mediante penetración sexual, ya sea por el miembro viril del varón u otros objetos que se utilicen para ese fin. Así al respecto diversos doctrinarios, han definido el acceso carnal como:

El acceso carnal implica el ayuntamiento sexual entre dos personas mediante una penetración sexual, por cualquiera de las cavidades corporales prevista por el tipo penal (vagina, ano, boca); y que éste, no sólo se extiende a la penetración que la víctima soporta del sujeto activo, sino también a los casos en que aquella se ve constreñida realizar sobre el agente. (Gálvez, 2011, p.454)

La expresión de “acceso carnal” tanto desde una perspectiva biológica (que implica la existencia de una penetración por vía vaginal) como desde una perspectiva normativa (que da cobertura a la penetración anal) supone necesariamente la intervención del órgano sexual masculino, lo que deja sin cobertura legal los supuestos de introducción de partes del cuerpo o de introducción de objetos. (Reátegui, 2015, p. 195)

Aquí debe dejarse constancia de la interpretación que corresponde respecto a la posibilidad de configurar el delito, por parte de una mujer como sujeto activo que sostenga

acceso carnal con un varón menor de catorce años, situación controvertida y poco aclarada por la doctrina, pues se advierte únicamente la fijación que se ha tenido, de atribuir principalmente a quien realiza la conducta activa de penetración la calidad de sujeto al cual le será atribuible el delito, lo que dejaría fuera de esta hipótesis cuando se tratare de una mujer quien, en su mayoría de edad sea penetrada por un menor de edad en una relación de tipo heterosexual.

En estos casos, resultaría evidente que no existiría ningún problema en atribuir a una mujer la comisión de este delito conforme al ejemplo propuesto, esto, porque el tipo penal no establece una condición o calidad, sea en sexo o género, de la persona quien tendrá únicamente la condición de sujeto activo, por lo que, partiendo desde ese punto se puede admitir que el sujeto activo también podría serlo una mujer. Por otro lado, la alusión en el tipo penal respecto al “acceso carnal”, admite la posibilidad de una relación de tipo heterosexual (entre otras) en la que no sea el sujeto activo quien realice la penetración, por lo que, sería admisible también atribuir a una mujer mayor de edad, la comisión del presente delito, cuando tenga acceso carnal en una relación de tipo heterosexual, con un varón menor de catorce años, pues a este también se protege en su indemnidad sexual.

4.2.2. Actos análogos como la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías:

Cuando hablamos de otros actos análogos, hacemos referencia a actos que sean similares, que guarden semejanza

con el descrito en el párrafo anterior, lo cual puede ser realizado utilizando objetos u otra parte del cuerpo; así, al respecto diversos doctrinarios afirman que:

También constituye modalidad típica la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal, supuestos que deben ser interpretados restrictivamente pues resulta necesario mantener la vinculación con el acceso carnal, debiendo tener los medios penetrantes empleados, el carácter de sustitutivo real o simbólico del órgano genital masculino; en suma, se trata de objetos que pueden ser utilizados como equivalentes al miembro viril y por ende con significado sexual, no siendo necesario que el objeto tenga forma fálica. (Gálvez, 2011, p.455)

Entonces, verificamos que el legislador no ha querido dejar vacíos dentro de la construcción típica de los delitos contra la libertad sexual, esto al querer abarcar todas las posibilidades a través de las cuales se podría practicar un acto de contenido sexual, que sea equiparable al acceso, sin la utilización de una parte del cuerpo, sino a través también de objetos de distintas formas y funciones, ello al saber que, prácticas de tal naturaleza evidentemente también lesionarían el bien jurídico protegido.

V. Tipicidad Subjetiva:

Respecto a la tipicidad subjetiva, es importante entender el significado de este y sus subtipos, así doctrinarios destacados nos afirman:

Los elementos subjetivos (internos) del tipo son circunstancias relativas al ámbito psíquico-mental y al ámbito de la representación del autor. Como se ha visto, en la actualidad se reconoce ampliamente que tiene que considerarse en el tipo de injusto a los elementos subjetivos del tipo, las cuales caracterizan el desvalor de la acción (desvalor del comportamiento) y ayudan a identificar con más detalle la forma y modo especiales de la acción lesiva o peligrosa. (Pariona, 2018, p.80)

En la teoría del delito se distinguen dos formas del tipo subjetivo: el dolo y la culpa. Si bien tanto el uno como la otra cumplen con la exigencia de individualización que se requiere para fundamentar la imputación subjetiva de un injusto penal, el análisis dogmático debe diferenciarlos. La necesidad de esta diferenciación no viene impuesta por simple claridad teórica, sino por una razón eminentemente práctica. La conducta dolosa tiene, por regla general, una pena mayor que la conducta culposa, e incluso en determinados tipos penales, la conducta culposa acarrea una falta de pena debido al sistema cerrado de incriminación asumido por nuestro Código Penal. En ese sentido, constituye una tarea esencial de la dogmática penal dotar de contenido material al dolo y a la culpa, de manera que puedan ser diferenciados al momento de atribuir responsabilidad penal. (García, 2019, p. 496)

El delito se sanciona, de conformidad con lo establecido en el artículo 12° del Código Penal, contemplándose en esta sus dos aspectos (cognitivo y volitivo), siendo admisible su comisión a través de dolo directo, indirecto o dolo eventual.

En otras palabras, la voluntad del sujeto activo se encontrará orientada a realizar los actos sexuales –acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar otro acto análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías- que describe el artículo materia estudio.

Aunado a ello, para entender en sus tipos de dolo, este puede presentarse en dolo directo, indirecto o eventual, siendo que, al respecto Salinas (2019) explica:

En conclusión, el presente delito en su aspecto subjetivo, es eminentemente doloso en cualquiera de sus variables (dolo directo de primer grado, dolo de segundo grado o de las consecuencias necesarias o dolo eventual), no existe la posibilidad de admitirse la conducta a título de culpa, pudiendo en todo caso, incurrirse en error, como sería respecto a la edad de la menor en la creencia que esta tiene catorce o más años de edad, lo cual, conforme a la normativa penal, podría excluir la responsabilidad o sería también atípica si es que el error resultare vencible, esto al no existir una modalidad culposa sancionable en el delito, como se desarrollará más adelante.

VI. Consentimiento de la víctima menor de edad:

Sobre este punto, es menester precisar que, en el delito de violación sexual de menor de edad, el consentimiento de la víctima menor de edad (-14 años) no exime de responsabilidad al autor del delito, en tanto esta resulta irrelevante para su configuración, por cuanto la víctima no tiene suficiente capacidad de decidir sobre su libre sexualidad. Así, Bramont Arias y García (2013) han afirmado que:

En el tipo no entra en ningún momento el consentimiento del menor, pues este carece de validez. Tampoco tiene trascendencia si el menor se dedica a la prostitución o si ha perdido la virginidad. La discusión más importante en torno a este delito se centra en el límite de la edad, es decir, hasta qué edad debe protegerse el desarrollo sexual del menor. El Código Penal, siguiendo la tendencia de la mayoría de las legislaciones, ha preferido fijar la edad del sujeto pasivo en lugar de correr el riesgo de dejar al juez la facultad de apreciar, caso por caso, la capacidad de la persona ofendida. (Bramont Arias y García, 2013, p.249)

De todo lo anteriormente glosado, se desprende que para la comisión del presente delito, sería indiferente el consentimiento que pudiera expresar el sujeto pasivo al considerarse que en todos los supuestos que se realice la conducta típica prevista, se configurará automáticamente el ilícito. Como hemos precisado en líneas anteriores, no compartimos que esta posición sea rígida o inflexible, en tanto, si bien resulta necesario fijar una edad promedio en la cual, se establezca conforme a nuestra realidad a que edad se está o no en una madurez sexual que permita conocer y asumir las consecuencias de desarrollarse de manera activa en su sexualidad por parte de los menores, también lo es que debería darse la posibilidad de fijar criterios en los que el consentimiento dado, se verifique como uno válido por las condiciones de la persona que lo presta, en quien no se verifique –y sustente de manera técnica- que no ha existido ningún daño a su indemnidad sexual, porque el sujeto estaría en condiciones de determinarse en ella o, en su defecto, permita la disminución de la responsabilidad -traducida en una pena- en mérito a la menor afectación en supuestos en los que la menor se encontraría próxima a cumplir los catorce años y hubiera prestado consentimiento para el acceso carnal.

VII. Percepción cultural del sujeto activo:

El error de comprensión culturalmente condicionado, establecido en el artículo 15 del Código Penal, refiere que aquel que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

A nuestro entender, el error culturalmente condicionado es una forma de error que puede ser de tipo o de prohibición. Si los condicionamientos culturales impiden el acceso al conocimiento de las prohibiciones penales (por ejemplo, por razones de aislamiento étnico o por barreras idiomáticas), entonces el error culturalmente condicionado será un error de prohibición en sentido estricto. Si, por el contrario, los condicionamientos culturales no impiden el acceso a la prohibición penal, sino que influyen en la comprensión del hecho como antijurídico o en la capacidad de asumir dicha comprensión en el proceder concreto, entonces el error será de tipo. Por ejemplo, si razones culturales no le permiten al autor calificar como obscena su actuación o hacen que no siga la prohibición absoluta de mantener relaciones sexuales con menores de 14 años. (García, 2019, p. 700)

Asimismo, mediante Recurso de Nulidad N° 3039-2015, precisó respecto a cuándo se hace una indebida aplicación de este artículo:

Respecto al agravio del recurrente, en el sentido que no se habría tomado en cuenta su grado de comprensión culturalmente condicionado; cabe señalar, que la conducta ilícita desplegada por el encausado no se encuentra prevista en el artículo 15° del

Código Penal, que constituye una causal de inimputabilidad del agente. Dicha norma reconoce, que el agente está incapacitado para darse cuenta que su conducta contradice el orden jurídico o de determinarse conforme a esta apreciación, porque pertenece a una cultura diferente, sus patrones culturales son diferentes a los que forman la base del Código Penal. Tal incapacidad, no es el caso del imputado, pues reconoció su responsabilidad en el delito imputado. En consecuencia, el recurso de nulidad del procesado, no merece estimación de parte de este Supremo Tribunal. La pena impuesta al acusado no ha sido impugnada por el Ministerio Público, y si bien no se ajusta a la ley ni a los principios de lesividad, proporcionalidad y razonabilidad; no puede modificarse por el principio de proscripción de reforma en perjuicio del impugnante. En consecuencia, solo cabe confirmar la pena aplicada por la Sala de Juzgamiento.

Un ejemplo típico de la existencia del error de comprensión culturalmente condicionado, resulta aquellas situaciones admitidas en el ámbito de las culturas alto andinas, por ejemplo, en las que se tiene como práctica ancestral y costumbre admitida e interiorizada por cada uno de sus miembros, la unión en convivencia de menores de catorce años; en este supuesto, sería incongruente que se pretenda sostener una infracción a la Ley penal cuando en este reconocimiento pluricultural de nuestra realidad nacional, se advierte que existen culturas que tienen un desarrollo diferente al nuestro y que no se puede trastocar su manera de desenvolverse por la imposición de una norma que no es aceptada y por el contrario, existe la interiorización de la corrección de la misma, por lo que no podríamos asumir en este tipo de casos, afectación alguna si el arraigo de estas prácticas forma parte de su propio acontecer.

VIII. Responsabilidad restringida por la edad:

La responsabilidad restringida por la edad, se encuentra establecido en el artículo 22 del Código Penal, que a la letra dice: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”.

En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 1662-2017 Lambayeque, precisó en su fundamento decimotercero:

El criterio de aplicación de la responsabilidad restringida también se ratificó a través de la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Supremo, prevista en las Sentencias de Casación número 1057-2017/ Cusco, del veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho; número 1672-2017/Puno, del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho; y número 214-2018/ Del Santa, del ocho de noviembre del dos mil dieciocho. En estas decisiones está asentado el supuesto de que la sola constatación de la edad del imputado –entre 18 y menos de 21 años de edad-, al tiempo de

comisión del hecho punible, configura responsabilidad restringida por la edad, por lo que califica como un factor de atenuación privilegiada en la determinación de la pena, y no es necesaria la constatación con pericia específica del grado de inmadurez del procesado.

Las resoluciones judiciales anteriormente precisadas, determinan con claridad que la excepción a la aplicación de este factor de atenuación privilegiada por responsabilidad restringida resulta inconstitucional respecto a la comisión de un delito de esta naturaleza, al ser independiente este factor de la edad con el tipo de delito en el que se incurre, esto a efectos de justificar un trato diferenciado, si precisamente la responsabilidad con carácter de restringida, constituye una atenuación de acorde con las categorías de la teoría del delito, que permite diferenciar la responsabilidad de las personas que se encuentran en este rango de edad.

IX. Consumación:

Sobre este punto, García (2019) afirma que la consumación debe entenderse formalmente, en el sentido de una completa realización del tipo penal. Esta realización típica puede presentarse de formas diversas según la estructura del tipo penal. En el caso de los delitos de emprendimiento y de peligro abstracto, la tentativa y la consumación se identifican normativamente, pues la imputación del comportamiento por la creación del riesgo prohibido satisface los requerimientos formales del tipo penal. Por el contrario, en los delitos de resultado, la consumación del delito requiere además la realización del riesgo prohibido en el resultado. (p. 838). Así en específico, sobre el delito en estudio, Salinas (2016) refiere que:

En este aspecto, no se apreciaría mayores divergencias respecto al momento en el cual se debe tener por consumado el hecho imputado, entendiéndose que este será desde el momento en el que se realiza la penetración o introducción de objeto o partes del cuerpo, siendo irrelevante la duración de estos actos a efectos de tener por consumado el delito.

X. Tentativa:

Este tipo de delitos también admite la posibilidad de ser sancionado en grado de tentativa, así sobre este punto Aliaga (citado en Reátegui, 2015) afirma que:

Para un sector de la doctrina penal la tentativa en el delito de violación sexual es perfectamente deducible, pues nos encontramos ante un delito de resultado. Es decir, la doctrina es unánime en el sentido de que el despliegue de los actos ejecutivos orientados a lograr la cópula sexual sin alcanzar la penetración, constituye violación sexual. (p. 202)

La iniciación de actos de ejecución de la tentativa (de conductas punibles) debe estar marcada por la configuración de alguno de los verbos rectores conforme al tipo legal en la acción del sujeto activo. Un caso de tentativa inacabada con desistimiento voluntario de los actos de ejecución del delito de violación sexual, en la cual existe una especie de sustracción de la pretensión penal del estado por el artículo 18 del Código Penal peruano, lo podemos encontrar en una Ejecutoria Suprema de fecha doce de octubre del dos mil siete, en el Recurso de Nulidad N° 899-2007 expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, que tiene dicho lo siguiente: "...Que, sin

embargo, conforme lo ha sostenido la agraviada y lo ha negado tajantemente el recurrente, la violación sexual no se llegó a producir, prueba irrefutable de ello, son los Protocolos Médicos de fojas quince y doscientos cuarenta y cuatro, coligiéndose que a pesar de que el agente inició el proceso de ejecución, se abstuvo de consumarlo voluntariamente, de manera eficaz y definitiva, sin que en ella se hayan presentado circunstancias exteriores a su propia y exclusiva decisión, conducta que recoge el artículo dieciocho del código penal al disponer que es impune el desistimiento activo de todos los actos de ejecución del delito salvo que las acciones practicadas constituyen de por sí otros delitos, lo que evidentemente no sucede en el caso de autos, de todo lo cual se infiere la concurrencia de una tentativa inacabada con desistimiento voluntario donde no hubo una interrupción accidental por circunstancias ajenas a su voluntad, por lo que, el procesado debe ser sustraído de la pretensión punitiva del Estado en aplicación del artículo dieciocho del Código Penal y el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales”. (Reátegui, 2015, p. 202)

Al respecto, deberá hacerse también la precisión que la no consumación de delito, ya sea al no haberse producido la penetración a través del acceso carnal o la introducción de objetos o partes del cuerpo con dicha finalidad, no haría que la calificación del hecho recaiga en el delito de Actos contra el Pudor, esto si es que se habrían realizado ciertos tocamientos pero que hubieran tenido como finalidad ulterior la consumación de algunas de las conductas anteriormente descritas, las cuales no habría sido desarrolladas por causas que resulten ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Así, el elemento a tenerse en consideración y se encuentra

contemplado en el delito de actos contrarios al pudor, lo constituye la finalidad subjetiva o elemento de tendencia interna, que se le otorga a esta norma, como lo es el que no se tenga un propósito de tener acceso carnal.

Ahora, la corroboración de los hechos a través de indicios que determinen que en un caso en el que se realizaron tocamientos que no concluyeron en una relación sexual a efectos de determinar si nos encontramos ante tocamientos indebidos o un delito de violación sexual (sea siempre de menor de edad de catorce, que es lo que nos ocupa en este trabajo) en grado de tentativa, con la finalidad de verificar si existió o no un propósito de acceso carnal, será una labor de la cual se dedicará la probática a través de los actos de investigación que se desarrollen en cada caso en concreto, empero, también debería asumirse, que en el supuesto de no verificación de este propósito, resultaría adecuado, en el ámbito procesal de una imputación necesaria, la contemplación del delito de tocamiento indebidos en menor de edad como un tipo penal accesorio.

XI. Error de tipo:

En este tipo de delitos es menester señalar el error de tipo al que hace referencia en artículo 14 del Código Penal vigente que señala que: “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

En ese sentido, se debe partir entendiendo qué es el error de tipo

y cuando se aplica este, así, García (2019) explica que “el error de tipo consiste en la negación de la tipicidad subjetiva por la atribución al autor de una situación de desconocimiento de que la conducta por él realizada infringe objetivamente la norma penalmente garantizada. Lo que tiene lugar es una actuación que infringe objetivamente la norma penalmente garantizada” (p. 541).

El error de tipo se encuentra regulado en el artículo 14 primer párrafo del CP. En relación con el objeto del desconocimiento, la regulación legal diferencia el error de tipo básico y el error de tipo agravado. El primero se presenta cuando el error recae concretamente sobre algún elemento del tipo básico, mientras que el segundo ocurre si está referido a una circunstancia de agravación de la pena. Ejemplo de un error de tipo básico sería el desconocimiento del autor que mantiene relaciones con un menor de 14 años debido a que dicho menor con un desarrollo corporal mayor al de su edad utiliza un documento de identidad falso de mayoría de edad para poder acceder al hotel en el que se produce el acceso carnal. Un error de tipo agravado sería, por su parte, el hurto que hace el autor de un bien mueble ajeno, sin tener idea de que coloca a la víctima de este delito en una situación de grave necesidad económica. (García, 2019, p. 541)

Ahora bien, respecto al delito de violación sexual sobre menores de edad, hay diversos doctrinarios que nos explican cómo funciona esta figura que establece nuestro código penal vigente, en tal sentido, Bramont Arias y García (2013) afirman que:

Resulta interesante hacer referencia al error de tipo -artículo 14 CP- que tiene lugar cuando el sujeto cree que el sujeto pasivo es una persona mayor de edad, por ej. El caso del sujeto activo que

piensa que dicha persona tiene más de catorce, o incluso ha sido víctima del engaño del propio menor, quien usa una libreta militar o electoral falsa. Tanto si el error es invencible como vencible no podrá castigarse al sujeto activo por el art. 173 CP: si es vencible, se eliminará el dolo y la culpa; y si es invencible, al no admitirse la violación culposa, dicho acto quedaría impune. Se suscita aquí la interrogante en torno a la posible aplicación del art. 170 CP, es decir, del tipo de violación. Esta disposición se podría aplicar si el sujeto activo empleó violencia o amenaza para mantener relaciones sexuales, en caso contrario, dicha conducta quedaría impune por delito de violación. Por lo tanto, en tales casos -cuando concurra un error de tipo sobre la edad y se haya empleado violencia o amenaza-, no habría inconveniente en aplicar el art. 170 CP, aun cuando se trate de un menor de catorce años, sobretodo, teniendo en cuenta que en dicho artículo no se hace referencia alguna a la edad de la víctima de la violación. (p. 251)

XII. Autoría y Participación

El delito de violación sexual de menor de edad puede perfeccionarse por cualquiera de las modalidades de autoría y/o participación que prevé nuestro Código Penal. Es así que al referirnos a autoría nos encontramos frente a sus tres modalidades como: autoría directa, mediata y coautoría. Asimismo, cuando hablamos de participación, ésta también puede perfeccionarse en sus tres modalidades como: participación por inducción, complicidad primaria o secundaria.

Una de las formas de participación por complicidad que se han verificado dentro de la resolución de casos concreto, y que más conmoción generan en nuestra sociedad, es respecto a los padres que

permiten y crean las condiciones necesarias, para que el otro y/o su pareja, accedan sexualmente a los menores. Dicha situación, incluso en algunos casos omisiva, también ha sido sancionada por los distintos tribunales de justicia de nuestra república, reduciéndose por ello todo signo de impunidad.

XIII. Penalidad y Prescripción

Según la última modificación mediante Ley N.º 30838 publicada el 04 de agosto de 2018, señala que aquellos que incurran en el delito de violación sexual de menor de 14 años serán reprimidos con cadena perpetua.

En ese sentido, y de conformidad con lo señalado en la parte in fine del cuarto párrafo del artículo 80º del Código Penal, que prescribe que “tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años”, por lo que la misma prescribiría en su plazo ordinario, en treinta años.

XIV. Acción Penal:

En este tipo de delitos contra la libertad sexual, la acción penal es pública, es decir, cualquier persona que advierta el hecho delictivo puede interponer denuncia o incluso el Ministerio Público ante el conocimiento de la noticia criminal puede actuar de oficio.

Así, a efectos que el Ministerio Público decida el inicio de una investigación a través de las diligencias preliminares, sería suficiente el conocimiento de un hecho con apariencia de delito, lo que, en un estadio posterior requería necesariamente la existencia de indicios reveladores de la comisión de un evento con carácter delictivo, así como de la responsabilidad del imputado, siendo en ese mismo sentido, necesario a

efectos de solicitar una medida de coerción procesal como la prisión preventiva, la existencia de graves y fundados elementos de convicción.

Resulta también necesario precisar que en la progresión de la investigación, estos elementos que han sido referidos que son necesarios para continuar con la misma, incluye todos los elementos del tipo que han sido descritos en líneas anteriores, es así que también, dentro de la construcción inicial de la imputación que se realiza, debe advertirse que el hecho debería tener una “apariencia” delictiva, es decir, aun cuando no se tengan aún indicios de la producción de este (considerándose que aún no se ha dado inicio a la investigación), sí resulta necesario que el hecho sea posible de subsumir dentro de la estructura del delito, esto a efectos de considerar cuando menos, su apariencia, caso contrario, sería posible el disponerse la no formalización de la investigación preparatoria al momento de su mera calificación.

XV. Legislación Comparada:

a. Cuba:

Artículo 299:

1. El que cometa actos de pederastia activa empleando violencia o intimidación, o aprovechando que la víctima esté privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años.
2. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años o muerte:
 - a. Si la víctima es un menor de 14 años de edad, aun cuando no concurren en el hecho las circunstancias previstas en el apartado 1
 - b. Si como consecuencia del hecho resultan lesiones o enfermedad graves.

b. Chile:

Artículo 362: El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

c. Francia:

Artículo 222-23: Todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza, cometido sobre persona ajena con violencia, coacción, amenaza o por sorpresa constituye una violación.

La violación será castigada con quince años de reclusión criminal.

Artículo 222-24: La violación se castigará con veinte años de reclusión criminal:

- a. Cuando haya provocado mutilación o invalidez permanente;
- b. Cuando se haya cometido sobre un menor de quince años;
- c. Cuando se haya cometido sobre una persona cuya especial vulnerabilidad, debido a su edad, enfermedad, invalidez, deficiencia física o psíquica o a su estado de gestación, sea aparente o conocida por el autor;
- d. Cuando haya sido cometida por ascendiente legítimo, natural o adoptivo, o por cualquier otra persona con autoridad sobre la víctima;
- e. Cuando la haya cometido una persona abusando de la autoridad que le confieren sus funciones;
- f. Cuando la hayan cometido varias personas actuando en calidad de autor o cómplice;
- g. Cuando se haya cometido con el uso o la amenaza de un arma;
- h. Cuando la víctima se haya puesto en contacto con el autor de

los hechos gracias a la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público no determinado;

- i. Cuando se haya cometido debido a la orientación sexual de la víctima.

XVI. Derecho Comparado:

Del análisis se aprecia que, del Código Penal francés la pena con la que se sanciona este tipo de delitos es de 20 años de reclusión criminal, para aquel que ocasiona todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza sobre un menor de quince años; advirtiéndose una gran diferencia con nuestra legislación, ya que la sanción de la pena es de cadena perpetua y la edad de la víctima no debe superar los catorce años de edad.

CAPITULO II JURISPRUDENCIAS

I. SENTENCIAS:

- **14 de julio de 2005: Recurso de Nulidad N° 1880-2005, Huaura.**

Cuarto. Que el imputado alega que era enamorado de la agraviada, que ella le dijo que tenía catorce años de edad y que las relaciones sexuales fueron de mutuo acuerdo y que no tuvo relaciones contra natura; que, sin embargo la agraviada refuta esas afirmaciones (...), las propias lesiones y la denuncia inmediata tras el segundo ataque sexual revelan que se trató de actos violentos que se ejecutaron a pesar de la oposición de la víctima; que la pericia médica (...) revela unas características físicas de la agraviada que impiden un error acerca de su edad, además en el acto oral (...) el imputado, en contradicción con lo que expresó en el período investigatorio (...), afirmó que la agraviada le dijo que tenía trece años de cumplidos, aunque según la partida de nacimiento (...) está probado que la víctima contaba con diez años de edad cuando fue agredida sexualmente. Quinto. Que, en tal virtud, es de aceptar parcialmente la pretensión impugnativa del Ministerio Público y elevar la pena (de trece a veinte años). (Caro, 2018, p.537)

- **Recurso de Nulidad 587-2013, Ayacucho, de fecha 06 de mayo del 2014:**

Declaración jurada de la menor agraviada que exculpa al procesado debe ser contrastada con todos los recaudos acopiados durante el proceso. Cuarto. La declaración jurada de la menor agraviada (...) donde exculpa al procesado, no fue sometida al contradictorio; por

ende, no tiene fuerza probatoria suficiente para desacreditar la sindicación directa, coherente y persistente que la misma mostró durante todo el proceso, al ser evidente que expidió este documento para favorecer al procesado, quien es su padrastro; circunstancia que, por reglas de las máximas de la experiencia, se sabe que influye moral, psicológica y sentimentalmente en una menor; máxime si, por la situación que atraviesa el procesado –quien en el presente caso es conviviente de su madre y padre de su hermano menor– resulta ser víctima de presiones familiares que, finalmente, consiguen que en ella se forme un equivocado sentimiento de culpa. Por ello, el juzgador debe ser muy cuidadoso al momento de valorar ese tipo de documentos, los que además deben ser contrastados con todos los recaudos acopiados durante el proceso. (Caro, 2018, p. 541)

- **Recurso de Nulidad 2279-2011, Cajamarca, de fecha 11 de noviembre del 2011:**

Forma de acreditar el error de comprensión culturalmente condicionado (peritaje o documento antropológico). Presentación de declaraciones juradas. Que en cuanto al eximente de responsabilidad que arguye, relacionado al error de comprensión culturalmente condicionado, cabe precisar que aquella eximente no fue aprobada en autos, es decir, no existe un peritaje o documento antropológico que corrobore tal posición, y aun cuando presentó diversas declaraciones juradas, en las que pobladores de la zona sostienen que en la comunidad donde ocurrieron los hechos la vida sexual comienza antes de los catorce años, ninguno de los suscribientes fue ofrecido como testigo al plenario, por tanto no pueden ser tomados como medio de prueba aquellos documentos

privados, pues por sí solos no tienen la fuerza acreditada suficiente como para eximirlo de responsabilidad penal (...).(Caro, 2018, p.541)

- **Recurso de Nulidad N° 1229 – 2015 Junín, 24 de febrero del 2017:**

En casos concretos como el que nos ocupa, el juzgador puede bajar una pena a términos inferiores mínimo legal, en base al principio de proporcionalidad concreta. Y cuando el tipo penal establece penas indeterminadas (cadena perpetua) puede aplicarse una pena temporal, que guarde proporción con la afectación del bien jurídico protegido.

ANALISIS DEL PROBLEMA

El problema planteado requiere para su solución y la ponderación de las propuestas que se hagan, una interpretación “teleológica” del artículo 173° del Código Penal, es decir, la razón del ser de la protección de norma penal, que es la protección de la indemnidad sexual, lo cual requiere ponderar si efectivamente se protege la indemnidad sexual imponiéndose en todos los casos una pena privativa de libertad severa o en su defecto, si en todos los casos se tiene en cuenta esta circunstancia -afectación real de la indemnidad- siendo la respuesta evidentemente negativa.

Asimismo, se ha de recurrir a la jurisprudencia como fuente de conocimiento a efectos de evidenciar la problemática en estos aspectos, puesto que a partir de esta se identificar los problemas en la aplicación de una pena proporcional en los delitos contra la Libertad Sexual a menor de edad.

En consecuencia, se propone como solución la adopción de presupuestos que permitan la reducción de la pena prevista, buscándose con ello la proporcionalidad de una pena en los delitos, esto al no afectarse gravemente, en estos casos, el bien jurídico “indemnidad sexual”, siendo los criterios a establecerse los siguientes:

- La edad de la víctima que sea próxima a cumplir los 14 años de edad, en la cual se puede determinar que específicamente esta menor ya estaría próxima a acceder al momento en el que por ley se le reconoce la capacidad de autodeterminarse positivamente en su sexualidad, lo que puede implicar en cada caso en concreto de la mano con el primer criterio- que

ya se encuentre psíquicamente en la capacidad real de poder autodeterminarse sexualmente y aquello no genere un trastorno en su indemnidad.

- Lo cual puede ser determinado a través de una pericia psicológica que concluya si efectivamente ha existido o no una lesión al bien jurídico, así como el grado de esta, lo cual va de la mano con el principio de Lesividad, y justificaría la necesidad de valorar en cada caso en concreto al encontrarnos en los dos primeros supuestos, si efectivamente ha existido una afectación a su indemnidad o si esta menor ya estaba en capacidad de autodeterminarse y en virtud a aquello, decidió tener relaciones sexuales con el sujeto activo.
- Por último, la no muy marcada diferencia de edades entre el sujeto activo y pasivo de la acción, es decir, no existe demasiada diferencia entre ambas edades lo que es un indicador de la no existencia de algún factor de prevalimiento o abuso de posición que podría haber determinado a la menor a tener relaciones sexuales no por su propia voluntad.

A efectos de considerar la adopción de estas propuestas en el ámbito de nuestra realidad jurídica, resulta necesario incorporarse a través de una propuesta de lege ferenda que incorpore al artículo 173° del Código Penal la consideración de estas circunstancias, a través del cual se permita al juzgador la imposición de una pena por debajo del mínimo legal establecido tomando, siendo la propuesta que se realiza, la siguiente:

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otro acto análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna

de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. **El Juez puede imponer una pena por debajo del mínimo legal en mérito a la ausencia de medios para su perpetración, la edad de la víctima, el grado de afectación por el hecho y la diferencia de edad con el responsable.**

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.

CONCLUSIONES

El delito sancionado y previsto en el artículo 173° del Código Penal, Violación Sexual a Menor de Edad, tiene como jurídico protegido la Indemnidad Sexual de menores de edad, que se sintetiza en el libre desarrollo de su sexualidad y su libertad sexual futura (aspecto positivo), prohibiéndose aquellas acciones de contenido sexual que pueden afectar el desarrollo de su personalidad (aspecto negativo).

A consecuencia de ello ha surgido en torno a este ilícito una política de endurecimiento de penas que son más entendidos dentro de lo comprendido en la teoría del derecho penal del enemigo a la implementación de una adecuada política criminal.

La construcción del contenido de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de Violación Sexual a Menor de Edad, debe ir de la mano con la afectación al bien jurídico protegido, siendo esta la razón de ser de la contemplación de este hecho como delictivo, esto a consecuencia de lo establecido por el Principio de Lesividad contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal que establece que “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

En el ámbito del marco de la pena prevista, se ha establecido para el delito de Violación Sexual a Menor de Edad una pena en abstracto con un extremo mínimo no menor de treinta años y en su extremo máximo de treinta y cinco años de pena privativa de libertad, en el cual no se ha establecido ningún criterio de gradualidad de la pena que permita su reducción atendiendo a las circunstancias en el cual se puede desarrollar cada caso en concreto.

No resulta admisible evidenciar que en nuestro ordenamiento penal se determine una sanción a toda aquella persona que tenga acceso carnal con una menor de catorce años, como un hecho sin relevancia penal, siendo que

en el caso de una menor a esta edad, por ejemplo, de trece años próxima a cumplir por días o meses los catorce años edad, se le sancione con una pena privativa de libertad de treinta a treinta cinco años, siendo necesario compensar esta diferencia, no solo con una modificación de la pena en abstracto en cuanto a su margen mínimo, sino, necesariamente, con la contemplación de circunstancias atenuantes que permitan la reducción de una pena.

Otro criterio básico, sería verificar que la edad de la víctima sea próxima a cumplir los 14 años de edad, en la cual se puede determinar que específicamente esta menor ya estaría próxima a acceder al momento en el que por ley se le reconoce la capacidad de auto-determinarse positivamente en su sexualidad.

Un criterio útil a efectos de reducir la pena a límites proporcionales, pudiéndose realizar este a través de una pericia psicológica que concluya si efectivamente ha existido o no una lesión al bien jurídico, así como el grado de esta.

El último criterio a verificar sería la existencia de una no muy marcada diferencia de edades entre el sujeto activo y pasivo de la acción, es decir, la no existencia de una diferencia significativa entre ambas edades lo que es un indicador de la no existencia de algún factor de prevalimiento o abuso de posición que podría haber determinado a la menor a tener relaciones sexuales no por su propia voluntad.

RECOMENDACIONES

En mérito al problema planteado y las soluciones propuestas, resulta necesario recomendar, en primer lugar, a los legisladores a construir tipo penales con penas que incluyan dentro de su marco punitivo, una amplitud

en cuanto a sus extremos, a efectos que se permita al juzgador poder graduarlas en caso de existir distintas particularidades en cada caso en concreto, lo que permitirá la imposición de una pena proporcional al hecho realizado, asimismo, la consideración de las consecuencias jurídicas que se establece para cada hecho considerado como delito, ha de ser coherente y proporcional entre sí, con las demás normas que forman parte del ordenamiento penal, debiendo previamente establecer una adecuada política criminal y no sobre-criminalizar los ilícitos que existen en el ámbito jurídico como medida popular ante el reclamo popular, utilizando el Derecho Penal como medio para solucionar los problemas que acontecen y no como última ratio.

Asimismo, se recomienda a los medios de comunicación y a los miembros de la sociedad civil, mantenerse siempre alerta e informados, no solo a efectos de generar eco e indignación respecto a los hechos que tienen trascendencia en el desarrollo de nuestra sociedad y repercuten en el acontecer diario, sino también, para actuar con objetividad y prudencia en el desarrollo de sus roles a efectos de no sobredimensionar hechos que pueden ser perfectamente controlados con medidas menos gravosas, como son los hechos que se traen a colación en el presente trabajo.

A los operadores del sistema de administración de justicia, actuar también con objetividad en el ejercicio de sus labores, debiendo tener presente, antes de la aplicación de una medida de control social, los principios constitucionales y penales sobre las cuales se erige nuestro derecho sustantivo y tienen preeminencia respecto a los demás dispositivos de orden legal.

Por último, se recomienda incorporarse a través de una propuesta de lege ferenda del código sustantivo la consideración de estas circunstancias, a través del cual se permita al juzgador la imposición de una pena por

debajo del mínimo legal establecido, siendo esta el considerar que: El juez puede imponer una pena por debajo del mínimo legal en mérito a la ausencia de medios para su perpetración, la edad de la víctima, el grado de afectación por el hecho y la diferencia de edad con el responsable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

Libros:

- Bramont Arias, L., García, M. (2013). *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Caro, José. (2018). *Summa Penal – Penal, Procesal Penal y Penitenciario*. Lima: Editorial Nomos & thesis.
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal – Parte Especial*. Buenos Aires: Editorial Astrea S.R.L.
- Donna, A. (1999). *Delitos Contra la Integridad Sexual*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores de Rubinzal & Asociados S.A.
- Gálvez, T. (2011). *Derecho Penal – Parte Especial*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Octava edición. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Peña Cabrera, A. (2015). *Derecho Penal – Parte Especial*. Lima: Editorial Moreno S.A.
- Reátegui, J. (2015). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Salinas, R. (2016). *Los Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexual*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Salinas, R. (2019). *Derecho Penal Parte Especial*. (2). Lima: Editorial Iustitia S.A.C.
- Talavera, P. (2016). *Jurisprudencia Vinculante – Penal Procesal Penal y de Ejecución Penal*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Páginas virtuales:

Allende, C., Varela, M. 2012. *La mujer como sujeto activo del Delito de Violación*. Recuperado de:
http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113012/deallende_c.pdf?sequence=1

Jurisprudencia Derecho Penal. Recuperado de:

<https://legis.pe/category/jurisprudencia/>

Pérez, M. 2016. *Delitos contra la Libertad Sexual*. Recuperado de:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/56207/1/Delitos_contra_la_libertad_sexual_PEREZ_COLLADO_MARIA_DEL_CARMEN.pdf.