



**UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL MÉTODO DE CASO JURÍDICO:**

**“DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE  
MENOR DE EDAD CUANDO EXISTEN DIFERENCIAS ETARIAS PRÓXIMAS  
ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO”**

**SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTORES:**

**BACA GARCIA, Karol Viviana.**

**MANRIQUE JIMENEZ, Regner Martín.**

**Iquitos - Perú**

**San Juan, 25 de julio del 2019**

**APROBACIÓN**

Trabajo de Suficiencia Profesional - Análisis de Método de Caso Jurídico, sustentada en acto público el día 25 de julio del 2019, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Científica del Perú - UCP, siendo designados como Asesor y Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:



Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes  
Presidente



Mgr. Thamer López Macedo  
Miembro



Abog. Miguel Ángel Villa Vega  
Miembro



Mgr. José Napoleón Jara Martel  
Asesor

## **DEDICATORIA**

En primer lugar, a nuestro padre celestial, ya que sin su amor infinito nada de esto sería posible.

A mi hermana Verónica, que es la luz que ahora vive en mí y la razón de ver brillar cada mañana, la que me enseñó que la vida es una, que los momentos son únicos, que no hay tiempo para cuestionar, ni reprochar, que solo hay tiempo para amar. Siempre seguiré aquí conmigo, porque es el ángel que me acompaña a donde vaya y voy a rezar para guardar su corazón junto al mío, ya que a veces para amar a alguien no es necesario que esté contigo. - *Karol Baca.*

A la memoria de mi querido padre don Regner Manrique, por lo valores inculcados en mi persona para seguir adelante en esta vida pese a las dificultades que se presentan cada día, a mi querida madre y hermanos. *Regner Manrique.*

Los Autores

## **AGRADECIMIENTO**

Expresamos nuestra gratitud a la Universidad Científica del Perú y a los docentes que colaboraron en desarrollo profesional.

Los Autores



Universidad Científica del Perú . UCP

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

FACULTAD  
DERECHO Y  
CIENCIAS POLITICAS

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

Con Resolución Decanal N° 161 del 24 de Julio de 2019, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes Presidente
- Mgr. Thamer Lopez Macedo Miembro
- Abog. Miguel Angel Villa Vega Miembro

En la ciudad de Iquitos, siendo las 10:30 horas del día **Jueves 25 de Julio del 2019** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Analisis de Metodo del Caso: **"Determinación de la Pena en el Delito de Violación Sexual de Menor de Edad cuando existen diferencias Etarias Próximas entre el Sujeto Activo y Pasivo. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CJ-433"**

Presentado por los sustentantes:

**KAROL VIVIANA BACA GARCIA  
REGNER MARTIN MANRIQUE JIMENEZ**

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogado**

Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma: *Satisfactorio*

El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

La Sustentación es:

*Aprobado por Unanimidad*

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.

  
Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes  
Presidente

  
Mgr. Thamer Lopez Macedo  
Miembro

  
Abog. Miguel Angel Villa Vega  
Miembro

|              |                         |         |
|--------------|-------------------------|---------|
| CALIFICACIÓN | Aprobado (a) Excelencia | 19 - 20 |
|              | Aprobado (a) Unanimidad | 16 - 18 |
|              | Aprobado (a) Mayoría    | 13 - 15 |
|              | Desaprobado (a)         | 00 - 12 |

## RESUMEN

El presente análisis jurídico, data del 18 de diciembre del 2018, oportunidad en que se realiza el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433<sup>o</sup>, apartado 4 del Código Procesal Penal, a fin de dictar la sentencia plenaria casatoria para concordar criterios discrepantes sobre la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad, cuando existen diferencias etarias (edades) próximas entre sujeto activo y pasivo. Material y Métodos; se empleó una ficha de análisis de documentos, una muestra consistente en un expediente judicial, a través del Método Descriptivo Explicativo, cuyo diseño fue no experimental, es post facto. Resultado, el Colegiado Supremo, declara sin efecto el carácter vinculante de la disposición establecida por la sentencia casatoria número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis; asimismo, establece como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos precedentes del I pleno jurisdiccional casatorio de las salas penales permanente, transitoria y especial “Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433” que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos. En conclusión, a través del precedente casatorio, se establece como doctrina jurisprudencial vinculante, que: (i) El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional, (ii) Que corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación de la pena, debiendo seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado código. (iii) Que no son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”. Se establece que estos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. (iv) La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria y precisar que los principios jurisdiccionales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocadas.

**Palabras claves:** diferencias etarias, principio de proporcionalidad, prevención, libertad sexual e indemnidad sexual.

## INDICE

|  |     |
|--|-----|
| APROBACIÓN.....  | i   |
| DEDICATORIA.....   | ii  |
| AGRADECIMIENTO.....  | iii |
| ACTA DE SUSTENTACIÓN.....                                  | iv  |
| RESUMEN.....   | v   |
| CAPÍTULO I.....  | 1   |
| INTRODUCCIÓN.....  | 1   |
| CAPÍTULO II.....   | 3   |
| MARCO TEÓRICO .....  | 3   |
| 2.1. MARCO REFERENCIAL .....                               | 3   |
| 2.1.1. Antecedentes de Estudio.....                        | 3   |
| 2.1.2. Bases Teóricas (Definiciones conceptuales).....     | 19  |
| 2.1.3. Elementos Constitutivos del Delito.....             | 24  |
| 2.2. OBJETIVOS .....                                       | 49  |
| 2.2.1. Identificación de los objetivos .....               | 49  |
| 2.3. VARIABLES.....  | 50  |
| 2.3.1. Identificación de las variables .....               | 50  |
| 2.4. SUPUESTOS .....                                       | 50  |
| CAPÍTULO III.....  | 51  |
| METODOLOGÍA.....   | 51  |
| 3.1. METODOLOGÍA:.....                                     | 51  |
| 3.2. MUESTRA:.....   | 51  |
| 3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:..... | 51  |
| 3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:.....           | 51  |
| 3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO:.....             | 52  |
| 3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA:.....                 | 52  |
| CAPÍTULO IV .....  | 53  |
| RESULTADOS .....   | 53  |
| CAPÍTULO V .....   | 59  |
| DISCUSIÓN.....   | 59  |
| CAPÍTULO VI .....  | 64  |
| CONCLUSIONES .....   | 64  |
| CAPÍTULO VII .....   | 66  |
| RECOMENDACIONES.....                                       | 66  |
| CAPÍTULO VIII .....  | 68  |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....                            | 68  |

|                   |    |
|-------------------|----|
| CAPÍTULO IX ..... | 70 |
| ANEXOS.....       | 70 |

## **CAPÍTULO I** **INTRODUCCIÓN**

El presente análisis jurídico de la SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433, trata sobre el tema referente a los criterios discrepantes respecto a la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo.

**La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, del 01 de junio del 2017**, objeto de examen plenario, a los efectos de "...determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos, edad de la víctima cercana a los catorce años de edad, minoría relativa de edad del agente delictivo y relación sentimental entre ambos", aplicó lo que denominó "control de proporcionalidad de la atenuación" y ponderó cuatro componentes, que tituló "factores": 1. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. 2. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los 14 años de edad, la víctima, en el caso concreto contaba con 13 años y 25 días de edad. 3. Afectación psicológica mínima de la víctima, la pericia psicológica no ha de comprobar daño psicológico alguno. 4. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo, en este caso existía una diferencia de 6 años de edad entre ambos: ella 13 años y él 19 años. Sin embargo, la inclusión de estos "factores" y la mención a un "control de proporcionalidad de la atenuación" no son de recibo. Primero, porque el artículo 46° del Código Penal, estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios establecido por el artículo 45° B del citado código. Segundo, porque, igualmente, la ley, en un sentido amplio, es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal.

El **planteamiento del problema** en el presente caso tiene como finalidad determinar si el artículo 173° contempla una pena inconstitucional desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, al momento de ser aplicada por los jueces penales; asimismo, establecer si existen otros factores para determinar la pena que no se encuentren establecidos en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado código; y los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización.

Es así, que se cuenta como **antecedentes**, a los conceptos establecidos en la sentencia casatoria número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis, que establece: 1. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. 2. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los 14 años de edad, la víctima, en el caso concreto contaba con 13 años y 25 días de edad. 3. Afectación psicológica mínima de la víctima, la pericia psicológica no ha de comprobar daño psicológico alguno. 4. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo, en este caso existía una diferencia de 6 años de edad entre ambos: ella 13 años y él 19 años.

Asimismo, se evidencia **la importancia** de que conforme a la normatividad vigente es recomendable que el Juez al momento de resolver utilice de manera adecuada los artículos materia de análisis.

**Por las razones indicadas**, se deja establecida como doctrina jurisprudencial vinculante (i) El artículo 173° del Código Penal no contempla una pena inconstitucional, (ii) Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación de la pena, por lo que debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado código; y los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal sobre la aplicación, determinación e individualización, (iii) No son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación” ya que estos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas anteriormente. (iv) La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción de individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales.

Por lo que, **el objetivo general** es realizar un análisis de la SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433; mientras que el **objetivo específico** es determinar si existen criterios diferentes a los establecidos en el código penal y procesal penal en la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias (edades) próximas entre los sujetos activo y pasivo.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. MARCO REFERENCIAL**

##### **2.1.1. Antecedentes de Estudio**

- **La importancia de las jurisprudencias, sentencias casatorias, acuerdos plenarios y evolución normativa - Doctrina jurisprudencial vinculante.**
  
- ❖ **Respecto a la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre el sujeto activo y pasivo<sup>1</sup>.**
  
- ✓ La Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el **Expediente N° 010-2002-AL/TC**, de fecha 4 de enero del año 2003, cuyos fundamentos jurídicos 197º y 199º, relativo al principio de proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material, se indica lo siguiente:

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concreta exigencia de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio en el plano legislativo se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, (...) Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la persecución social relativa a la adecuación entre delito y pena. Al Tribunal Constitucional, en cambio le corresponde indagar si los bienes o intereses que se trata de proteger son la naturaleza constitucional y, por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente juzgar si

---

<sup>1</sup> Evolución normativa sobre las jurisprudencias emitidas en el Perú, respecto al análisis del tema a sustentar, contenida en la “Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433”.

existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

- ✓ La ejecutoria Suprema del 20/05/2004, recaída en el **Recurso de Nulidad N° 215-2004 – PUNO**, indica lo siguiente:

Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose a demás sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45° y 46° del Código acotado.

- ✓ Sobre este tema en discusión la Corte Suprema, en el **Recurso de Nulidad N° 318-2010**, indico lo siguiente:

Si bien el artículo 173° del CP protege la indemnidad sexual de los menores, es más gravoso acceder carnalmente a una menor de catorce años mediando violencia que con su consentimiento. Además, la indemnidad sexual de los menores se protege de manera menos intensa cuando están próximos a los 14 años de edad. La menor agraviada al momento de los hechos tenía 13 años y 9 meses de edad, lo que permite afirmar que la conducta realizada por el encausado no es muy gravosa, lo que incidirá en la determinación de la pena (magnitud del daño causado).

- ✓ **Casación N° 148-2010-MOQUEGUA** - Sentencia Casatoria<sup>2</sup>:

Los mayores de 14 años presentan una capacidad racional de determinación de la actividad sexual, por lo que la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en la persona cumple esa edad. En tal sentido, se vacía el contenido de protección del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, porque el bien jurídico tutelado en este artículo es el de la indemnidad sexual. Así que los mayores de 14 años presentan una capacidad racional de determinación de la actividad sexual.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente – Sentencia Casatoria, emitida con fecha 3 de Julio del año 2012. Doctrina Jurisprudencial vinculante de los fundamentos décimos segundo y décimo tercero

✓ **Casación N° 41-2012-MOQUEGUA** - Sentencia Casatoria<sup>3</sup>:

La reconducción del delito de violación sexual de menor de edad al artículo 170° del Código Penal no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos facticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado.

✓ **Casación N° 335-2015-DEL SANTA** - Sentencia Casatoria<sup>4</sup>:

Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, tendrán en cuenta, entre otros factores: a) ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; b) proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; c) afectación psicológica mínima del sujeto pasivo y d) diferencia etaria entre la víctima y el sujeto activo del delito.

❖ **De la evolución de los Acuerdos Plenarios (Violación Sexual).**

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-1165<sup>5</sup>**, de fecha 26 de noviembre del año 2005. (Requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado), se acordó como precedente vinculante las siguientes reglas de valoración de las declaraciones de agraviados (testigos- víctimas) que válidamente puede adoptarse a nivel de investigación preliminar del delito y puede aplicarse en los casos de violación sexual cuya característica principal es la clandestinidad de los hechos; establece lo siguiente:

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente – Sentencia Casatoria, emitida con fecha 6 de junio del año 2013. Doctrina Jurisprudencial vinculante de los fundamentos cuarto punto dieciocho (4.18)

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente – Sentencia Casatoria, emitida con fecha 1 de junio del año 2016. Doctrina Jurisprudencial vinculante de los fundamentos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto.

<sup>5</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida con fecha 30 de Setiembre del año 2005, y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 26 de noviembre del año 2004. Establece como precedente vinculante los fundamentos noveno y décimo. Asimismo, para valorar la declaración de incoimputado debe tenerse presente su relación con el otro coimputado y sus posibles motivaciones, asimismo, su testimonio debe estar mínimamente corroborado por indicios contra del sindicado, además de ser coherente y sólido. Por otro lado, respecto a las declaraciones de un agraviado pueden ser enervar la presunción de inocencia para ello deben respetar tres garantías de certeza: a) ausencia de incredibilidad subjetiva; b) verosimilitud, y c) persistencia en la incriminación

En la declaración de los coimputados debe valorarse lo siguiente: a) su personalidad, en especial, sus relaciones con el afectado por el testimonio; b) las posibles motivaciones de su relación: que estas no sean turbias o espurias, o si declara para exculparse; c) que el relato incriminador este mínimamente corroborado y sea coherente, y d) de su persistencia en el curso del proceso.

Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- **Ausencia de incredibilidad subjetiva:** Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
  - **Verosimilitud,** que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
  - **Persistencia en el curso del proceso - la incriminación.**
- ✓ **Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-1166<sup>6</sup>,** de fecha 25 de marzo del año 2008. (Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena) (Criterios para eximir y atenuar la pena del delito de violación sexual de menores conforme a su modificación por la Ley N° 28704), indica lo siguiente:

---

<sup>6</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida el 16 de noviembre del año 2007, y publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 25 de marzo del año 2008. Establece como precedente vinculante el fundamento noveno a duodécimo. Establece que: 1) La pena del delito de violación sexual de menor, previsto en el artículo 173.3 del CP, conforme a su modificación por la Ley N° 28704 (del 05/04/2006) es abiertamente desproporcionada; 2) Si las relaciones sexuales con adolescentes de 14 a 18 años, cuando media engaño o contraprestación económica, se reprimen con una pena no mayor de 6 años, no pueden tratarse con mayor severidad cuando aquellos prestan su pleno consentimiento; 3) son atenuantes de la pena: a) que la diferencia etaria no sea excesiva; b) que exista un vínculo sentimental; c) que las prácticas sexuales a temprana edad sean conforme a las costumbres; y d) la admisión por el agente de las prácticas sexuales realizadas; y 4) En caso de relaciones sexuales voluntarias: i) si el agraviado tiene entre 16 a 18 años, se aplicara la eximente del consentimiento; ii) pero si se tiene entre 14 y 16 años, se aplicara una pena atenuada, acorde con los articulo 175 y 179 – A del CP.

### **El Juez debe considerar como factores de atenuación:**

- a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva;
  - b) Que exista entre ellos un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente;
  - c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad; y
  - d) La admisión voluntaria por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.
- ✓ **Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-1167<sup>7</sup>**, de fecha 3 de noviembre del año 2008. (No son punibles las relaciones sexuales consentidas con adolescentes de 14 a 18 años de edad), establece lo siguiente:

La exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico es aplicable a toda relación voluntaria mantenida con adolescente de 14 a 18 años de edad. Los factores de atenuación de la pena fijados en el Acuerdo Plenario N° 7-2007 (sobre diferencia etaria y vinculo sentimental entre sujeto activo y pasivo, percepción cultural y admisión voluntaria del delito por el agente) han perdido vigencia.

De acuerdo con artículo 173° inciso 3) del Código penal, modificado por la Ley N° 28704, el sujeto pasivo del delito de violación sexual de menor podía ser una persona hombre o mujer, mayor de 14 y menor de 18 años de edad.

La contradicción de las normas penales que indican que la libertad sexual de las personas de 14 a 18 años de edad (art. 175°, 176° y 176° - A) y el artículo 173.3° del Código Penal, debe resolverse aplicando la ley más favorable al reo.

La exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico es aplicable a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

Los jueces penales están habilitados para inaplicar, vía control difuso el párrafo segundo del artículo 22° del CP, si estiman que dicha norma introduce una desigualdad de trato irrazonable y desproporcionado.

---

<sup>7</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida con fecha 18 de Julio del año 2008, y publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 3 de noviembre del año 2008. Establece como precedente vinculante los fundamentes sexto a duodécimo.

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 1-2001/CJ-1168<sup>8</sup>**, de fecha 30 de mayo del año 2012. (Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual), establece lo siguiente:

El requisito de uniformidad y firmeza del testimonio inculpatario en los delitos sexuales debe flexibilizarse cuando la retractación obedezca a sentimientos de culpa de la víctima o presión de la familia o del abusador: la validez de la retractación exige verificar la solidez o debilidad de su declaración inculpatoria previa; la coherencia interna y exhaustiva del nuevo relato exculpatario; la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa; si la víctima fue manipulada para cambiar de versión; y la gravedad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el ámbito económico y familiar de la agraviada.

Por lo que, del referido acuerdo plenario, se resalta los siguientes precedentes:

- a) No es necesario acreditar que el agente doblego la resistencia de la víctima de abuso sexual en supuestos de grave amenaza, contextos objetivamente intimidatorios, circunstancias de cautiverio o cuando el abuso sexual es sistemático o continuado.
- b) Frente a dos o más declaraciones testimoniales carentes de uniformidad o persistencia, es posible hacer prevalecer aquella con contenido de inculpatión por sobre la otras de carácter exculpatante.
- c) La retracción de la víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo exige verificar la ausencia de incredibilidad subjetiva, mínima corroboración periférica, y que su versión no sea fantasiosa o increíble, sino coherente.
- d) El requisito de uniformidad y firmeza del testimonio inculpatario en los delitos sexuales debe flexibilizarse cuando se verifique que la retracción obedece a sentimientos de culpa de la víctima, reproches o presión de la familia o del abusador.
- e) La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de los delitos sexuales trascienden el ámbito privado y su tratamiento es de autonomía pública.

---

<sup>8</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida con fecha 6 de Setiembre del año 2011, y publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 30 de mayo del año 2012. Establece como precedentes vinculantes del fundamento vigésimo primero a trigésimo octavo.

- f) Lo dicho para la retracción de la víctima de abuso sexual es aplicable a los casos en los que el agente es cercano a la víctima por motivos de confianza (vecino), por haber tenido una relación de autoridad (padraastro, profesor, etc.); y en los que media temor a represalias.
  - g) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima no pueden inferirse de su comportamiento sexual anterior o posterior de los hechos, o de su experiencia sexual.
  - h) Excepcionalmente, puede disponerse que la víctima declare en el juicio cuando su declaración previa no respetó las formalidades mínimas; fue incompleta o deficiente; lo solicite la propia víctima o esta se haya retratado mediante escrito, o sea necesario que incorpore nueva información o realice aclaraciones.
- ✓ **Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-1169<sup>9</sup>**, de fecha 30 de mayo del año 2012. (Diferencias entre los delitos de violación sexual, trata de personas, favorecimiento a la prostitución y proxenetismo), establece lo siguiente:
- En la violación sexual se sanciona al que tiene acceso carnal con la víctima; en la trata de personas se reprime a quien coloca a la víctima en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro; en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente promoviendo la prostitución de la víctima; y en el delito de proxenetismo el agente interviene directamente en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente, convence o compromete para que se prostituya.

---

<sup>9</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida con fecha 6 de Setiembre del año 2011, y publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 30 de mayo del año 2012. Establece como precedentes vinculantes de los fundamentos octavos a vigésimo. Precisa que el **delito de trata** de personas consiste en actos de promoción, favorecimiento, financiación y facilitación los cuales se expresan en la capacitación de transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas a través de medios violentos o fraudulentos. **El delito de favorecimiento a la prostitución** consiste en: i) promover, iniciar, incitar o ejercer sobre otra influencia para que ejerza la prostitución; o ii) favorecer, cooperar, coadyuvar o colaborar para que dicha actividad ya establecida se siga ejerciendo. **El delito de proxenetismo** consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal a cambio de una compensación pecuniaria. La condición de menor de edad de la víctima es siempre una agravante específica de los delitos de trata de personas, favorecimiento a la prostitución y proxenetismo. Mientras la trata de persona atenta contra la libertad personal, la violación sexual afecta la libertad sexual; en tanto que el proxenetismo vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de la persona prostituida o explotada sexualmente.

- ✓ **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2012/CJ-11610<sup>10</sup>**, de fecha 26 de Julio del año 2012.

(Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170° del Código Penal). (La inaplicación del artículo 173.3 del CP, no significa la impunidad de los abusos sexuales contra personas de 14 a 18 años de edad), establece lo siguiente:

Los supuestos de abuso sexual o acceso carnal no consentido con personas de 14 a 18 años de edad, deben ser reconducidas del artículo 173° inciso 3) del CP (violación sexual de menores) a los artículos 170°, 171°, 172°, 175° o 179°-A del CP, según se emplee violencia, amenaza o engaño; o la víctima se encuentre en estado de inconsciencia o de imposibilidad de resistir; sufra de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se encuentre e incapacidad de resistir; o se dedique a la prostitución.

Por lo que, del referido acuerdo plenario, entre otros, se resalta los siguientes precedentes:

- a) Toda conducta criminal debe tener como sustento un bien jurídico concreto. En el caso de los delitos sexuales, se protege la indemnidad sexual y la libertad sexual.
- b) Mientras el artículo 170° sanciona el acometimiento sexual mediante vis absoluta o vis compulsiva; el artículo 173° sanciona el acceso carnal con menores de edad, sin considerar, por innecesario, ningún tipo de violencia.
- c) La lesión de la libertad sexual requiere engaño, violencia, amenaza, estado de inconsciencia o de imposibilidad de resistir. En cambio, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguno de esos medios.
- d) La inclusión de la escala etaria del tramo 14-18 años al artículo 173.3 del CP, tuvo como finalidad eliminar la posibilidad del consentimiento en el ámbito sexual de personas de aquellas edades.
- e) La conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas de 14 a 18 años debe subsumirse, según el caso, en los artículos 170°, 171°, 172°, 176° o 179°-A del CP.

---

<sup>10</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida con fecha 26 de marzo del año 2012, y publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 26 de Julio del año 2012. Establece como precedente vinculante de los fundamentos noveno a décimo séptimo.

- f) Era incoherente que el acceso carnal consentido con una persona de 14 a 18 años se sancione con una pena mucho más grave que cuando el agente empleaba engaño contra la víctima o si esta se dedicaba a la prostitución.
- g) Es conveniente que el legislador prevea el artículo 170º del CP, como violación agravada, la perpetrada contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad.
- h) La ley aplicable en casos de abuso sexual de personas de 14 a 18 años, es el artículo 170º del CP, según los hechos concretos.
- ✓ **Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-11611**<sup>11</sup>, de fecha 21 de junio del año 2016. (Sobre la aplicación judicial del artículo 15º del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes es necesario realizar una pericia antropológica para aplicar el error de prohibición culturalmente condicionado), establece lo siguiente:

La pericia antropológica es obligatoria para decidir la aplicación del artículo 15º del CP (error de prohibición culturalmente condicionado). Dicha pericia debe verificar si la costumbre invocada tiene validez actual en el entorno cultural de los sujetos involucrados. Sin embargo, el artículo 15º del CP, no es aplicable a los abusos sexuales cometidos en agravio de menores de 14 años de edad.

Por lo que, del referido acuerdo plenario, entre otros, se establece los siguientes precedentes:

- a) La pericia antropológica debe centrarse en el origen de la costumbre invocada, verificando si tiene validez actual en el entorno cultural de los sujetos involucrados, o existe cuestionamiento o rechazo al abuso sexual de menores de 14 años.
- b) Los jueces deben incorporar y valorar otros medios de prueba idóneos para contrastar las conclusiones de las pericias antropológicas realizadas. Así, pueden solicitar o aceptar informes o testimonios de las autoridades comunales o rondarías.
- c) Las decisiones judiciales relativas a la aplicación del artículo 15º del CP, deben considerar los principios de proscripción de discriminación u de violencia contra

---

<sup>11</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida con fecha 2 de octubre del año 2015, y publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 21 de junio del año 2016. Establece como precedentes vinculantes de los fundamentos décimo segundo a décimo sexto

la mujer y los menores de edad, así como de prevalencia de interés superior del niño.

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-11612**<sup>12</sup>, de fecha 21 de junio del año 2016. (Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual), establece lo siguiente:

Las opiniones periciales no obligan al Juez y son valoradas de acuerdo a la sana crítica, sin embargo, el Juez no puede descalificar el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico o artístico, fundándose en sus conocimientos personales. El Juez no está vinculado a lo que declaren los peritos, sino que puede formar su convicción libremente; empero, debe fundamentar tanto la aceptación como el rechazo del dictamen pericial.

En una víctima de violación sexual, el perito médico debe establecer si ha sido objeto de desfloración vaginal, acto contranatura u otras lesiones físicas. Deberá recabar vestigios como vellos púbicos, manchas de semen, contenido vaginal, etc.; y verificar desgarros, laceraciones, equimosis y tumefacciones del borde himeneal, en el caso de acceso carnal vaginal, o borramiento de pliegues del esfínter, desgarros, fisuras en el caso de acceso carnal anal.

En los procesos por delitos sexuales se puede realizar una pericia psicológica sobre la credibilidad de un testigo; sin embargo, los peritos solo pueden diagnosticar la personalidad en abstracto del testigo, no si lo declarado por el verdadero o falso en caso concreto. El informe psicológico no puede decir si una declaración se ajusta o no a la realidad, solo le sirve al Juez de apoyo periférico, sin sustituir su convicción sobre la credibilidad del testigo.

#### ❖ **Evolución Normativa.**

El artículo 173° del Código Penal ha sido objeto de varias modificaciones. En primer lugar, se modificó por la **Ley N° 26293**, del 14 de febrero del año 1994, que incrementó notoriamente la pena consignada en los incisos 1), 2) y 3) del citado artículo; y por otra parte reemplazo la agravante del último párrafo consignando la “posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le

---

<sup>12</sup> Este Acuerdo Plenario, fue emitida con fecha 2 de octubre del año 2015, y publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 21 de junio del año 2016. Establece como precedentes vinculantes de los fundamentos décimo quinto de trigésimo sexto.

impulse a depositar en él su confianza (...)", estableciendo una sanción 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 ético - social.

Seguidamente mediante el **Decreto legislativo N° 896**, de fecha 24 de mayo del año 1996 "Ley contra los Delitos Agravados", Ley N° 26950, se otorgó al Poder Ejecutivo facultades legislativas en materia de Seguridad Nacional, quien incrementó drásticamente la penalidad de los incisos 1), 2) y 3); llegando al extremo de imponer cadena perpetua al caso de la agravante del último párrafo del artículo 173°.

Asimismo, de la investigación realizada en el presente trabajo, encontramos que a la fecha no se ha podido determinar con exactitud cuál fue el criterio empleado por el legislador para incluir el artículo 173° del Código Penal en lo referente al delito violación sexual de menores en el paquete legislativo, referente a Seguridad Ciudadana, si dicha expresión de violencia se caracterizaba por los delitos de secuestro, asesinato y robo con la utilización de armas, municiones y explosivos utilizadas por las fuerzas del orden: FFAA y PNP.

La dosimetría penal fue en principio aminorada por la Ley N° 27472 de fecha 5 de junio del año 2001, tanto en los incisos 1) y 3) del referido artículo, así como en la circunstancia agravante. No obstante, por disposición del artículo 1° de la Ley N° 27507<sup>13</sup>, publicada el 13 de julio del año 2001, fueron restituidos los marcos penales aminorados, salvaguardándose de la sobre – criminalización defendida por diversos sectores políticos y sociales de la Sociedad Peruana. Orientación acorde con las nuevas tendencias excesivamente punitivas de las legislaciones europeas en lo referente a los delitos sexuales. Tal postura surge ante el creciente desencanto de las posibilidades de una intervención efectiva resocializadora del Estado sobre el

---

<sup>13</sup> VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE CATORCE AÑOS DE EDAD. PUBLICADO EL 13 DE JULIO 2001 (LEY N° 27507), establecía taxativamente lo siguiente: "El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. 3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3".

delincuente (crisis de prevención especial) y la obsesión de seguridad que muestran algunos sectores de la sociedad.

Sin duda, el proceso formativo de la política criminal del legislador en el ámbito de los delitos sexuales, no tiene freno alguno, pues las modificaciones, incorporaciones o derogaciones se han mantenido sin cesar en estos últimos años; si se tiene que la figura delictiva prevista en el artículo 173°, lo que refleja es lo sensible que son estos temas en la población, pues las reformas penales han tenido como precedentes hechos de violencia sexual que conmueven a la opinión pública, al tratarse de víctimas de edades inferiores al momento de tener contacto sexual (menores de tres años de edad, e inclusive una bebe de nueve meses de nacida), lo que desencadena inmediatamente una demanda enérgica de la población de una mayor dureza punitiva; lo cual se materializa de forma mediática por el legislador. Siendo así, tenemos la notable influencia de elementos de valoración, de forma relativa, con la dación de la Ley N° 2825114, pero fue en definitiva con la sanción de la Ley N° 2870415<sup>14</sup>, la que significo el entroncamiento duro en la moralidad en el contenido de este tipo penal, al incluir la penalización de actos sexuales (acceso carnal), de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad<sup>15</sup>.

✓ **La “reconducción” legal del abuso sexual de menores de 14 a 18 años del artículo 170° al 173°.3 del Código Penal (año 2006)**

Mediante la Ley N° 28704, publicada el 05 de abril del 2006, se modifica el Código Penal y se traslada la agravante de la víctima menor de edad (14 a 18 años) del artículo 170°, al inciso 3) del artículo 173°, siguiendo el compromiso internacional de la Convención del Niño<sup>16</sup> y maximizando la protección de los

---

<sup>14</sup> VIOLACIÓN SEXUAL DE CATORCE AÑOS DE EDAD PUBLICADO EL 08 DE JUNIO 2004 (LEY N° 28251), que establecía taxativamente, lo siguiente: El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad: 1) si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua; 2) Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años; 3) Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3".

<sup>15</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *“Los Delitos Sexuales – análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”*; Editorial SAC, Lima, 2015, Pág. 345-348.

<sup>16</sup> **La Convención sobre los Derechos del Niño**, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El Perú firmó la Convención el 26 de enero de 1990, comprometiéndose con la comunidad internacional a su futura aprobación por los órganos nacionales

niños, niñas y adolescentes frente a los abusos sexuales. Como consecuencia que la conducta de abuso sexual de menores de 14 a 18 años iba a formar parte de la protección a la indemnidad sexual y a tener una nueva penalidad, la “reconducción” tuvo que hacerse necesariamente mediante modificación legal, pues como lo señala Rodríguez Devesa “la nota de legalidad característica del derecho punitivo moderno hace que ese estudio tenga que versar siempre sobre un determinado derecho positivo...”.

Desde el texto original del Código Penal, por medio del artículo 173º, se ha tutelado el bien jurídico “indemnidad sexual”<sup>17</sup>, y con la modificatoria hecha por la Ley Nº 28704, la conducta de agresión sexual de menores regulada en el artículo 170º (libertad sexual) pasaba ahora a ser considerada dentro de los delitos contra la indemnidad sexual del artículo 173º. Esta modificatoria legal marcó mucho más la diferencia entre los delitos de abuso sexual de víctimas menores de edad del caso de las víctimas mayores de edad, lo que se reflejó, además, en la mayor penalidad y prohibición de beneficios penitenciarios para los primeros, promoviendo con ello una mejor protección a los niños, niñas y adolescentes, y garantizando una mayor eficacia preventiva general y especial de los delitos de abuso sexual de menores.

La finalidad de esta legislación, según el Tribunal Constitucional<sup>18</sup>, es “desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad”, y ello tiene “un peso axiológico intenso”, que se sustenta en tres principios: 1) El

---

competentes. Es así que el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 4 de agosto de 1990, aprobó la Convención integrando sus preceptos con jerarquía de norma constitucional en el derecho nacional.

<sup>17</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis; *“Indemnidad Sexual - Tratamiento Jurídico”*, IDEMSA, 2013, Pág. 39.

<sup>18</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0012-2010-PI/TC, correspondiente a la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 28704. Al respecto, destaco los fundamentos de protección hacia los menores de edad, y las reglas para la interpretación favor *debilis*, que sustentan el trato diferenciado que debe dar el derecho penal a las víctimas menores de edad, sin embargo, no estoy de acuerdo con la “legitimación constitucional” de leyes que afectan derechos fundamentales, al negar toda posibilidad de resocialización, deshumanizando las penas, y que afectan igualmente la independencia de los jueces. La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que: “(...) Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral” (Conf. Párrafo 204 de la sentencia N° 52 de 30 de mayo de 1999; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros).

menor de edad se encuentra, en comparación con el mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física, por lo que debe ser protegido; 2) La constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir *prima facie* y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, ...*que se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios pro homine y favor devilis*; y 3) El deber de especial protección del menor de edad como un ideal regulativo previsto en la Constitución que garantice ahora y para el futuro la protección de los niños, niñas y adolescentes.

A través del tipo penal del artículo 173°, desde su texto original siempre se ha tutelado el bien jurídico **indemnidad sexual**, y ello, no ha sido impedimento para sancionar los abusos sexuales de menores realizados con “consentimiento”<sup>19</sup> o sin “él”, es decir, el abuso sexual de menores de 14 años, con violencia o no, siempre se ha sancionado con el artículo 173°. A partir de la Ley N° 28704, al trasladarse la conducta de abuso sexual de menores de 14 a 18 años del artículo 170° al 173°, se produjo una reforma legal trascendente que brindó una mayor protección penal a los menores de edad, pues a partir de ese momento, la agresión sexual -de dichos menores- “con consentimiento o no”, iba a ser sancionada con el artículo 173°, es decir, como una conducta contra la indemnidad sexual y con una pena mucho más grave. La razón de peso de esta reforma legal obedece a la Convención sobre los Derechos del Niño, la que como ya se dijo, impone el deber al Estado peruano de proteger preferentemente a los menores de 18 años, debido a que “...su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

---

<sup>19</sup> Usamos el término “consentimiento” sólo con fines ilustrativos, para poner en evidencia, que sistemáticamente las conductas de abuso sexual de menores de edad realizadas con violencia o no, siempre se han calificado jurídicamente dentro del artículo 173°, ya que, desde la perspectiva de la bien jurídica indemnidad sexual, hay incapacidad plena para consentir.

No era razonable, pues, que el Estado sólo protegiera a los menores de edad<sup>20</sup> infractores de la ley penal, imponiéndoles un proceso especial tutelar y sanciones distintas a los adultos, sino que también era obligación del Estado, uniformizar dicho trato para con las víctimas menores de edad, en aplicación de los principios de igualdad y el interés superior del niño. Por ello, la protección penal de la indemnidad sexual se extendió a las víctimas menores de 14 a 18 años, y, en consecuencia, toda relación sexual que tuviese como víctima a dichos menores, sea consentida, con violencia o con amenaza, debía ser calificada como delito sexual agravado previsto y sancionado en el artículo 173°.3 del Código Penal.

✓ **La “reconducción” legal del abuso sexual no consentido de menores de 14 a 18 años del artículo 173°.3 al 170° del Código Penal (año 2013)**

La confusión se origina a partir de los Acuerdos Plenarios N° 07-2007 y N° 04-2008 y el “carácter vinculante”<sup>21</sup> que se les ha dado, sin ser en realidad una fuente directa del derecho peruano, al no ser propiamente sentencias casatorias o precedentes jurisprudenciales<sup>22</sup>. Y, es que estos Acuerdos Plenarios prácticamente “descriminalizan y derogan” la Ley N° 28704, en la parte que amplía los alcances del bien jurídico indemnidad sexual a los menores de 14 a 18 años e incorpora la conducta de abuso sexual al inciso 3) del artículo 173° del Código Penal. En efecto, el tipo penal del artículo 173°.3, para estos Acuerdos Plenarios, se ha “descriminalizado” al reconocer que los menores de 14 a 18 años sí pueden tener relaciones sexuales consentidas. De esta manera –siguiendo la lógica de los Acuerdos Plenarios- ya no existe el bien jurídico “indemnidad sexual” para los casos de relaciones sexuales consentidas, pudiendo sí ser víctimas de agresiones sexuales que afectarían

---

<sup>20</sup> Se considera como menores de edad hasta los 18 años, así se desprende del Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, “Se considera...adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad...”.

<sup>21</sup> Nadie discute las buenas intenciones y el valor de los Acuerdos Plenarios para la unificación de la jurisprudencia, pero no debemos de confundirlos con los precedentes jurisprudenciales.

<sup>22</sup> Pues no se expiden bajo los alcances ni con los requisitos del artículo 433° del Código Procesal Penal y del artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que son las normas que reconocen (autorizan) la potestad de la Sala Penal de la Corte Suprema, a expedir sentencias que establezcan precedentes vinculantes. Los Acuerdos Plenarios tienen como fundamento legal el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza a los jueces de todas las instancias a realizar plenos distritales, regionales o nacionales para concordar la jurisprudencia, teniendo dichos acuerdos el valor de fuente indirecta.

su libertad relativa (bien jurídico “libertad sexual”). Esto habría llevado a la Casación N° 49-2011-La Libertad, a concluir, que como la agresión sexual a menores de 14 a 18 años ya no encaja en el artículo 173°.3, que tutelaba la indemnidad sexual, debiera ser reconducido al tipo penal del artículo 170°, que tutela la bien jurídico “libertad sexual” de una adolescente.

Empero, la modificación producida por la Ley N° 30076, publicada el 19 de Agosto del año 2013, con respecto a la modificación acaecida en el artículo 173° (in fine), primer reflexión que nos evoca la ley mencionada, es que por fin el legislador, asumió las postura (político criminal) racional del estado de las cosas, y despenalizó las relaciones sexuales consentidas, con personas mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho, derogando el inciso 3) del artículo 173°; lógicamente, la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema, planteada en los Acuerdos Plenarios, donde se ponía a la luz, lo asistemático que resultaba, la penalización de tal comportamiento, y de forma ya contundente, la declaratoria de la inconstitucionalidad del inciso 3) del artículo 173° por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 00008- 2012-PI/TC), no le dio más opción que expulsar de la redacción normativa, dicha trasnochada incriminación, que lo único que provoco, fue de persecuciones y sanciones penales absurdas y trasnochadas, atiborrando los Tribunales de justicia, de causas que no merecían ser encausadas en la vía penal, por carecer de una verdadera materialidad sustantiva (de un injusto penal cualificado); donde la penalización se sostenía en criterios –meta-jurídicos, ajenos a los que debe guiar la política criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Segundo, que la cesura de la valoración de la política criminal, sola es posible a través de razón inspiradora de los principios legitimadores de un derecho penal democrático; la teología y ética que debe resguardar las normas penales, únicamente se puede cautelar con los filtros de que dichas guías rectoras, ejercen en la decisión definidora de la reforma normativa. La dogmática jurídico-penal, por tanto, asume misión de la jurisprudencia, que de cierta forma han influenciado es esta decisión del legislador; que si bien la norma – citada- ya había sido declarada como “inconstitucional”, esto no era óbice para que el Parlamento procediera a su total expulsión, pues su vigente literalidad, podría

traer a algunos operadores, a su aplicación, aun a costa de su irrelevante y abusiva invocación, sabedores de la cultura positivista<sup>23</sup>.

Por lo que, en atención a lo señalado líneas arriba, queda claro que mediante la vigencia de la Ley N° 30076, se modifica el artículo 173° del Código Penal, referente al delito de violación sexual de menor de edad, en el sentido que se debe concluir que el bien jurídico protegido del delito de acceso carnal sexual sobre un menor es solo la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años, siendo que, los menores de 14 a 18 años de edad, en caso de ser víctimas de acceso carnal no consentidas, se encuentran inmersas al tipo penal previsto en el artículo 170° del mismo cuerpo de leyes, el mismo que a la fecha se encuentra vigente. Siendo claro que con dicha modificación del tipo penal ya acotado, solo se sanciona las relaciones sexuales no consentida de las víctimas de 14 a 18 años, mediando violencia física y/o amenaza, lo que a todas luces nos manifiesta una coherencia penológica del supuesto delictivo, pues el acto sexual que se realice mediante violencia grave recibirá una pena acorde al hecho suscitado, mientras que aquel acto sexual que se ha realizado con consentimiento de las partes, máxime como expresión de un sentimiento compartido, ya no es sancionado, respetándose así, los principios de proporcionalidad y por supuesto el de humanidad de las penas, pues la sanción punitiva no puede resultar atentatorio a los derechos fundamentales de los individuos. Es que el libre ejercicio de la sexualidad, es un derecho humano de primera línea.

## **2.1.2. Bases Teóricas (Definiciones conceptuales)**

### **❖ El Bien Jurídico**

El bien jurídico es todo lo valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle con normalidad, de ahí que sea interés de la comunidad conservarlo integro, protegiéndolo mediante normas jurídicas; teniendo en cuenta que todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución, a través de los cuales se marcan los límites de la potestad punitiva al Estado.

---

<sup>23</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *“Los Delitos Sexuales – análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”*, ideas solución Editorial SAC, 2015, Pág. 374-376.

Asimismo, un derecho penal democrático solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoren como absolutamente indispensables para la coexistencia pacífica en la sociedad, es así, que el bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia, puesto que no existe un Estado democrático de derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo un bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción penal.

En atención a lo señalado, se tiene que en el presente trabajo de investigación (SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433) hace hincapié en los delitos contra la violación sexual de menores de 14 años edad– BIEN JURIDICO INDEMNIDAD SEXUAL; por lo que, respecto a este, punto, diversos Juristas e inclusive pronunciamientos en ejecutorias supremas, recursos de nulidad y acuerdos plenarios, se han enfatizado en darnos una amplia definición, lo mismos que se detallaran en las siguientes líneas.

❖ **La INDEMNIDAD SEXUAL como bien jurídico protegido en el delito de violación sexual de menores de 14 años de edad.**

▪ **Conceptos de los Juristas**

- ✓ **SALINAS SICCHA, Ramiro.** Con el delito de violación de menor se pretende proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores. La indemnidad o intangibilidad sexual se entiende como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea<sup>24</sup>.
- ✓ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.** En esta figura delictiva se tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad, ahora la moralidad de los menores de dieciocho años hasta los catorce años de edad. En principio se trata del normal desarrollo de la sexualidad, en cuanto esfera que se pueda ver gravemente comprometida, como consecuencia de relaciones sexuales prematuras; mientras la edad de la víctima vaya en

---

<sup>24</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro; “Derecho Penal – parte especial”, IDEMSA, Lima, 2015, Pág. 579

descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí que las penalidades también sean mayores<sup>25</sup>.

- ✓ **REYNA ALFARO, Luis.** (...) Entonces, los sujetos que carecen (de modo momentáneo o definitivo) de esa libertad valorativa no poseen libertad sexual, lo que no significa- sin embargo- que el Derecho penal los deje desprotegidos. Es justamente esa incapacidad valorativa que algunos ciudadanos tienen la que impone el Estado, la obligación -derivada de la idea de Estado de Derecho- de mantenerlas excluidas de cualquier instrumentalización por terceros, y de ese modo, evitarles cualquier daño de índole sexual. Aparece así, primero en la literatura penal italiana y luego en la española, la noción de indemnidad o intangibilidad sexual<sup>26</sup>, por un lado, entendida como un presupuesto garantizador de la libertad sexual futura del individuo, pues la introducción prematura del individuo en la sexualidad puede suponer una muy grave perturbación del desarrollo de la personalidad y de la sexualidad, y por otro lado, entendida como un obstáculo para la instrumentalización del ciudadano por parte de terceros. Sin embargo, estas referencias en negativo no indican lo que la indemnidad o la intangibilidad sexual vienen a ser y no abonan a favor de establecer el bastante oscuro panorama definidor del contenido de indemnidad sexual. Bajo la expresión de indemnidad o intangibilidad sexual se comprende una serie de condiciones de orden físico y psíquico que posibilitan un desarrollo psíquico y normal y sin perturbaciones que permitan el futuro ejercicio sexual en libertad, en otros términos, una libertad sexual potencial<sup>27</sup>.
  
- ✓ **ARCE GALLEGOS, Miguel.** (...) Al respecto se puede indicar que efectivamente la indemnidad sexual, hace referencia a la protección del ejercicio sexual, a favor de personas menores de edad a los cuales se les puede afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producir

---

<sup>25</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *“Los Delitos Sexuales – Análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”*, Ideas Solución Editorial SAC, 2015, pág. 355.

<sup>26</sup> El maestro José Luis Díez Ripolles ilustra que la idea de “indemnidad sexual” aparece como aporte del maestro Cobo del Rosal como sustituto de la noción de “intangibilidad sexual” que proponía la doctrina penal italiana, información extraída de la página web:

<http://www.icade.com.pe/imagen/Revistas%20ICADE/3%20Revista%20Abril%20-%202013.pdf>

<sup>27</sup> REYNA ALFARO, Luis; *“Los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual – Enfoque dogmático y jurisprudencial”*, Jurista Editores E.I.R.L., Primera edición, 2005, Pág. 132-133.

alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro<sup>28</sup>

▪ **De las Ejecutoria Recaídas en los siguientes Recursos de Nulidad:**

✓ **Recurso de Nulidad N° 63-04 – LA LIBERTAD**, se precisa lo siguiente:

El delito de violación sexual de menor de catorce años de edad se encuentra previsto y sancionado por el artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: El caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro. De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues este carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente.

✓ **Recurso de Nulidad N° 4328-2009-AYACUCHO**, se sostiene que:

(...) El delito de violación sexual de menor de edad toma en cuenta la indemnidad e intangibilidad sexual de los menores de edad – es la forma que tiene el Estado de proteger la sexualidad de los menores de edad que por sí solos no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para hacerlo; que con ello se garantiza el normal desarrollo de sus sexualidad- y por ende, no requiere típicamente que el agente emplee violencia o grave amenaza contra la víctima, ni que esta ofrezca resistencia contra el agresor, es decir, basta que se acredite el yacimiento carnal, en este caso, la tentativa del mismo para que se configure el delito sub-materia (...).

✓ **Recurso de Nulidad N° 418-2012-Lima**, al indicarse que:

(...) El bien jurídico que se protege es la intangibilidad o indemnidad sexual. El ejercicio de la sexualidad en menores de edad se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico futuro, de ahí que para

---

<sup>28</sup> ARCE GALLEGOS, Miguel; *“El Delito de Violación Sexual – Análisis dogmático, jurídico – Sustantivo y Adjetivo”*, ADRUS, Primera Edición, Arequipa, 2010, Pág. 90.

la realización del tipo penal no entre en consistencia el consentimiento, pues este carece de validez, configurándose una presunción iuris et iure de la incapacidad de los menores de edad para consentir válidamente.

- ✓ **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2012/CJ-2012, establece lo siguiente:**

(...) Con la tutela de la Indemnidad sexual se protege el desarrollo normal, en el ámbito sexual, de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente (menores de 14 años y personas con anomalía psíquica).

A modo de conclusión, consideramos que la “**indemnidad o intangibilidad sexual**”, se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal y progresivo del ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez, tanto físico como psicológico para tener relaciones sexuales, como sucede en el caso de menores de 14 años, por lo que el Estado, debe trabajar para orientar a la población a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. Asimismo, en el caso de los menores de edad se prohíbe el ejercicio de las relaciones sexuales en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

- ❖ **La LIBERTAD SEXUAL como bien jurídico protegido en los delitos sexuales**

- **Conceptos de los Juristas**

- ✓ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, define lo siguiente:**

La libertad sexual parte de la autonomía misma del ser humano, de dirigir dicha esfera conforme al discernimiento como plasmación de la voluntad que se exterioriza a partir de actos concretos y que involucra a otro ser humano, pues en definitiva los actos que el sujeto haga con su propio cuerpo no es de incumbencia para el Derecho Penal, a menos que este sea obligado a realizarlo mediando coacción o amenaza<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: opcit, pág. 239.

- ✓ **RAMOS NOGUEIRA, Iván**, define lo siguiente:

Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de auto determinarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria<sup>30</sup>.

- **De las Ejecutoria Recaídas en los siguientes Recursos de Nulidad:**

- ✓ **Casación N° 148-2010- MOQUEGUA – Sentencia Casatoria.**

La libertad sexual es una cualidad que se brinda a las personas, entendiendo que estas presentan un desarrollo físico y fisiológico tal, que se permita inferir en ellas una capacidad racional de determinación respecto de la actividad sexual.

- ✓ **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2012/CJ-2012**, establece lo siguiente:

La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, esta se configura, como una concertación de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamientos sexuales.

- ✓ **Casación N° 579-2013-ICA<sup>31</sup>**– Sentencia Casatoria.

Mientras que, cuando la edad supera los catorce años de edad, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, toda vez que, es la expresión de su desarrollo al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respecto de la dignidad de la persona humana.

### **2.1.3. Elementos Constitutivos del Delito**

---

<sup>30</sup> NOGUEIRA RAMOS, Iván; *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, Griley, 2011, Pág. 39-42.

<sup>31</sup> Casación, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 26 de octubre del año 2015. P. 7304 y 7305 – Fjs. 4.

- ❖ **Artículo 173° inciso del 3) del Código Penal**, vigente al momento de acontecidos los hechos<sup>32</sup>.

✓ **TIPICIDAD OBJETIVA:**

**A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:**

Se entiende como bienes jurídicos como “relaciones sociales concretas de carácter sintético” protegidas por la norma penal, que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno.

En principio el Estado Democrático de Derecho debe proteger bienes de orden jurídico relevantes para la sociedad a la que se dirige, no desprendiéndose de la realidad cotidiana del país, ni proteger situaciones que no deben serla bajo sanción penal.

▪ **INDEMNIDAD SEXUAL**

El ámbito de protección del artículo 173° del Código Penal, lo constituye la indemnidad sexual de los menores de edad. La interpretación y análisis de dicho tipo penal es exclusivo, delimitando mediante un cuantificador étáreo, grupo de personas que gozan de protección especial; por lo que no debe extenderse innecesariamente la protección penal.

La indemnidad sexual o intangibilidad sexual, está orientada a salvaguardar el libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro, cuando goce de las condiciones necesarias, que no se dan cuando se es menor de edad; de lo contrario, construiría una vulneración a la libertad sexual del adolescente, pues cuenta con las condiciones mínimas (físicas y psíquicas) para ejercerla, siendo importante el consentimiento válido (discernimiento, comprensión del acto, grado de experiencia, cultura, relaciones sociales que le rodea)<sup>33</sup>.

En cuanto a la protección de la intangibilidad sexual de personas que por decisión legislativa carecen de libertad sexual. El legislador busca proteger el desarrollo físico – psicológico sexual de estas personas a fin de que obtengan una madurez sexual adecuada y por ende convertirse en titulares del bien jurídico “libertad sexual”

---

<sup>32</sup> En aplicación del artículo 6° del Código Penal, que establece “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible (...)”.

<sup>33</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis; “Indemnidad Sexual – Tratamiento Jurídico de las Relaciones Sexuales con Menores de 14 a 18 Años de Edad”, IDEMSA, 2013, Pág. 39

(menores, incapaces temporales), o proteger a aquellas personas privadas permanentemente de discernimiento sexual de acciones dirigidas a convertirlas en objetos sexuales.

## **B) SUJETO ACTIVO**

Cualquier persona mayor de dieciocho años de edad varón o mujer, comúnmente es un hombre, pero, también la mujer puede serlo. Para LOGOZ, una mujer que dispensa sus favores a un muchacho menor de catorce años es punible con el mismo título que el hombre que abusa de una menor de la misma edad<sup>34</sup>; pues como se ha ido sosteniendo a lo largo de este trabajo, la libertad sexual es privativa tanto del hombre como de la mujer, sin interesar su opción sexual (heterosexual u homosexual), basta que se dé la posibilidad de realización de la conducta descrita en el tipo base. Lo que se incrimina es el abuso sexual, el aprovechamiento de la minoridad del sujeto pasivo, para la configuración del acceso carnal sexual; este abuso puede provenir tanto de un hombre como de una mujer. Si el autor es menor de edad, resulta infractor de la ley penal, por lo que su persecución será competencia de la justicia de familia<sup>35</sup>.

## **C) SUJETO PASIVO:**

Será cualquier persona menor de edad hasta catorce años de edad; puede ser varón o mujer. La Clasificación etaria está basada en la edad cronológica de la víctima.

La determinación de la edad para la configuración del tipo penal establecido en el artículo 173º del Código Penal resulta necesaria, por cuanto ella permitirá fijar, concuasar la conducta en uno de los grupos etarios de víctimas, según el legislador ha sido clasificado de la siguiente manera:

1. Menos de diez años de edad.
2. Entre diez años de edad, y menos de catorce.
3. Entre catorce años de edad y menos de dieciocho (despenalizado cuando existe consentimiento).

---

<sup>34</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *“La reforma política criminal de los delitos sexuales, vía ley N° 28704, sancionada el 05 de abril del 2006”*, Diálogo con la Jurisprudencia, año 13, N° 108, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, Pág. 310.

<sup>35</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *“Los Delitos Sexuales – Análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”*, Ideas Solución Editorial SAC, 2015, pág. 357.

Documentalmente la forma de acreditar la minoría de edad será mediante la partida de nacimiento de la persona agraviada o con la presentación del DNI de menores, situación que a nivel jurisdiccional constituye una práctica continua<sup>36</sup>.

#### **D) COMPORTAMIENTO TÍPICO:**

La acción típica consiste en acceder carnalmente a una persona, el mismo que presenta las siguientes variantes:

- Acceso carnal por vía vaginal (p/v).
- Acceso carnal por vía anal (p/a).
- Acceso carnal por vía bucal (p/b).
- Acto análogo: introducción de objetos idóneos en vía vaginal (capacidad sustitutiva del órgano sexual masculino).
- Acto análogo: introducción de objetos idóneos en vía anal (capacidad sustitutiva del órgano sexual masculino).
- Acto análogo: Introducción de partes del cuerpo (dedos, lengua, mano, etc.) por la cavidad vaginal o anal.

Acción recaída sobre una persona menor de 14 años de edad cronológica; el agente activo tiene que conocer o estar en posibilidades de conocer la minoría de edad de la víctima.

Asimismo, es irrelevante que la víctima ya no sea virgen, se dedique a la prostitución.

#### **✓ TIPICIDAD SUBJETIVA**

La violación sexual es un delito doloso, en que el agente actúa con conocimiento y voluntad de tener acceso carnal con la víctima.

El dolo que se exige para la configuración del delito en estudio es directo, en la doctrina se discute si además del dolo, el tipo subjetivo del delito de violación requiere el ***animus lubricus*** o la tendencia lasciva. En un primer enfoque podríamos señalar que este elemento permite por ejemplo distinguir entre un delito de violación sexual y uno de lesiones. Las conductas de violencia sexual pueden responder a distintos motivos tales como burla, curiosidad, venganza, etc. Lo decisivo es la intención de someter sexualmente a una persona en contra de su voluntad, con independencia de

---

<sup>36</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis; "Indemnidad Sexual – Tratamiento Jurídico de las Relaciones Sexuales con Menores de 14 a 18 Años de Edad", IDEMSA, 2013, Pág. 47

cal sea el ánimo o la finalidad que el autor persiga, las motivaciones de este no tienen relevancia jurídico penal, aquí lo importante es el atentado contra la indemnidad sexual, por lo que la exigencia de dolo es suficiente<sup>37</sup>. Es inadmisibles la culpa.

#### ✓ **CONSUMACIÓN**

El delito de Violación Sexual de menor de edad se consuma con la penetración total o parcial del órgano sexual masculino (en la vagina, ano, boca), u otro objeto o parte del cuerpo (en la vagina o ano)<sup>38</sup>. Es posible la tentativa.

Que, el delito de violación sexual se consuma con la introducción del miembro viril, aunque sea parcialmente; que, en efecto, la consumación del delito solo requiere la penetración en los órganos sexuales de la mujer, sin que sea exigible la perfección fisiológica del coito, la cópula normal y completa en su alcance y consecuencias, solo se requiere que exista penetración, no que se produzca la rotura más o menos completa del himen con desfloración de una mujer virgen<sup>39</sup>.

#### ✓ **ERROR DE TIPO**

Por otro lado, no hay mayor inconveniente para sostener que, en cuanto a la edad de la víctima, es posible que tenga lugar el conocido error de tipo. Se presentará esta categoría jurídica, por ejemplo, cuando el agente actúe con la creencia firme que el sujeto pasivo con el cual realiza el acceso carnal sexual es mayor de dieciocho años, situación que se resolverá aplicando lo dispuesto en el artículo 14° del Código Penal, siempre y cuando el sujeto activo no haya hecho uso de violencia o amenaza grave sobre la víctima, pues de verificarse la concurrencia de estos factores en el caso concreto, el operador jurídico subsumirá los hechos al acceso carnal sexual previsto y sancionado en el artículo 170° del Código Penal<sup>40</sup>.

En efecto, "el error surge cuando el sujeto tiene falsa representación de la realidad o no entiende, de manera correcta, su significado social o jurídico, ahora bien, el error de tipo se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo catorce del Código Penal, este recae sobre un elemento objetivo de tipo, el sujeto piensa que está realizando un hecho atípico, pero objetivamente ha realizado una conducta de

---

<sup>37</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis; "Indemnidad Sexual – Tratamiento Jurídico de las Relaciones Sexuales con Menores de 14 a 18 Años de Edad", IDEMSA, 2013, Pág. 46

<sup>38</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis; ob. Cit. Pág. 50

<sup>39</sup> Recurso de Nulidad N° 874-2005-San Martín, del 16/05/2005.

<sup>40</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, ob. Cit. Pág. 367.

relevancia para el ordenamiento jurídico penal. El error de tipo es de carácter vencible si el sujeto, actuando dentro de los parámetros de la diligencia debida, hubiese podido darse cuenta del defecto de apreciación en que incurría<sup>41</sup>, es decir, es un error superable, aquí solo se elimina el dolo por subsiste la culpa y el hecho sería sancionado como un delito culposo siempre y cuando se encuentre tipificado como tal con el [órgano]colegio penal, que según lo establece el artículo doce del precitado cuerpo de leyes, el error de tipo invencible, en cambio, se presenta cuando a pesar de la diligencia debida el sujeto no puede darse cuenta de su error, es decir, es un error de carácter insuperable, en donde el agente queda exento de responsabilidad penal, pues se elimina tanto el dolo como la culpa. [...] el estudio y análisis de autos se tiene que la Sala Superior Penal en el desarrollo de juicio oral, en la sesión de audiencia de fecha diecisiete de septiembre de dos mil tres, durante la comparecencia de menor agraviada, conforme al principio de inmediación, ha podido verificar que la citada menor presenta un desarrollo físico que excede el promedio que presenta una persona de catorce años de edad, aspecto que indudablemente puede hacer inducir a error en cuanto a su verdadera edad a quien, a simple vista, la observe, situación que en todo caso también ha influido en el acusado".

#### ✓ **ANTI JURIDICIDAD**

La misma naturaleza del delito de acceso sexual sobre un menor hace imposible que, en la realidad práctica, se presente casos donde funcione de manera positiva alguna causa justificante<sup>42</sup>.

#### ✓ **CULPABILIDAD**

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso sexual sobre un menor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como acceso carnal sexual sobre un menor, conocía la antijuridicidad de esta, es decir, se verificará sabía que dicho acto estaba prohibido por ser contrario al Derecho.

---

<sup>41</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, ob. Cit. Pág. 363-364.

<sup>42</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, ob. Cit. Pág. 351.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito de tipo sexual.

✓ **ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO**<sup>43</sup>

En el Perú, teniendo en cuenta que existe en la realidad poblaciones que todavía no han llegado a internalizar los parámetros culturales (de carácter o tipo occidental) que domina la mayoría de los peruanos, y, por tanto, existen compatriotas que consideran que mantener relaciones sexuales con una menor de 12 hasta 17 años es normal y natural, en la praxis judicial se presentan casos de error culturalmente condicionado previsto y sancionado en el artículo 15º del Código Penal de 1991. Esta clase de error se configura cuando el agente desconoce la ilicitud de su conducta, ignora que su comportamiento resulta injustificable, por lo que la conducta muy bien puede ser típica y antijurídica pero no puede ser atribuida personalmente a su autor, pues este desconoce la antijuridicidad de su hecho, presupuestos que hacen inexistente la culpabilidad por lo que el delito no aparece.

En efecto, la Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1999 expone un caso real en el cual, para su solución jurídica, los magistrados razonablemente hicieron uso de la figura del error culturalmente condicionado. Allí se argumenta "que, de la revisión de los autos aparece que se imputa al encausado Juan López Martínez, el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de un menor, en perjuicio de una menor cuya identidad se reserva en virtud de la ley veintisiete mil ciento quince; que, en efecto, la conducta del mencionado acusado es típica objetivamente, porque su accionar describe el tipo penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, que reprime al que mantiene relaciones sexuales con una menor de catorce años; que, sin embargo la conducta del encausado debe ser analizada teniendo en cuenta sus condiciones personales, la forma y circunstancias de la realización del evento, y sobre todo considerando el medio social en que se desenvuelve, relevándose el hecho que es hijo de una nativa ashaninca del Valle de Pangoa de la Selva de Satipo, que ha vivido en una comunidad nativa en su niñez, habiendo por ello interiorizado las costumbres propias de su pueblo, donde las mujeres están en capacidad de tener pareja luego de su primera menstruación, lo que significa que mantienen relaciones sexuales siendo muy jovencitas, citándose al

---

<sup>43</sup> Información extraída de la página web:  
<http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/3026>

respecto a: (Stefano Veresse: "La Sala de los Cerros", mil novecientos setenta y dos)<sup>44</sup>, apreciándose que en estas comunidades, la mujer, al contraer una pareja, no sale del hogar o de la familia, la que se ve incrementado con el ingreso del conviviente nativo, quien debe trabajar para la familia, de allí que dentro de los ashánincas, la mujer sea entregada a un varón siendo muy joven para lograr que este ayude a la familia de la mujer, todo ello nos lleva a la aplicación del artículo quince del Código Penal, que consagra el error de comprensión culturalmente condicionado, es decir, el error en que cae quien por su cultura, por pertenecer a un grupo social [distinto], no puede interiorizar o no puede comprender por qué la sociedad occidental y cristiana prohíbe mantener relaciones sexuales con una mujer que ya menstrúa y puede tener hijos"<sup>45</sup>.

#### ✓ **TENTATIVA**

Será factible siempre que existan indicios e inicios del ataque al bien jurídico que la ley protege. Por ejemplo, que un sátiro pretenda practicar el acto sexual u otro análogo a una niña o niño menor de catorce años y sea momento que le estuviera desprendiendo de sus ropas íntimas y tratando de penetrar y comenetrarse con los órganos genitales de la víctima.

El delito contra la Libertad sexual – VIOLACION EN GRADO DE TENTATIVA se encuentra previsto y penado en el Artículo 173° inciso 1) y primer párrafo del Código Penal vigente concordante con el artículo 16° del Código Penal respectivamente, donde establece: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer sin consumarlo". El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena".

La tentativa acabada llamada también delito frustrado, tentativa perfecta, agotada o delito fallido, comprende el caso de "quien conforme su plan personal ha realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito, faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado", nuestro código pasa por alto la tesis del delito frustrado y tanto la tentativa acabada e inacabada las trata como una sola mera tentativa, la cual, según nuestro ordenamiento jurídico es penada según su gravedad

---

<sup>44</sup> información extraída de la página web:

<https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/225.pdf>

<sup>45</sup> EJECUTORIA SUPREMA DEL 5 DE OCTUBRE DE 1999

y la afectación del bien jurídico protegido por la ley penal y en relación con la voluntad del autor<sup>46</sup>.

De modo que cuando la realización de un ilícito queda en grado de tentativa la atenuación de la pena resulta obligatoria para el juzgador. En virtud del principio de lesividad, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Sustantivo, según el cual la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando la tentativa es inidónea –imposible consumación del delito ya sea por ineficacia del medio empleado o por la impropiedad del objeto sobre el que recae la acción- no es punible. En consecuencia, queda claro que, si el ilícito de violación sexual de menor de edad no llega a consumarse, pese a haberse iniciado la ejecución del mismo, el Juez al momento de determinar la pena a imponer necesariamente deberá disminuirla prudencialmente.

Al constituir un delito de resultado, es posible que el injusto penal se quede en el grado de tentativa; es decir, el agente inicia la comisión del acto o acceso carnal sexual o análogo que ha decidido voluntariamente realizar; sin embargo, por causas extrañas a su primigenia intención o voluntariamente decide no consumir el hecho punible. Esto es, el agente por causas extrañas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrarla o introducirle objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo.

El primer supuesto, por ejemplo, sucedió en el caso real que presenta la Ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 2003. En efecto, allí se argumenta “que durante la secuela de la instrucción y el juicio oral se ha llegado a establecer fehacientemente tanto la tentativa del delito contra la libertad sexual del agraviado así como la responsabilidad penal del encausado Viñolo Pizarro, el mismo que ha reconocido haber conducido al menor hasta su domicilio realizándole tocamientos en sus partes íntimas, habiéndose establecido igualmente la evidente intención de mantener actos contra natura que fue la acción final que se había propuesto y que no se llegó a concretar debido al dolor que sentía el menor”.

Si bien en teoría resulta fácilmente identificable la tentativa del delito de violación de un menor, en la práctica judicial resulta cuestión o tarea difícil y muchas veces se le

---

<sup>46</sup> información extraída de la página web:

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tentativa/tentativa.htm>

confunde con el delito de actos contra el pudor, cuando, de acuerdo con la redacción de los tipos penales 173º y 176º son figuras totalmente diferenciadas.

Ante tal aparente confusión, nuestra Suprema Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado en forma clara y pedagógica, y ha señalado ciertos presupuestos que deben tener en cuenta los demás operadores jurídicos para saber cuándo están ante la tentativa del delito de acceso sexual contra un menor y cuando ante el delito de actos contra el pudor de menor. En efecto, nuestro máximo tribunal de justicia, declarando haber nulidad en la sentencia recurrida que condenó al procesado por el delito de actos contra el pudor de menor, la reformó y condenó al procesado por el delito de acceso sexual sobre un menor en el grado de tentativa, argumentando "que, durante la secuela del proceso, se ha llegado a establecer que la resolución delictiva del agente fue la de violar la libertad sexual de su menor hija, habiendo realizado todos los actos tendientes a la infracción contenida en el artículo ciento noventa y nueve del Código Penal abrogado"<sup>47</sup>.

En el mismo sentido, se afirma que: "la conducta del procesado estuvo dirigida a practicar el acto sexual con la menor agraviada, el que no se consumó, quedando solo en tentativa, ilícito previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, por el cual el órgano colegiado lo condena, sin embargo, simultáneamente también lo condena por el delito de actos contrarios al pudor en perjuicio de la misma agraviada, y en base a los mismos hechos, decisión que resulta implican te respecto al delito inicialmente glosado, pues este que se encuentra contemplado en el artículo ciento setenta y seis del Código acotado, requiere para su configuración que la intención o propósito del agente no esté dirigida a practicar el acto sexual u otro análogo, quedando solo en el ámbito de actos impúdicos, lo que no corresponde al caso de autos en que la orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a practicar el acto sexual en la agraviada, subsumiéndose la conducta desplegada con tal intención en tentativa del delito de violación de menor para el presente caso"<sup>48</sup>.

### ✓ CONSUMACION

Respecto a la consumación, ésta se realiza con la penetración total o parcial del pene (o cualquier parte del cuerpo o cualquier objeto) en la vagina, ano o boca del menor.

---

<sup>47</sup> Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 1994

<sup>48</sup> Ejecutoria Suprema del 19 de septiembre de 1996

Es decir con el acceso carnal u otro acto análogo. Igual como ocurren en las conductas sexuales, el delito de acceso sexual de menor se perfecciona o consuma con la penetración total o parcial de la víctima menor, ya sea vía vaginal, anal (contra natura) o bucal. O en su caso, cuando comienza la introducción de objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo. Esto es, habrá penetración cuando el miembro viril del varón se introduce en alguna de las cavidades ya indicadas del sujeto pasivo-menor o cuando en alguna de esas cavidades del sujeto activo venga a introducirse el pene del varón-menor agredido sexualmente.

En caso del uso de objetos o partes del cuerpo, se perfecciona cuando por ejemplo, una prótesis sexual o algún objeto parecido al pene son introducidos por vía vaginal o anal del menor, o en su caso, cuando por ejemplo, el agente introduce algún dedo o la mano en el conducto vaginal o rectal de su víctima menor.

En la praxis judicial ha quedado establecido que para consumarse el delito de acceso sexual sobre un menor es suficiente la penetración parcial. De ese modo, nuestra Suprema Corte, por Ejecutoria Suprema del 20 de octubre de 1997, sostuvo" que, de la revisión del proceso, se tiene que si bien es cierto que el acusado [...] admite haber intentado abusar sexualmente de la [...] [luego] desistió voluntariamente, para [después] solo frotarle su miembro viril en los glúteos [. ..], también lo es que la menor [. ..] comenzó a manar sangre por el ano, la que incluso manchó su prenda íntima; que, siendo esto así, se debe concluir que tal hecho configura un delito consumado de violación, que de ninguna manera puede ser considerado como tentativa, pues el certificado médico legal de la agraviada [. ..] es concluyente [al] indicar que esta presentaba laceración anal en horas diez y doce, a lo que se debe agregar que los médicos legistas, al momento de su ratificación en el acto oral y al ser interrogados por el [órgano]colegiado si ha existido o no coito contra natura, respondieron afirmativamente, precisamente porque ha existido acción física de penetración, la que, como consecuencia de ello ha producido laceración anal por presión ejercida de fuera hacia dentro; que, siendo esto así, para efectos de la consumación es irrelevante que la penetración contra natura haya sido parcial". Igual criterio, pero por vía vaginal, aparece en la Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 2004, cuando la Sala Penal Permanente del Supremo Tribunal alega" que el delito de violación no requiere para su consumación penetración total, eyaculación o la culminación del propósito lascivo del agente, basta una penetración así sea parcial que importe la introducción del pene en el introito vaginal".

Igual criterio es recogido por la Sexta Sala Penal de la Corte Superior de Lima, la misma que por resolución del 1 de agosto de 1995, afirmó que "resultando agravante el hecho de que el acusado reconoce en la víctima una persona dependiente o sujeta a su dependencia, por ser hermano mayor, con quien cohabitó en las noches que realizaba sus visitas a su madre, extremo no cuestionado por el acusado; y estando a que por su naturaleza, este delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal o la realización de actos análogos, no se requiere yacimiento completo, habiendo consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual de la ofendida"<sup>49</sup>.

Finalmente, la consumación del delito en análisis se acredita fundamentalmente con el certificado médico legal, documento en el cual los especialistas de medicina legal describen si ha llegado a producirse la penetración del miembro viril, objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal de la víctima menor.

Asimismo, se describe las huellas dejadas sobre el cuerpo de la víctima, el posible uso de la fuerza o violencia por parte del agente

#### ❖ LA PENA

**VASQUEZ BOYER, Carlos Alberto (2003)<sup>50</sup>, en su investigación titulada “La pena aplicable a los delitos de violación sexual en la tendencia de los índices delictivos”, llegó a las siguientes conclusiones:**

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

---

<sup>49</sup> SEXTA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, resolución del 1 de agosto de 1995

<sup>50</sup> VASQUEZ BOYER, Carlos Alberto (2003), en su investigación titulada “La pena aplicable a los delitos de violación sexual en la tendencia de los índices delictivos” – Tesis para optar el Grado Académico de: Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales.

de la pena que corresponde precisamente a la culpabilidad y/o grado de la misma.

3. Los agentes del delito de violación sexual son sujetos que si bien es verdad presentan ciertas psicopatologías (parafilias sexuales) en su personalidad, formada a lo largo de su vida, estas no afectan su capacidad intelectual ni volitiva (no dejan de ser culpables), por lo que en líneas generales se le puede reprochar su conducta típica.
4. Los mismos agentes del delito de violación sexual tienen disminuida su culpabilidad por lo que el juicio de reproche que sobre ellos nos formemos debe ser acorde con dicha disminución de culpabilidad, que debe ser expresada cuando se trata de punir la conducta típica de violación sexual, salvo que se trate de sujetos que cometieron el delito por otras motivaciones. Ejemplo: reacción vindicativa.
5. El incremento del índice delictivo en los delitos de violación sexual refleja que las penas severas últimamente no han jugado su rol preventivo general intimidando a los potenciales violadores; consecuentemente el Estado debe optar por asumir otras políticas dirigidas a reducir dichos índices.
6. Si la necesidad de pena afirma el sentido preventivo general y especial en un Estado Social Democrático de Derecho, la proporcionalidad de la pena debe ser acorde con el grado de culpabilidad antes mencionado y teniendo en cuenta el bien jurídico afectado. La pena jamás debe dejar de ser proporcional al grado del injusto y de la culpabilidad del sujeto.
7. El Estado, en cuyo ámbito de influencia se han ido delineando las psicopatologías de los violadores sexuales, debe poner mayor énfasis en asumir directamente el tratamiento terapéutico (Psicológico y/o Psiquiátrico) del violador sexual; pues, éste ejercerá mayor influencia que la pena en la recuperación de la personalidad del sujeto violador, habida cuenta que la base del comportamiento sexual del violador está dada por la personalidad afectada por las parafilias que sufre.
8. El Estado debe optar por derogar las penas previstas para los delitos Contra la Libertad Sexual; pues sus efectos son nocivos para la rehabilitación del delincuente violador, ya que la realidad penitenciaria en nada contribuye a dicha rehabilitación debido al carácter criminógeno de

las cárceles. Aquellas penas deben ser reemplazadas por otras cortas, acompañadas –como ya se ha dicho- de un programa rehabilitador especializado.

9. En las Universidades del país debe ponerse énfasis en la difusión de las Teorías de las Consecuencias Jurídicas del Delito, particularmente en la pena, actualizando el contenido silábico del curso de Derecho Penal General, ya que para los futuros operadores del Derecho Penal es indispensable la información de los fines del Derecho Penal y de la Pena en un Estado Social y Democrático de Derecho.
10. Debe empezarse una proficua campaña de actualización en Dogmática Penal entre los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público a fin de hacer comprender que la necesidad de pena tiene por objeto el restablecimiento del Derecho y que si efectiva aplicación sirve para demostrar la vigencia plena de la norma, así como hacer comprender que ante la información de un hecho presuntamente delictivo debe establecerse la concurrencia rigurosa de los elementos del delito informados por la Teoría del Delito.
11. El Estado debe elaborar y operativizar una política criminal eficiente y eficaz para afrontar la criminalidad en relación a los delitos sexuales, la que debe asentarse en un profundo estudio criminológico del problema y abarcar el ámbito familiar, económico, educativo, de la comunicación social, recreacional, etc.

**PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2007)<sup>51</sup>, en el “Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena”, llegó a las siguientes conclusiones:**

Se me ha asignado el tema de determinación judicial de la pena, y para desarrollarlo es pertinente que podamos determinar un concepto operativo, vale decir, una definición concreta que nos permita entender en qué consiste la determinación judicial

---

<sup>51</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. “Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena”. Información extraída de la página web:

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena\\_07052009.pdf?MOD=AJPERES](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES)

de la pena, cuál es la función que se le asigna dentro del derecho penal, y por qué es importante para el trabajo del operador jurisdiccional.

Si repasamos nuestra experiencia concreta, nuestro quehacer cotidiano, podemos evocar que, en el trabajo de un juez penal, hay tres momentos importantes que transitan a lo largo de un proceso, y que concluye justamente con lo que significa la determinación judicial de la pena.

El **primer momento** se da cuando nosotros recibimos una imputación formalizada a través del representante del Ministerio Público. Lo que debemos de evaluar, en primer término, es si esa imputación alcanza a un nivel de relevancia penal que amerite movilizar todo el aparato jurisdiccional en post de la realización del *jus puniendi* del Estado. Ello lo hacemos a través de un juicio muy sencillo, un juicio de tipicidad formal, que implica visualizar en términos concretos, si el alcance fáctico y la asignación normativa dada por el órgano representante de la titularidad de la acción penal, calza con las propuestas de criminalización que tiene el Código Penal; vale decir, hacer una simple verificación de tipicidad, de si ese juicio inicial se presenta como positivo; pues damos inicio justamente a la tarea de verificación de la imputación, la cual se va a materializar –al menos en el esquema hasta ahora predominante en nuestro país– en función de la actividad probatoria con todos sus ritos y todas sus posibilidades de realización.

Ingresamos a esta actividad probatoria a través de un segundo juicio **-segundo momento-** que es más trascendente, porque lo que nos toca ahora verificar es si esa presencia de imputación formal tiene una base fáctica que nos permita realizar un juicio contradictorio, con lo que acompaña al sujeto imputado, *la famosa presunción de inocencia*, si efectivamente este juicio determina que la presunción de inocencia se ve afectada por la carga probatoria que se encuentra acumulada, por tanto, llegamos a sostener si la persona imputada, es autora de un hecho punible, y si es a su vez responsable del mismo, pues concluimos, con el segundo momento importante dentro del trabajo jurisdiccional.

Lo señalado en el párrafo precedente es la antesala del tercer momento, que es justamente el que nos interesa, porque a partir de esa afirmación de culpabilidad, nos toca representar al Estado en el caso concreto, a efectos de afirmar la sanción penal; esto es, en ese **tercer momento**, vamos a sostener que esa persona es autora de un hecho punible de relevancia social, que carece de esa presunción de inocencia, que

se puede calificar como autora de un delito, como persona culpable y debe ser objeto de una reacción punitiva.

Este es el escenario de la determinación judicial de la pena, poder aportar ese tercer juicio, que implica en gran medida definir de modo cualitativo y cuantitativo e incluso bajo ciertos presupuestos; esto último es lo que nos interesa en particular, la sanción que corresponde aplicar a ese autor o partícipe culpable de un hecho punible.

La tarea que desarrolla el operador jurisdiccional en este tercer momento es lo que corresponde a la determinación judicial de la pena. La teoría, ha desarrollado varios conceptos, todos ellos vinculados con una identificación ideográfica, que nos habla, por ejemplo, de individualización judicial de la pena, de una dosificación de la pena, de determinación judicial de la pena, de métrica penal para algunos, pero la idea que subyace detrás de todos estos conceptos y denominaciones es la misma.

El órgano jurisdiccional debe definir de modo cualitativo y cuantitativo, cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, pero no solamente se trata de llegar a una determinación formal, sino que debe responder a un razonamiento lógico, que a partir de silogismos principales y complementarios permita justificar de manera interna, pero también de manera externa la decisión adoptada. La sanción tiene que explicarse técnicamente y lógicamente por el operador, aquí es donde las cosas se colocan en un punto neurálgico, donde comienzan las dificultades para la representación social del resultado obtenido por el quehacer judicial, aquí es donde comienzan las críticas, donde se cuestiona nuestra profesionalidad, donde se pone en discusión la habilidad que tenemos para hacer bien nuestro trabajo. La experiencia nos demuestra que el operador, en realidad, desarrolla un proceso bastante mecánico, y escasamente fundamentado con los resultados, de manera que, ni la persona que recibe la sanción, ni el alterno receptor de la misma, encuentra muchas veces una explicación lógica que le convenza o que le proyecte a cómo llegó a ese resultado.

Si evocamos las sentencias penales, es frecuente que el operador desarrolle una especie de muletilla o un concepto preestablecido al momento de referirse a la pena y generalmente haga valer todo su razonamiento y toda su consecuencia final en un sólo artículo del Código Penal, que diga "*se gradué la pena de conformidad con el artículo 46*", la pregunta es, si el artículo 46º realmente es un artículo que justifica técnicamente la sanción, técnicamente no lo va a ser, técnicamente el artículo

46º como veremos más adelante— es un listado de circunstancias, no es un procedimiento que deriva a un resultado definitorio de la sanción, sino que habilita mecanismos justamente para poder instrumentalizar un procedimiento que nos lleve a esa consecuencia. Entonces, a partir de allí encontramos que no hay base sólida, ni fáctica para el resultado obtenido. De lo que se trata entonces, es de poder dialogar y pensar; cómo hacer diferente ese procedimiento; qué mecanismos nos ofrece el marco normativo nacional para desarrollar una alternativa más sólida; en qué medida el trabajo judicial puede adaptarse justamente a esa posibilidad de mejorar el procedimiento; el resultado y la justificación de este resultado, eso es lo que yo quiero razonar a continuación.

Tradicionalmente, en la doctrina los autores entienden que la determinación judicial de la pena es un proceso, un proceso secuencial que debe cubrir etapas de desarrollo, las cuales van a ir creando justamente de modo sucesivo las alternativas, las argumentaciones y los resultados de la definición punitiva, hay infinidad de esquemas que tratan de identificar esos pasos, procedimientos y etapas. Lo que yo les transmito, es consecuencia fundamental de la experiencia personal que he desarrollado en este dominio, vinculada con las distintas perspectivas, con los distintos enfoques, que se dan en la teoría sobre como instrumentalizar la *determinación judicial de la pena*.

Identificamos que hay tres momentos esenciales dentro de este proceso de determinación judicial de la pena, estos tres momentos esenciales están desarrollados de modo esquemático como:

a) *La identificación de la pena básica*

b) *La búsqueda o individualización de la pena concreta y,*

c) *El punto intermedio* aunque aparece ahí como el número tres, pero creo es correlativo a los otros), que es la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso.

El problema para el Perú, para los jueces peruanos, es que *no tenemos un marco normativo que nos permita organizar sistemáticamente este procedimiento*, a fin de darle una construcción de sustento formal y normativo al paso que desarrollamos. Otros sistemas jurídicos han desarrollado un esfuerzo bastante detallado en resultados, para poder justamente organizar este esquema. Es el caso típico del Derecho Penal Español, donde el legislador ha procurado que sus jueces encuentren

en la ley todo un camino, bastante preciso, de manera que la posibilidad de organizar un resultado, resulte en gran medida predecible; es decir, que si cualquier persona u operador realiza el que realizó el operador jurisdiccional -en función de esas normas- se va a aproximar a un resultado punitivo muy similar; y por qué esa preocupación del legislador español en hacer esto; es, porque en España a diferencia de nuestro país, la pena puede ser discutida constitucionalmente, esto es, la pena que impone un órgano jurisdiccional puede dar lugar a lo que aquí llamaríamos un proceso constitucional de hábeas corpus, y debatir la legitimidad de la sanción aplicada; algo que para nosotros puede sonar -en este momento- peligroso en líneas de estabilidad o seguridad jurídica; en cambio en España, es un criterio que se ha afirmado ya desde hace muchos años; nosotros no tenemos ese marco normativo. (...)

**CASTAÑEDA DEZA, María Teresa. (2016<sup>52</sup>), en su investigación titulada “El Principio de Seguridad Jurídica en la Determinación de la Pena en las Circunstancias Atenuantes Privilegiadas del Código Penal Peruano” llegó a las siguientes conclusiones:**

El no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano afecta el Principio de Seguridad Jurídica, porque se vulnera a su vez la garantía de *lex certa*, la prohibición de las leyes indeterminadas, y ello contribuye a que deje al libre arbitrio y sobre todo a la discrecionalidad judicial el establecimiento de la pena concreta, lo que genera inseguridad jurídica.

Los principios del Derecho Penal el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano fueron vulnerados en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013- 2014, son básicas tres, el principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, los mismos que importan la necesidad de un límite mínimo en la pena concreta de la aplicación de las atenuantes privilegiadas, porque la inexistencia de una regla determinativa, genera que no se

---

<sup>52</sup> CASTAÑEDA DEZA, María Teresa. Investigación titulada “El Principio de Seguridad Jurídica en la Determinación de la Pena en las Circunstancias Atenuantes Privilegiadas del Código Penal Peruano”.

cautela un mínimo de seguridad o conocimiento de la norma aplicable al operador jurídico y puede dar lugar a penas desproporcionales.

No se aplicaron criterios para establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas del Código Penal Peruano en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013- 2014, pues encontramos en dichas resoluciones, sólo se limitan a mencionar la observancia de los artículos 45, 46 y 47 del Código Penal, pero no se ensayan argumentaciones ni fundamentaciones, que expliquen las razones del *quantum* punitivo impuesto.

La reglas que se aplican en la legislación comparada para determinar la pena concreta cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas, son la determinación de escalas inferiores al mínimo legal, por ejemplo en Chile cuando existe una atenuante privilegiada se disminuye la pena en dos grados inferiores y cuando concurren dos atenuantes privilegiadas, la pena se disminuye en tres grados inferiores, en Argentina, en caso de tentativa y de complicidad secundaria, la pena se reducirá de un tercio a la mitad, incluso se señala que cuando la pena es de cadena perpetua, en caso de atenuante privilegiada la pena es tasada en diez a quince años.

La doctrina señala en su mayoría que debe establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano, sin embargo, no elabora una propuesta o una regla para la determinación de la pena concreta cuando existen atenuantes privilegiadas.

#### ❖ LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La determinación judicial de la pena es toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice, en donde se procede a evaluar y decidir sobre la clase, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia<sup>53</sup>.

#### ✓ DERECHOS FUNDAMENTALES

---

<sup>53</sup> información extraída de la página web:

[http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1979/1/RE\\_DERE\\_MARIA.CASTA%C3%91EDA\\_SEGURIDAD.JURIDICA.DETERMINACION\\_DATOS.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1979/1/RE_DERE_MARIA.CASTA%C3%91EDA_SEGURIDAD.JURIDICA.DETERMINACION_DATOS.pdf)

Se refiere a los Derechos Fundamentales como: "Aquellos Derechos Humanos reconocidos en la legislación vigente de un Estado determinado y bajo la protección de su fuerza coactiva".

Tomando como base este concepto decimos que el reconocimiento de los Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico de un país y partiendo de la ley Fundamental, les da a éstos la denominación de Derechos Fundamentales y que los garantizará por medio de su poder coercitivo que como característica fundamental tiene una ley legítimamente concebida.

#### ✓ **LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL**

Como es evidente, la rúbrica del capítulo IX "Violación de la Libertad Sexual", podría hacer creer que el bien jurídico común de todos estos tipos penales es la "libertad sexual". Pero nada más falso e incierto, pues solo se puede atacar la libertad sexual si ésta existe previamente; es decir, solo se es posible atacarla cuando se posee dicha libertad. Así pues, en relación a los menores de 14 años edad, no es posible afirmar que tengan libertad sexual, si con ello no se quiere caer en incoherencias o absurdos.

Por tanto, podemos adelantar que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido bajo este capítulo.

Para la doctrina mayoritaria, en el campo de los delitos sexuales, el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos, uno positivo y otro, negativo. En su aspecto positivo la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un aspecto defensivo y constituye el derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual. La libertad sexual, entonces, no solamente se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

La idea de "indemnidad sexual" se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los

menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, a priori, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual<sup>54</sup>.

Pues como se aprecia, en este delito se hace una prohibición absoluta, que no se desvanece con el consentimiento del menor, precisamente porque a éste también se le niega su disposición sobre aquélla. Así pues, si no puede consentir su ejercicio sexual, menos lo hará otra persona por él, por más vínculos que tenga con la víctima, porque la ley lo prohíbe debido a su naturaleza individual con posibilidad de ejercicio sexual futuro. Entonces el objeto principal del legislador con relación a los menores es, mediante una prohibición absoluta de todo acto sexual, protegerlos de los disturbios psíquicos y físicos que el acto sexual prematuro trae consigo; y más aún, si se tiene en cuenta que, en el acceso carnal con menores, el coito completo no es posible y es más difícil por razones anatómicas, en las que necesariamente deberían de producirse desgarraduras vulvares, anales y perineales<sup>55</sup>.

#### ✓ **RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SUB TIPO PENAL**

Los derechos constitucionales no vienen a ser sino aquellos que están recogidos o regulados en una Constitución. Entendida ésta como el instrumento jurídico fundamental de los estados modernos, cuyos preceptos constituyen el marco conceptual - formal de la organización jurídica y política de estos, en razón a la estructuración del poder y a las demás relaciones políticas, económicas y sociales orgánicamente constituidas en la sociedad en un determinado periodo de su desarrollo histórico.

En efecto, las constituciones modernas reconocen a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado y por lo tanto todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. Por lo tanto, para cumplir con esta tarea, el Estado le reconoce un plexo de derechos que le son inherentes a su naturaleza humana. Uno de esos derechos lo constituye el derecho a la vida, entendida esta como la facultad congénita que tiene el ser humano al natural desarrollo y desenvolvimiento de su existencia física, hasta el cese (también natural) de las funciones biológicas de su organismo. Este es un derecho básico y en el que haya fundamento los demás derechos. Sin embargo, son tres los aspectos que nos interesan para cumplir con los

---

<sup>54</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis; ob. Cit. Pág. 38.

<sup>55</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis; ob. Cit. Pág. 43.

fines del presente artículo: El derecho al libre desarrollo, el derecho a la libertad, y el derecho a ser procesado penalmente por ley expresa e inequívoca (principio de legalidad penal).

✓ **RESPECTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.**

En principio este dispositivo de enorme importancia para garantizar la libertad y seguridad de la persona se resume en los enunciados: “no hay delito sin ley” y “no hay pena sin ley”, es decir, para que la conducta de una persona pueda ser considerada delito (por acción u omisión), debe previamente estar tipificada en la ley como tal; y al mismo tiempo, la sanción a imponerse por la comisión del delito debe igualmente estar prevista en la ley. Ninguna autoridad puede entonces, crear delitos ni imponer sanciones no contempladas por el ordenamiento jurídico peruano.

No obstante ello, la doctrina reconoce que la ley penal no solo debe ser escrita y previa (expresada), sino también escrita (inequívoca) para que se cumpla el principio constitucional de legalidad (que surge de interpretar en contrario el apotegma (Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege) y que se haya positivizado en el artículo dos inciso veinticuatro párrafo d) de la constitución política vigente que exige tanto el carácter expreso como el carácter inequívoco, estándares que deben concurrir simultáneamente. Ahora, si los supuestos de la ley penal en el inciso tres del artículo ciento sesenta y tres del código penal, siendo expresos, son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal.

Por lo tanto, no es suficiente que el legislador, ya sea en materia penal o de otra índole, cumpla con los requisitos legales formales de la ley para la restricción de derechos, sino como lo señala el Tribunal Constitucional el legislador se encuentra obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías motivadoras, no puede suponer la violación de un derecho constitucional”.

## ✓ LA LIBERTAD SEXUAL Y LA MINORIA DE EDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Es de suma importancia tener como marco referencial al derecho comparado para poder recoger las experiencias normativas que sobre el particular se dan en algunos de los sistemas penales iberoamericanos, además de analizar cómo es que han asumido el problema de la protección de la sexualidad de los adolescentes.

- **Así por ejemplo el Código Penal de Bolivia, señala por su parte en el artículo 308° que: “El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los siguientes casos:**

Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.

Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.

Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la Pubertad, el hecho se sancionara con la pena de diez a veinte años de presidio; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicara la correspondiente al asesinato.

Como se puede apreciar en el Código Penal Boliviano se hace referencia al concepto de “Pubertad”. Etapa del desarrollo humano con la cual se inicia la adolescencia, entre los 12 o 13 años de edad, tiene una duración aproximada de dos años y termina cuando la persona es capaz de reproducirse. Por lo tanto, se entiende que en la legislación penal boliviana los adolescentes de 14 años ya pueden realizar un libre ejercicio de su libertad sexual.

- **En segundo lugar, tenemos a la Legislación Penal Chilena que en el artículo 363° prescribe que: “Será castigado con reclusión menor en sus grados medio o máximo, al que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad, pero mayor de 12 años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:**

Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos

en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral.

Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima. Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecutan sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusara. La edad de libre disposición de la sexualidad en consecuencia es a los 12 años en Chile.

- **En Argentina, el artículo 119° de su Código Penal prescribe que: “será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:**

Cuando la víctima fuera menor de doce años.

Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir.

Cuando se usare la fuerza o intimidación.

Mientras que el artículo 120° señala que: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 y no se encontrare en las circunstancias de los números dos y tres del artículo anterior”.

Por lo tanto, en la Legislación Argentina se considera que una persona mayor de 12 años de edad es capaz de discernir sobre su sexualidad.

- **La penúltima legislación penal en analizar es la colombiana, la cual en su artículo 208° prescribe que: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años”.**

El derecho colombiano, como se regulaba anteriormente en la legislación peruana, establece la protección penal hasta los 14 años de edad y a partir de ella, la persona puede disponer libremente su sexualidad.

- **Asimismo, en la Legislación Penal Española el artículo 181° prescribe que:**

1.- “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”.

2.- En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

Sobre menores de doce años.

Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

Por lo tanto, la norma española ha considerado que a partir de los 13 años de edad una persona es capaz de disponer libremente de su sexualidad.

### ✓ **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales.

Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad tiene su origen en la jurisprudencia alemana, su origen se remonta a las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de policía. Luego, es el Tribunal Constitucional Alemán quien lo eleva a rango constitucional, en tanto se deriva del principio de Estado de Derecho. Con posterioridad, el principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español sobre la base de tres razones fundamentales: i) que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad, ii) que es una expresión el principio de Estado de Derecho y iii) tiene una justificación material.

## ✓ **CONTROL DIFUSO**

El control difuso es la facultad que tienen todos los órganos jurisdiccionales, en vía de excepción, de estudiar la constitucionalidad de normas generales, especialmente, y omitir su aplicación en un caso concreto o, si se tratase de actos strictu sensu, declarar su nulidad.

El ejercicio del control difuso presenta los siguientes límites: a) debe de realizarse en el seno de un caso judicial; b) solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver controversias sometidas al juez; c) es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; y d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco pueda realizarse respecto a leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.

Que el control difuso de constitucionalidad le corresponde exclusivamente al TC y al poder judicial, quienes son los únicos encargados de ejercer control concentrado y el control difuso respectivamente frente a situaciones o actos que vulneren la norma constitucional<sup>56</sup>.

## **2.2. OBJETIVOS**

### **2.2.1. Identificación de los objetivos**

#### ❖ **GENERAL**

Analizar la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433

#### ❖ **ESPECÍFICOS**

1. Determinar cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal establecido en el artículo 173° del Código Penal – Violación sexual de menor de edad.
2. Determinar cuál es el motivo por el cual el artículo 173° del Código Penal determina la protección de la indemnidad sexual; asimismo, determinar la intervención del estado.

---

<sup>56</sup> información extraída de la página web:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/06/el-control-difuso-aplicado-en-el-per/>

3. Determinar si son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”, en los casos de delitos de Violación Sexual de Menor de Edad cuando existen diferencias etarias próximas entre el sujeto activo y pasivo conforme a lo establecido por la Sentencia Casatoria Vinculante N° 335-2015/El Santa, del 01 de junio del 2017.
4. Determinar cuáles son los presupuestos a los cuales el juez debe concurrir para fundamentar la pena en los delitos de Violación sexual de menor de edad, cuando existen diferencias etarias próximas entre el sujeto activo y pasivo, es decir cuando la víctima se encuentre próxima a cumplir los 14 años.

## **2.3. VARIABLES**

### **2.3.1. Identificación de las variables**

#### **❖ VARIABLE INDEPENDIENTE**

Delitos contra la Libertad Sexual de menor de edad.

#### **❖ VARIABLE DEPENDIENTE**

Violación sexual de menor que se encuentra próxima a cumplir catorce años de edad.

## **2.4. SUPUESTOS**

1. El Supremo Tribunal (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de República) es la máxima autoridad de administrar justicia, tiene la potestad de emitir precedentes vinculantes.
2. Si en el caso de delitos de violación sexual de menor cuando la víctima se encuentre próxima a cumplir los catorce años de edad, el tipo penal aplicable sería el previsto en el artículo 173° del Código Penal aplicando los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”.
3. En cual normativa, esto es, artículo 170° y 173° del código penal, prevalece el bien jurídico de libertad e indemnidad sexual.

## **CAPÍTULO III** **METODOLOGÍA**

### **3.1. METODOLOGÍA:**

El presente trabajo de investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA - EXPLICATIVA.

### **3.2. MUESTRA:**

La muestra de estudio estuvo constituida por el fallo de los Magistrado que integran la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República - Perú, recaída en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433.

### **3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:**

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

- ❖ ANÁLISIS DE DOCUMENTOS, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433.
- ❖ FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS, para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para su modificación.

### **3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:**

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se tuvo que descargar vía web el expediente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
2. Luego se realizó el análisis de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco de Derecho Penal –General.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo de los autores del método de caso.
5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código Penal, Código Procesal Penal, Libros “Los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual – Enfoque dogmático y jurisprudencia”, “Los delitos de carácter sexual el Código Penal

Peruano”; “Derecho Penal – parte especial de Ramiro Salinas Siccha”, “Los delitos sexuales – análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”, “Derecho Penal – parte especial de Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre”; “Jurisprudencia vinculante – Penal, Procesal Penal y Ejecución Penal – Tomo II de Pablo Talavera Elguera”; “Sentencias Casatorias”, “Recursos de Nulidad”, “Acuerdos Plenarios” y la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433.

6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

### **3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO:**

Los instrumentos utilizados fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de sentencias casatorias y jurisprudencias, teniendo todas precedentes vinculantes, emitidas por el máximo Tribunal de Justicia de nuestro país. Asimismo, se tiene que estos se encuentran exentos de mediciones por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433.

### **3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA:**

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad, por tratarse de delito Contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad.

## **CAPÍTULO IV** **RESULTADOS**

El primero de junio de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema emitió sentencia de casación en el caso N° 335-2015, en el cual **GEAN CARLOS VEGA MEJIA** es denunciado por la Tercera Fiscalía Provincial Penal del Santa por la presunta comisión del Delito contra la Libertad Sexual de Menor, en agravio de la menor de iniciales C.B.Y.B, solicitando esta que se le imponga la pena privativa de libertad de treinta años y una relación civil de 2000 Nuevos Soles a favor de la agraviada, para ser posteriormente sentenciado en primera instancia por el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia del Santa el día 01 de Octubre del 2014 a 30 años de pena privativa de libertad y al pago de 2000 nuevos soles de reparación civil.

Contra la sentencia condenatoria el procesado **GEAN CARLOS VEGA MEJIA** interpone recurso de apelación el cual fue consentido, elevando los actuados al Tribunal Superior, en la cual el Fiscal Adjunto al Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal del Santa solicitó se confirme la sentencia apelada, en tanto que la defensa técnica solicitó se revoque y se absuelva a su defendido de la acusación fiscal. Siendo de esta manera la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de El Santa señaló fecha de apelación el día 09 de marzo del 2015, posteriormente el día 19 de Marzo del 2015 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de El Santa resolvió:

- i. Implicar el mínimo y máximo de la pena conminada de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado;
- ii. Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación;
- iii. Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Gean Carlos Vega Mejía; contra la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce;

- iv. Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a Gean Carlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.;
- v. Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y,
- vi. Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.

No conforme con la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones, la señora Fiscal Superior interpuso recurso de casación -que fue concedido por dicha Sala- alegando que la pena de 5 años de pena privativa de libertad vulnera el principio de legalidad de la pena, por cuanto no aplica la pena tasada prevista en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal que establece un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de libertad y, además, que la Sala Penal aplicó la atenuante de la responsabilidad restringida pese a que el artículo 22, segundo párrafo del Código Penal lo prohíbe.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró bien concedido el recurso de casación solo en el extremo siguiente:

- a) La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173, numeral 2), del Código Penal; y,
- b) La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.

A su turno, el Fiscal Supremo en lo penal mostró su conformidad con la inaplicación de las normas penales señaladas líneas arriba, solicitando una sanción de ocho años de pena privativa de libertad, pues existen buenas razones para admitir el control difuso y la imposición de una pena por debajo del marco legal imputado, entre otros argumentos. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal del Santa y resolvió INAPLICAR los artículos 173.2 y 22 segundo párrafo del Código Penal; MODIFICAR la pena impuesta -treinta años- y REFORMÁNDOLA impuso al acusado cinco años de pena privativa de libertad efectiva.

Con respecto al análisis de la Sentencia Plenaria Casatoria estudiado, con fecha 18 de diciembre del 2018, los jueces supremos en lo penal, integrantes de las salas penales permanentes, transitoria y especial de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del código Procesal Penal, emitieron el I PLENO CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433.

Este precedente declara sin efecto el carácter vinculante de la Sentencia Casatoria N° 355-2015/El Santa, de fecha 01 de junio de 2016. Y, además, establece como doctrina legal, que se deberá asumir como pauta de interpretación en los asuntos judiciales respectivos, los siguientes lineamientos jurídicos:

- A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.
- B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafos 21-14). Estas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho Penal en su relación con el Derecho Constitucional. El párrafo 26 de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración.
- C. No son aplicables los denominados "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación". Estos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior.
- D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta sentencia plenaria.

Por lo antes señalado, también deben considerarse como vinculantes los considerandos 26 y 29 de la sentencia Casatoria. Así, respecto de la valoración de la pena en los delitos de violación sexual, deberá tenerse en cuenta los criterios desarrollados en el considerando 26 de la sentencia Casatoria:

"26. Sin embargo, la inclusión de estos 'factores' y la mención a un 'control de proporcionalidad de la atenuación' no son de recibo. Primero, porque la ley –el artículo 46 del Código Penal– estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado código. Segundo, porque, igualmente, la ley –en un sentido amplio– es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) –sin fundamento jurídico expreso–, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el ordenamiento.

Ahora bien, determinado el tercio de la pena aplicable (inferior, intermedio o superior), la individualización concreta dentro del tercio que corresponda debe (i) asumir los lineamientos fijados por el artículo 45 del Código Penal, (ii) mensurar la entidad de cada circunstancia aplicable, así como (iii) incorporar criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en orden a la gravedad del hecho y a la condición personal del agente delictivo –responsabilidad por el hecho–, esto es, criterios de prevención general o especial y también de índole retributiva basada en la culpabilidad por el hecho.

La gravedad del hecho se refiere –no a la gravedad del delito, ya contemplada por el legislador para fijar la conminación punitiva– a aquellas situaciones fácticas, de todo orden, que el juez ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. La condición personal del delincuente está integrada por aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica [...].

La pena, a final de cuentas, debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito [...]. O, desde una perspectiva más amplia, la gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su

reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción [...].

Es aquí donde la individualización de la pena atiende al concepto de lo proporcionado, en cuya virtud debe atenderse no solo a los márgenes legalmente establecidos sino también a todos los factores concurrentes en el hecho, sin descuidar que la proporcionalidad hoy en día también se utiliza como criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales. A lo que obliga el principio de proporcionalidad es, en el ámbito de las penas, a un análisis que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no solo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquella o aquel que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras y otros [...]."

Y, en lo que respecta a las situaciones excepcionales que podrían ameritar una disminución de la pena en los delitos de violación sexual, los jueces deberán seguir los criterios desarrollados en el considerando 29 de la sentencia Casatoria:

"29. Es verdad que en este tipo delictivo [violación sexual de menor de edad] se está ante una conminación penal absoluta –admitida desde consideraciones de prevención general– aunque siempre con ayudas resocializadoras y la oportunidad de reintegración social, pero también es cierto que es posible reconocer, e imponer, ante situaciones excepcionales, una pena privativa de libertad temporal, aunque de uno u otro modo esencialmente grave (artículo 29 del Código Penal)"

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena –aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios–. Pueden servir para ubicar estas situaciones excepcionales el desarrollo psicológico concreto del agente -su historia personal desde el prisma de exámenes psicológicos especialmente rigurosos-, y, entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció -acreditados con pericias o informes sociales fundamentados que razonablemente expresen un nivel de sociabilidad diferenciado y complejo-, de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena".

Por último, se precisa que los principios jurisdiccionales contenidos en esta doctrina legal tienen el carácter de vinculante y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

## **CAPÍTULO V** **DISCUSIÓN**

Con respecto al análisis de la Sentencia Casatoria estudiada, se ha podido determinar claramente que el delito de Violación Sexual de Menor de Edad, protege la indemnidad o intangibilidad sexual la cual se entiende como la salvaguarda de la seguridad del desarrollo físico o psíquico normal de las personas para que en el futuro estas puedan ejercer su libertad sexual; es decir, el bien jurídico que se pretende proteger en este delito es la integridad sexual del menor, “[...] entendido como el libre desarrollo y evolución de la esfera sexual del menor. Se tiene presente la integridad bio-psico-sexual del menor”.

Siendo que el caso concreto, en la Sentencia Casatoria estudiada, observamos que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema emitió sentencia de casación en el caso N° 335-2015, la cual trata de una relación consentida entre una pareja de enamorados que con su voluntad y consentimiento tiene relaciones sexuales, ella de trece años y veinticinco días y el de diecinueve años de edad, la diferencia etaria que había entre ambos permitió hacer un razonamiento a la Sala Suprema, donde a su parecer no existió violencia, ni daño psicológico a la menor agraviada puesto que estas relaciones sexuales no han sido casuales, ni de momento, sino por el contrario producto de un sentimiento de afectividad.

Por lo que, se consideró que era correcto aplicar el “control difuso” de la ley, que se ejerce en cada caso concreto, donde ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. Es así, que en la Casación N° 335-2015/El Santa, considera que el primer párrafo del 22° del código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad ante la ley, garantizado por inciso 2) del artículo 2°, de nuestra carta magna. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional, ha preservado la facultad del Juez para reducir prudencialmente la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior quedo legitimado.

Asimismo, el siguiente paso era determinar el *quantum* de la pena aplicable al caso concreto. Habiéndose considerado en la referida sentencia que la proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio, por lo cual era necesario concurrir a los determinados factores de control de proporcionalidad los cuales también fueron establecidos en dicha casación para la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor, siendo los siguientes:

- A. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual para acceder al acto sexual.
- B. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años.
- C. Afectación psicológica mínima de la víctima.
- D. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo.

Sin embargo, mediante **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**, se determinó que la aplicación de los llamados factores de control de proporcionalidad de la atenuación no son de recibo, ya que existen diferentes mecanismos para la determinación de la pena; es así, que establece que: i) Primero, porque la ley en el artículo 46 del Código Penal, estipulo circunstancias a las que irremediamente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado código. ii) Segundo, porque, igualmente la ley en un sentido amplio es la que fija las causales de disminución de la punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente<sup>57</sup> circunstancias, causales de legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) sin fundamento jurídico expreso, tanto más si el principio de legalidad impide resultados interpretativos o no acordes con el ordenamiento jurídico.

Este precedente **declara sin efecto el carácter vinculante de la Sentencia Casatoria N° 335-2015/El Santa**, del 1 de junio de 2016. Y, además, **establece como doctrina legal**, que se deberá asumir como pauta de interpretación en los asuntos judiciales respectivos, los siguientes lineamientos jurídicos:

---

<sup>57</sup> Pretor es un término que se utilizaba en el Imperio Romano para nombrar a un magistrado ubicado, en la escala jerárquica de la administración pública, por debajo del cónsul. Los pretores se encargaban de desarrollar interdictos (para mantener la armonía en los vínculos entre privados), organizar las primeras etapas de un juicio y realizar otras funciones judiciales.

- A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional.**  
No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.
- B.** Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafos 21-14). Estas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho Penal en su relación con el Derecho Constitucional. El *párrafo 26* de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración.
- C. No son aplicables los denominados "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación".** Estos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior.
- D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos.** Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el *párrafo 29* de esta sentencia plenaria.

Por lo antes señalado, también deben considerarse como vinculantes los considerandos 26 y 29 de la sentencia Casatoria. Así, respecto de la valoración de la pena en los delitos de violación sexual, deberá tenerse en cuenta los criterios desarrollados en el considerando 26 de la sentencia Casatoria:

"**26.** Sin embargo, la inclusión de estos 'factores' y la mención a un 'control de proporcionalidad de la atenuación' no son de recibo. Primero, porque la ley —el artículo 46 del Código Penal— estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado código. Segundo, porque, igualmente, la ley —en un sentido

amplio— es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) —sin fundamento jurídico expreso—, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el ordenamiento.

Ahora bien, determinado el tercio de la pena aplicable (inferior, intermedio o superior), la individualización concreta dentro del tercio que corresponda debe (i) asumir los lineamientos fijados por el artículo 45 del Código Penal, (ii) mensurar la entidad de cada circunstancia aplicable, así como (iii) incorporar criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en orden a la gravedad del hecho y a la condición personal del agente delictivo —responsabilidad por el hecho—, esto es, criterios de prevención general o especial y también de índole retributiva basada en la culpabilidad por el hecho.

La gravedad del hecho se refiere —no a la gravedad del delito, ya contemplada por el legislador para fijar la conminación punitiva— a aquellas situaciones fácticas, de todo orden, que el juez ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. La condición personal del delincuente está integrada por aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica [...].

La pena, a final de cuentas, debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito [...]. O, desde una perspectiva más amplia, la gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción [...].

Es aquí donde la individualización de la pena atiende al concepto de lo proporcionado, en cuya virtud debe atenderse no solo a los márgenes legalmente establecidos sino también a todos los factores concurrentes en el hecho, sin descuidar que la proporcionalidad hoy en día también se utiliza

como criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales. A lo que obliga el principio de proporcionalidad es, en el ámbito de las penas, a un análisis que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no solo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquella o aquel que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras y otros [...]"

## **CAPÍTULO VI** **CONCLUSIONES**

- Que, en los delitos de Violación Sexual de menores de 14 años de edad, lo que el Estado protege es la **INDEMNIDAD O INTANGIBILIDAD SEXUAL**, es un bien jurídico que se encuentra protegido y se trata del derecho de un ser humano a no sufrir interferencias en el desarrollo de su propia sexualidad. La Indemnidad Sexual suele aplicarse a las personas incapaces y a los menores de edad, por lo que se 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 de forma libre y espontánea, en principio, protegiendo el normal desarrollo de la sexualidad, en cuanto esfera que se pueda ver gravemente comprometida, como consecuencia de relaciones sexuales prematuras.
  
- El ámbito de protección del artículo 173º del Código Penal, lo constituye la indemnidad sexual de los menores de edad. La interpretación y análisis de dicho tipo penal es exclusivo, delimitando mediante un cuantificador etario, grupo de personas que gozan de protección especial; por lo que no debe extenderse innecesariamente la protección penal. En cuanto a la protección de la intangibilidad sexual de personas que por decisión legislativa carecen de libertad sexual. El legislador busca proteger el desarrollo físico - psicológico sexual de estas personas a fin de que obtengan una madurez sexual adecuada y por ende convertirse en titulares del bien jurídico “libertad sexual” (menores, incapaces temporales), o proteger a aquellas personas privadas permanentemente de discernimiento sexual de acciones dirigidas a convertirlas en objetos sexuales.
  
- Sobre los denominados “Factores” para la determinación del “Control de Proporcionalidad de la Atenuación de la Pena”, no son de recibo para aplicarlos imperativamente, porque la ley fija causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. Por lo tanto, no es posible crear pretoriamente circunstancias o causales al margen de la legalidad, sin fundamento jurídico expreso, tanto más, si el principio de

legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes al ordenamiento.

- Sobre la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias (*edades*) próximas entre los sujetos activo y pasivo, se fijó como puntos objeto de la presente sentencia plenaria casatoria, los criterios que han de seguirse para su aplicación, conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, como el examen de la pena básica fijada en el tipo penal respectivo, los presupuestos para fundamentar y determinar la pena del artículo 45º del Código Penal, los motivos relevantes para la individualización de la pena concreta establecidos en el artículo 45-A del Código Penal, las circunstancias respectivas conforme al artículo 46-A del citado Código, así como, en lo pertinente, las causales de disminución de la punibilidad legalmente prevista y las reglas de reducción por bonificación procesal.

## **CAPÍTULO VII** **RECOMENDACIONES**

- Se recomienda que los jueces en lo penal al momento de resolver un caso de violación sexual de menores de 14 años de edad, en la determinación e individualización de la pena, eviten crear fundamentos o “**factores**” como los denominados en la sentencia **Casatoria vinculante Nº 335-2015/El Santa**, para **sustentar la disminución o reducción de pena del condenado**; correspondiendo al respecto, atenerse únicamente a lo que establece la ley y la Constitución, como mandato dirigido a los poderes públicos, cada uno en el ámbito de su competencia, a fin de orientar de manera imparcial el régimen penitenciario en función a la pena privativa de libertad **como retribución justa de la responsabilidad penal, sin perder los criterios resocializadores**, aun cuando eventualmente corresponda aplicarse la pena más grave, tomando en cuenta al respecto, los artículos 45º, 45º - A, 46º, 46º - A al 46º - E, y las causales de disminución o incremento de la punibilidad y las reglas de reducción por bonificación procesal.
- Es aconsejable que tanto jueces como fiscales, eviten en lo posible crear **pretorianamente**, circunstancias o causales que se encuentren al margen de la legalidad, es decir que sus pronunciamientos contengan fundamentos jurídicos expresos, teniendo en cuenta que el principio de legalidad penal, impide resultados interpretativos no acordes al ordenamiento jurídico penal, como por ejemplo cuando el colegiado de El Santa, introduce los denominados “**factores**” y el “**Control de Proporcionalidad de la Atenuación**”, que por haberse aplicado **al arbitrio**, ha sido desestimado **ad integrum**, en la Sentencia Casatoria examinada, **de manera válida**.
- Se exhorta a los jueces en lo penal con respecto a los “factores” creados en la sentencia Casatoria objeto de examen plenario, tengan presente que en los casos de violación sexual de menores de 14 años de edad, **el consentimiento** está excluido **iuris et de iure**, en razón al alcance del bien jurídico protegido, es decir que debido a la propia edad de la víctima, y su escaso desarrollo físico y mental, no están en condiciones de asentir una relación sexual temprana, careciendo por tanto de libertad sexual (al registrar indemnidad o intangibilidad

sexual); en esta línea, **la proximidad de edad la víctima a los 14 años** no es justificación para la atenuación de la pena basada en estereotipos, **la afectación psicológica mínima** no deja de perjudicar el desarrollo integral de las víctimas, **y la diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo** en relación a los posibles vínculos sentimentales o la naturaleza de la relación es independiente del propio hecho del acceso carnal.

- Se recomienda a los órganos jurisdiccionales y fiscales tener muy en cuenta los criterios expuestos en los fundamentos de esta Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433, no solo por lo **vinculante que resultan**, sino porque al momento de **determinar e individualizar la pena** en los delitos sexuales en los casos de violación sexual de menores de 14 años de edad, apliquen la pena legalmente prevista para este delito, siguiendo las directivas establecidas y las exigencias jurídicas que **guían la determinación y aplicación de las penas en sus justos términos**, reafirmando al respecto en la Casación examinada, la Constitucionalidad de la **imposición de la pena más grave**, pero sin renunciar a los **criterios resocializadores**, que emanan de la propia Carta Suprema, y los beneficios procesales de reducción de pena, que se hallan acordes al ordenamiento jurídico penal.

## **CAPÍTULO VIII**

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

#### **❖ De Sentencias Casatorias:**

- ✓ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N° 010-2002-AL/TC
- ✓ **Casación N° 148-2010-MOQUEGUA** – Sentencia Casatoria
- ✓ **Casación N° 41-2012-MOQUEGUA** – Sentencia Casatoria
- ✓ **Casación N° 335-2015-DEL SANTA** - Sentencia Casatoria

#### **❖ De Recursos de Nulidad:**

- ✓ Recurso de Nulidad N° 215-2004 – PUNO
- ✓ Recurso de Nulidad N° 318-2010

#### **❖ De los Acuerdos Plenarios:**

- ✓ Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, de fecha 26 de noviembre del año 2005.
- ✓ Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, de fecha 25 de marzo del año 2008.
- ✓ Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, de fecha 3 de noviembre del año 2008.
- ✓ Acuerdo Plenario N° 1-2001/CJ-116, de fecha 30 de mayo del año 2012.
- ✓ Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, de fecha 30 de mayo del año 2012.
- ✓ Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2012/CJ-116, de fecha 26 de Julio del año 2012.
- ✓ Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116, de fecha 21 de junio del año 2016.
- ✓ Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, de fecha 21 de junio del año 2016.

❖ **De los Libros:**

- ✓ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.** Libro: “Los Delitos Sexuales – análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”. Ideas Solución EDITORIAL SAC – Edición – Enero 2015.
- ✓ **SALAS ARENAS, Jorge Luis.** Libro: “Indemnidad Sexual - Tratamiento Jurídico”. Editorial IDEMSA – 2013.
- ✓ **SALINAS SICCHA, Ramiro.** Libro: “Derecho Penal – parte especial”. Editorial IDEMSA – Lima 2015.
- ✓ **REYNA ALFARO, Luis.** Libro: “Los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual – Enfoque dogmático y jurisprudencial”. Jurista Editores E.I.R.L. – Primera edición – Febrero 2005.
- ✓ **ARCE GALLEGOS, Miguel.** “El Delito de Violación Sexual – Análisis dogmático, jurídico – Sustantivo y Adjetivo”. Editorial ADRUS – Primera Edición – Arequipa 2010.
- ✓ **NOGUEIRA RAMOS, Iván.** Libro: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Editora Jurídica Griley – Lima 2011.

## **CAPÍTULO IX**

## **ANEXOS**

**ANEXOS I**

**METODO DE CASO: “DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD CUANDO EXISTEN DIFERENCIAS ETARIAS PRÓXIMAS ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO”**

**Autores: BACA GARCIA, Karol Viviana – MANRIQUE JIMENEZ, Regner Martín.**

| PROBLEMA  | OBJETIVOS  | SUPUESTOS   | VARIABLES  | INDICADORES   | METODOLOGIA   |
|---|--|---|--|---|---|
| <p>Determinar si son aplicables los determinados factores de atenuación de proporcionalidad, establecidos en la casación N° 335-2015-El Santa.</p> <p>Determinar cuáles son los presupuestos a los cuales el juez debe concurrir para determinar la pena.</p> | <p><b><u>GENERAL</u></b><br/>                     Analizar la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433</p> <p><b><u>ESPECÍFICOS</u></b></p> <p>1. Determinar cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal establecido en el artículo 173° del Código Penal – Violación sexual de menor de edad.</p> <p>2. Determinar cuál es el motivo por el cual el artículo 173° del Código Penal determina la protección de la indemnidad sexual; asimismo, determinar la intervención del estado.</p> <p>3. Determinar si son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”, en los casos de delitos de Violación Sexual de Menor de Edad.</p> <p>4. Determinar cuáles son los presupuestos a los cuales el juez debe concurrir para fundamentar la pena en los delitos de Violación sexual de menor de edad, cuando existen diferencias etarias próximas entre el sujeto activo y pasivo, es decir cuando la víctima se encuentre próxima a cumplir los 14 años.</p> | <p>1. El Supremo Tribunal (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de República) es la máxima autoridad de administrar justicia, tiene la potestad de emitir precedentes vinculantes.</p> <p>2. Si en el caso de delitos de violación sexual de menor cuando la víctima se encuentre próxima a cumplir los catorce años de edad, el tipo penal aplicable sería el previsto en el artículo 173° del Código Penal aplicando los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”.</p> <p>3. En cual normativa, esto es, artículo 170° y 173° del código penal, prevalece el bien jurídico de libertad e indemnidad sexual.</p> | <p><b><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u></b><br/>                     Delitos contra la Libertad Sexual de menor de edad.</p> <p><b><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u></b><br/>                     Violación sexual de menor que se encuentra próxima a cumplir catorce años de edad.</p> | <p>-Racionalidad de fallo.</p> <p>-Correcta aplicación de los presupuestos para fundamentar la pena.</p> <p>-Análisis de los delitos contra la Liberta Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad.</p> | <p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</b></p> <p>Descriptivo – Explicativo.</p> <p>o <b>DISEÑO</b><br/>                     No experimental</p> <p>o <b>MUESTRA</b><br/>                     Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433</p> <p>o <b>TECNICAS</b><br/>                     Análisis Documental</p> <p>o <b>INSTRUMENTOS</b><br/>                     Expediente</p> |



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

### I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

#### SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.º 1-2018/CIJ-433

**BASE LEGAL:** Artículo 433.4 del Código Procesal Penal  
**ASUNTO:** Alzavoc de la determinación de la pena en los delitos sexuales.

Lima, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

#### SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

##### I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 367-2018-P-PJ, de uno de octubre de dos mil dieciocho, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil dieciocho, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, a fin de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobre la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a propósito de la sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis. Etarias

2.º El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de dos mil dieciocho se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la Resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento de la Sala Penal Transitoria de este Tribunal Supremo a raíz de la expedición de las Ejecutorias Supremas número 2728-2016/Huancavelica, de veintidós de enero de dos



mil dieciocho, y número 2688-2017/Cajamarca, de veintiuno de junio de dos mil dieciocho, así como la Sentencia Casatoria número 344-20178/Cajamarca, de cuatro de diciembre de dos mil ocho, expedida por la Sala Penal Permanente, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Segunda: el pronunciamiento de la convocatoria respectiva, mediante la resolución de convocatoria de tres de octubre último para la reunión preparatoria del día miércoles diecisiete de dicho mes, y la resolución general del mismo día diecisiete de octubre que ratificó la convocatoria al Pleno Jurisdiccional Casatorio.

En esta última resolución se fijó como puntos objeto de la presente sentencia plenaria casatoria, entre otro, los criterios que han de seguirse para la aplicación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a cuyo efecto deberá abordarse, desde el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, (i) el examen de la pena básica fijada en el tipo penal respectivo, (ii) los presupuestos para fundamentar y determinar la pena del artículo 45 del Código Penal, (iii) los motivos relevantes para la individualización de la pena concreta establecidos en el artículo 45-A del Código Penal, (iv) las circunstancias respectivas conforme al artículo 46-A del citado Código, así como, en lo pertinente, (v) las causales de disminución de la punibilidad legalmente previstas y (vi) las reglas de reducción por bonificación procesal.

3.º La segunda etapa consistió: a) en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día siete de noviembre de dos mil dieciocho –se presentaron un total de cuatro *amicus curiae*–; b) en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día antes indicado, en la que lamentablemente no asistieron el señor Fiscal Supremo, según comunicación del señor Fiscal de la Nación mediante oficio número 764-2018-MP-FN, de siete de noviembre del año en curso, ni los señores abogados acreditados por la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú mediante oficio número 63-2018-JUDECAP, de veintiséis de octubre de dos mil ocho; y, c) en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes, de fecha lunes diecinueve de noviembre.

Han presentado informes escritos como *amicus curiae*, los siguientes:

1. Juan Humberto Sánchez Córdova, abogado y docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
2. Brenda Ilette Álvarez Álvarez y Gabriela Jesús Oporto Patroni, por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMOSEX.
3. Ronald Alex Gamarra Herrera, por el Instituto Promoviendo Desarrollo Social – IPRODES.
4. Jesús Heradio Viza Ccalla, Fiscal Provincial Penal de Madre de Dios.

4.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número



conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.

El resultado de la votación fue unánime. El señor Salas Arenas formuló consideraciones propias, según consta del voto adjunto.

5.º Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una discrepancia de criterios y declarar, en su consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

6.º Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, LECAROS CORNEJO y SALAS ARENAS.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL. PENALIDAD Y EVOLUCIÓN

7.º El delito de violación sexual en agravio de menores de edad siempre ha sido considerado como un tipo delictivo autónomo en la tipología de los delitos sexuales, y jurisprudencialmente se admitió –en concordancia con la doctrina científica– que el bien jurídico vulnerado era la indemnidad sexual y su adecuado proceso de formación. En este último punto, es de considerar que el Código Penal establece una presunción “*iure et de iure*” sobre la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles, y lo que implica que el menor es incapaz de autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España –en adelante, STSE– 266/2012, de tres de abril).

El texto originario del artículo 173 del Código Penal (abril de mil novecientos noventa y uno), en su inciso tercero, castigaba este delito, si la víctima tenía al momento de los hechos de diez años a menos de catorce años con pena privativa de libertad no menor de cinco años. Asimismo, si la edad del sujeto pasivo es de siete años y menor de diez, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de ocho años; y, si la edad de la víctima era menor de siete años, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de quince años (incisos 2 y 3 del indicado artículo del Código Penal).

8.º Este tipo penal ha sufrido numerosos cambios legislativos, tanto en su configuración típica cuanto en la previsión de las penas. En efecto, primero, se definió la conducta delictiva como la práctica de un “acto sexual u otro análogo”, para luego, a partir de la Ley número 28251, de ocho de junio de 2004, se determinó como el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”. Y,



Handwritten notes and signatures on the left margin, including a large '4' and several illegible signatures.

Segundo, en tanto se entendió que estos delitos, al afectar a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada (i) a su acentuada gravedad, (ii) a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y (iii) a la reforzada tutela que dichas personas requieren como víctimas de los mismos (STSE 95/2014, de veinte de febrero), y siguiendo la tendencia mundial de ampliar el ámbito de tutela penal en el marco de los delitos sexuales, se aumentó considerablemente la pena privativa de libertad.

Por tanto, criminológicamente, se entiende que los delitos de carácter sexual constituyen una de las manifestaciones criminales más censuradas por la sociedad; y, cuando se involucran a niños, el reproche social es aún mayor, pues existe la conciencia común de que las personas menores de edad requieren una protección mayor por su especial vulnerabilidad y que los autores de tales delitos actúan movidos por propósitos aún más abyectos [DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH: *Delitos sexuales y menores de edad. Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017, número 19-11, p. 2].

Es así que, en un primer momento, se elevó la pena privativa de libertad de no menos de veinte ni más de treinta y cinco años (Ley número 28704, de cinco de abril de dos mil seis) –el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso 3 de dicho artículo al comprender en este delito como sujetos pasivos a las personas de catorce años a no menos de dieciocho años: Sentencia del Tribunal Constitucional –en adelante, STC 8-2012-PI/TC, publicada el veinticuatro de enero de dos mil trece–; luego, se fijó como pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años (Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece); y, finalmente, se estatuyó que si la víctima es un menor de catorce años –se eliminó toda regulación y diferenciación etaria– la pena será de cadena perpetua (Ley número 30838, de cuatro de agosto de dos mil dieciocho).

El endurecimiento delictivo en el curso de los años es patente. El legislador se volcó a una reacción asegurativa que entendió más eficaz agravando las penas. Se ha producido, por lo menos, en esta área del Derecho penal, un viraje punitivo, un aumento de la punitividad [LAMAS LAITE, ANDRÉ: "Nueva Penología". En Revista InDret 2/2013, Barcelona, p. 3].

9.º Tan radical evolución en la conminación penal de los delitos contra la indemnidad sexual se explica en función a la grave alarma social de los mismos y al hecho de su cada vez más constante frecuencia, que los ha convertido en un verdadero problema de seguridad pública, en una pandemia social. La mayor sensibilidad social respecto de la vulnerabilidad de las niñas y niños afectados por estas conductas delictivas, la insuficiente atención por el Estado y la Sociedad a los efectos perniciosos en las víctimas, y la cada vez más intensa presencia de dichos delitos en los medios de comunicación social, determinó en los poderes públicos, desde su obligación constitucional enmarcada en el artículo 3 de la Ley Fundamental, una reacción punitiva muy intensiva. Éste, paralelamente, ha traído consigo una reacción de la

Handwritten notes and signatures at the bottom of the page, including a large '4' and several illegible signatures.



PODER JUDICIAL

academia y, en menor medida, del sistema de justicia en la búsqueda de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico penal –sin que, en el caso de los jueces, se incumpla con el principio de legalidad penal– a fin, de un lado, de configurar respuestas penales acordes con la realidad social e institucional del país; y, de otro, de privilegiar las medidas sociales y preventivas pertinentes –compensar en lo posible los déficits sociales–.

Empero, debe tomarse en consideración la especial vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes. Ello "...está determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros" (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VRP, VPC y Otros v. Nicaragua, de ocho de marzo de dos mil dieciocho). Las niñas y los niños no han concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico, y aun cuando el riesgo corresponde a los niños de ambos sexos, la violencia suele tener un componente de género, como anotó el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General número 13, párrafo 72. El Estado, por consiguiente, ante la menor capacidad de juicio y de resistencia física de las niñas y los niños, tiene la carga de guardar especial celo en que las medidas que decidan y ejecuten deben tener en consideración el interés superior del niño, el cual siempre ha de tener precedencia en la actuación estatal (STC 1665-2014/PHC-TC, de veinticinco de agosto de dos mil quince). Los poderes públicos están comprometidos no solo a garantizar la debida protección de las niñas y los niños, sino también a asegurar su derecho de acceso a la justicia y de promover decisiones razonables por el órgano jurisdiccional en armonía con una legislación que tome en cuenta las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

**§ 2. PENAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL. CONMINACIÓN PENAL ABSTRACTA**

10.º La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis, asumió como un principio indispensable del ordenamiento jurídico penal el de proporcionalidad. En aplicación de este principio y desde los sub-principios que lo informan –en especial, el de estricta proporcionalidad–, que vienen del Derecho Administrativo de Policía y que, luego, desde los Derechos Fundamentales, se incorporaron al Derecho Constitucional y, con él, a todo el ordenamiento –la sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o la privación de derechos fundamentales (conforme: HURTADO POZO, JOSÉ / PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal, Parte General – Tomo I*, 4ta. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 28)–, pero empleándolos genéricamente, sin las particularidades propias del Derecho penal, estimó que la pena prevista cuando la víctima, al momento de los hechos, contaba entre diez años y catorce años de edad, de privación de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Asimismo, consideró que era del caso acudir, para la imposición de la pena concreta, a la regulación genérica de la pena privativa de libertad: de dos días a treinta y cinco años (artículo 29 del Código Penal).

Handwritten mark resembling a stylized 'L' or '4'.

Handwritten signature or initials.



J  
L  
P  
S  
D  
A

11.º Sin duda alguna, y más allá (i) del principio de legalidad penal (artículo 2, numeral 24, literal 'd', de la Constitución) –en concordancia con los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos en el artículo 139, numerales 9 y 11, de la Ley Fundamental: prohibición de analogía contra reo o *in malam partem* y aplicación de la ley penal más favorable en caso de duda o de conflicto entre leyes penales–, y (ii) del principio de culpabilidad, en cuya virtud se incorporan varios sub-principios que le otorgan consistencia: personalidad de las penas, que prohíbe castigar a alguien por un hecho ajeno; responsabilidad por el hecho, que exige un “Derecho penal de hecho” que proscriba castigar a una persona por el carácter o el modo de ser; responsabilidad subjetiva, que requiere que la responsabilidad se funda en que el autor actúe con dolo o imprudencia; y, culpabilidad en sentido estricto, que impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida: normal motivabilidad (conforme: MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal Parte General*, 8va. Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2008, pp. 123-124)–, de tal modo que el fundamento de la pena radica en la retribución de un injusto pero solo dentro de los límites de la responsabilidad personal del autor (conforme: OTTO, HARRO: *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2017, p. 34); (iii) el principio de proporcionalidad, si bien no está expresamente proclamado en la Constitución, constituye una exigencia implícita del principio del Estado de Derecho (artículos 43 y 44 de la Constitución), de suerte que la intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción (así: STSE 716/2014, de veintinueve de octubre).

Es de aclarar, por lo demás, que lo dispuesto en el artículo 139, numeral 22, de la Constitución, en cuanto establece como un principio que: “[...] el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, no contiene un derecho fundamental –de tal principio no se derivan derechos subjetivos–, sino un mandato dirigido a los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus competencias, para orientar el régimen penitenciario –en función a la pena privativa de libertad– y, como tal, no puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes. No condiciona la posibilidad y la existencia misma de la pena a ese objetivo. Los fines reeducadores, rehabilitadores y de reincorporación no son los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista (coincidente: Sentencias del Tribunal Constitucional de España –en adelante, STCE– 2/1987, de veintuno de enero; 19/1988, de dieciséis de febrero; y, 160/2012, de veinte de septiembre).

Empero, tan puntual afirmación debe, en todo caso, relativizarse, en el entendido que la anatomía del sistema penal es dada por la ejecución penal –muy limitativo será este sistema cuando se apoya fundamentalmente en la utilización del condenado como instrumento de miedo y no como un ciudadano, la ejecución tiene como límite

R.

[Handwritten signatures and marks]



inmanente el respeto a la dignidad de la persona humana [LAMAS LEITE, ANDRÉ: *Obra citada*, p. 50].

12.º No corresponde, en el actual estado de la ciencia penal y de las investigaciones empíricas, resolver judicialmente el sentido y el fin de la pena –que siempre es vista como una necesidad social para evitar males mayores–. Es claro también que el conjunto de reflexiones acerca de las concepciones absolutas y relativas de la pena no ha llegado a un punto final de consenso. Lo que sí puede concluirse, en un nivel muy alto de abstracción, es que (i) el Derecho Penal tiene un cometido, cual es el de procurar un procesamiento ordenado del conflicto que representa el quebrantamiento de la norma penal; y, desde su configuración práctica –de los fines individuales de la pena–, (ii) se ha de reconocer que el quebrantamiento del Derecho Penal –que genera un daño social– puede afectar a toda una serie de intereses legítimos, y que el intento de elaborarlo puede requerir la satisfacción de necesidades igualmente variadas –que pueden reflejarse en una cantidad de posibles fines de la pena– (Conforme: STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible*, 4ta. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 49). Cuáles sean estas necesidades, depende en buena parte, en abstracto, (i) de la tipología de delitos –no es lo mismo, obviamente, según su dañosidad social y alarma social, un delito sexual que un delito de homicidio, corrupción o de terrorismo–, en los que priman diversos factores sociales, culturales, ideológicos, históricos, etcétera; y (ii), en concreto, de las circunstancias del caso particular –del nivel o entidad de la necesidad de pena–.

13.º En esta perspectiva, de la concordancia de los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal –con sus limitaciones–, siguiendo parcialmente la fuente colombiana (artículo 12 del Código Penal de Colombia), se entiende que el legislador penal reconoce las múltiples funciones que pueden tener las penas: (i) pena como retribución justa de la responsabilidad penal (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal); (ii) pena como prevención general; y, (iii) pena como prevención especial (artículo IX del Título Preliminar del Código Penal). Tan amplia perspectiva permitiría afirmar que, por lo menos legalmente, se ha impuesto las llamadas “teorías mixtas o de la unión”, aunque no es del todo factible que se esté ante una aseveración concluyente.

Ahora bien, desde una dimensión temporal, pareciera adecuado partir de la denominada “teoría de los escalones”, como la llama MÖLLER-DIETZ, en el sentido de reconocer el diferente peso específico que tienen los fines de la pena en sus diferentes momentos. Así, (i) en el momento de la amenaza penal, de las conminaciones penales –en clave de proporcionalidad abstracta–, tiene, en tanto no se hubiera producido un delito, una función exclusivamente preventivo general; en este estadio temprano, entre todas las formas de aparición de la prevención general solamente actúan el –escaso– efecto intimidador y el efecto de aprendizaje (de reglas elementales de ética social, de la costumbre de comportamientos socialmente competentes). (ii) en el momento de la imposición de las sanciones pasan a primer



Handwritten mark resembling a stylized 'L' or '4'.

Handwritten signature or initials.

Handwritten signature or initials.

Handwritten signature or initials.

Handwritten signature or initials.



J

W

4.1

1

2

3

plano los puntos de vista de la prevención general y de la prevención especial por igual –mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad–; y, (iii) en el momento de la ejecución de la pena debería buscarse solo la resocialización (véase: ROXIN, CLAUDIUS: *La teoría del delito en la discusión actual*. En: *Cambios en la teoría de los fines de la pena*, Tomo I, Editorial Grijley, Lima, 2016, pp. 91-93).

En esta perspectiva puede invocarse la STC 12-2010/PI-TC, de once de noviembre de dos mil once, que señaló, en el caso de los delitos sexuales, como bienes constitucionales destinados a ser optimizados: (i) la desmotivación de la comisión del delito de violación sexual de menores, y (ii) la generación de confianza en la población en el sistema penal respecto del cumplimiento de las penas [que son, por cierto, aunque no se diga, criterios preventivo generales]. Es claro, por lo demás, que tal invocación sirve, preponderantemente, en el momento de la conminación penal, no de la ejecución penal –como se plantea en ese fallo– en la que ha de primar –sin demanda de exclusividad, por cierto– el principio de prevención especial.

14.º Respecto del principio de proporcionalidad, empero, es de apuntar que no resuelve ninguno de los dilemas que hoy divide a la ciencia penal, aunque sí explica todo aquello en los que existe acuerdo –entre otros, no permite inclinar la balanza en favor de quienes optan por una u otra teoría de la pena ni proporciona, en fin, criterio decisivo alguno acerca de por qué una conducta se castiga con pena más severa que otra–. Ello (i) se debe a que tratándose, sin duda, de un principio constitucional, se trata de eso, de un principio abstracto y no de una norma en el sentido que les asigna respectivamente el constitucionalista ROBERT ALEXY –es, por cierto, un criterio muy vago decir que el legislador ordinario solo lo viola cuando existe una clara desproporción entre acción y respuesta–; y, (ii) explica por qué la jurisdicción constitucional se abstiene en muchos casos de declarar la inconstitucionalidad de tipos penales, y es respetuoso con el legislador ordinario y la soberanía popular, así como también busca “ponerse de acuerdo con el legislador” cuando los márgenes de discrecionalidad concedido al legislador son muy amplios (conforme: CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho Penal Español – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pp. 119-120).

El legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y dirección de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos (STCE 55/1996, de veintiocho de marzo, fundamento jurídico 6to.).

15.º El principio de proporcionalidad, en el Derecho penal, en sentido amplio, despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como delitos; y, en sentido estricto, opera primordialmente en la puesta en relación de esas conductas con las

Q

8



J

consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad, y que a su vez se proyecta en la fijación legislativa de éstas, y dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley –dos momentos que, por lo demás, plantean problemas distintos– [BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y OTROS: *Curso de Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p.74].

W

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, visto genéricamente, rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste desde su significación global –es decir, relación entre la gravedad del injusto y la de la pena–. Este principio tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo –que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito– y el poder judicial –las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste– (así: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos*, Editorial INPECCP – CEURA – Jurista Editores, Lima, 2009, pp. 528-529).

X  
Z  
A

El juicio de ponderación que ha de realizarse sin duda no ha de atenerse exclusivamente (i) a la gravedad intrínseca del hecho por el grado de desvalor del resultado y de la acción (número y entidad de los bienes jurídicos afectados, relevancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención del autor, etcétera); sino también, (ii) a la gravedad extrínseca de aquél, esto es, al peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, extremo que puede incluirse en el desvalor objetivo de la acción, si bien debe evaluarse con prudencia (ver: LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016, p. 93). En el juicio de proporcionalidad, asimismo, debe tomarse en cuenta (iii) el criterio de finalidad de tutela de la norma –fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión (en palabras, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 136/1999, de veinte de julio)–, al punto que incluso este último criterio, como dicen COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN, puede prevalecer sobre el de la gravedad del injusto, si, en el caso concreto, las respectivas exigencias de uno u otro criterio fuesen antagónicas (*Derecho Penal – Parte General*, 4ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 80).

B

La pena, pues, debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución; y, al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida, expresa un reproche de contenido ético-social (conforme: MEDNI, IVÁN: *La pena: función y presupuestos*. En: *Revista Derecho PUCP*, n.º 71, Lima, 2012, p. 157).

9



16.º Entonces, metodológicamente, como se precisó, por ejemplo, en la STCE 136/1999, de veinte de julio, cabría examinar la proporcionalidad de una reacción penal desde tres perspectivas:

1. Desde su idoneidad, el tipo penal ha de procurar la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución.

2. Desde su necesidad, la pena ha de permitir alcanzar fines de protección —una pena será innecesaria, entonces, cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades descadas por el legislador.

3. Desde su estricta proporcionalidad, la norma debe guardar equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la pena; no lo será, desde luego, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

17.º No obstante ello, siempre es de tener en cuenta, como pauta general, que el legislador goza de la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de esta potestad, el legislador goza, dentro de los límites constitucionales (respeto del valor justicia propio de un Estado Constitucional y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona: STCE 55/1996, de veintiocho de marzo), de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de sus destinatarios —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etcétera—. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (véase: STCE 161/1997, de dos de octubre).

En esta perspectiva el principio de proporcionalidad, incluso, debe tener en cuenta, amén de la idea de prevención, la gravedad del comportamiento y la importancia de



los bienes protegidos, así como las percepciones sociales a la adecuación entre delito y pena (conforme: STSE de 25 de abril de 2001).

18.º En el presente caso, las penas previstas para el delito de violación sexual de menor de edad, sin duda, son gravísimas, al punto que hoy en día está vigente para toda modalidad de violación sexual a menor de edad la pena de cadena perpetua. Extraña, por cierto, una reacción penal tan drástica, que excluya, como eje punitivo, la presencia legal de "circunstancias extraordinarias" para imponer la cadena perpetua –la pena más grave del sistema penal y, por tanto, de aplicación limitada las conductas más atroces–.

Para matizar tan radical posición, sin duda, está, de un lado, (i) el recurso, en el caso concreto, a la interpretación de la ley penal ordinaria conforme a la Constitución –el deber judicial de interpretación conforme a la Constitución se fundamenta sobre todo con dos argumentos: unidad del ordenamiento jurídico y la primacía de la Constitución sobre la ley ordinaria, y opción por una interpretación conforme a la Constitución (que no se inaplique la ley) deriva del debido respeto a la decisión del legislador, la cual, a ser posible, se debe mantener (KUHLEN, LOTHAR: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 33-34)–; y, de otro lado, (ii) toda la lógica de fijación específica de la pena a partir del conjunto de las reglas de aplicación judicial de la misma, que el Código Penal contempla. Al respecto, la STSE 596/2017, de diecisiete de julio, acotó que dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprendan del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código Penal.

19.º En tal virtud, no es posible negar que en la sociedad actual la violación sexual de menores de edad es considerada una lacra tan lacerante, unida a su rechazo masivo por la población, que ha determinado al legislador, consecutivamente, a una constante progresividad en la gravedad de las penas legalmente conminadas –el legislador, en estos casos, trata de prevenir los daños que estos delitos generan a la niñez–. Como ya se expuso, la Corte Suprema no puede, para establecer la ilegitimidad de una pena, tomar como referencia una pena exacta –la fijada para el delito de homicidio y sus formas agravadas, por ejemplo– que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Constitución no contiene criterios de los que puede inferirse esa medida.

Asimismo, el conjunto de baremos para fijar la pena básica o abstracta, señalados en el fundamento jurídico quince, segundo párrafo, son de tal dimensión o expresión en el delito de violación sexual de menores de edad –su reiteración y el estado de especial vulnerabilidad de las víctimas, unido a su afectación en todos los niveles, psíquicos,



sociales y culturales a las niñas y niños (lesión a su normal desarrollo sexual; nocividad social del hecho)-, que, por lo menos, no es posible negar que existan razones que justifiquen la opción del legislador vulnerar el principio de proporcionalidad.

El problema no está, pues, en la proporcionalidad abstracta, que la sentencia vinculante examinada ha destacado de modo absoluto y que, por tanto, no puede aceptarse.

**§ 3. APLICACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**

**00 A. ASPECTOS GENERALES**

20.º El Código Penal, en el Capítulo II "Aplicación de la pena", con los cambios operados a partir de las Leyes 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince, y 30076, de dieciocho de agosto de dos mil trece, y de los Decretos-Legislativos número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, y número 1323, de seis de enero de dos mil diecisiete, instituyó un sistema de aplicación de la pena -que se traduce en criterios objetivos de valoración para su aplicación y determinación- en función (i) a unos presupuestos para la fundamentación y determinación de la pena (artículo 45), y (ii) a unos criterios o factores para la determinación de la pena (artículo 45-A). En este último caso, reunió un conjunto de circunstancias de atenuación y de agravación genéricas (artículo 46) e incorporó una relación de circunstancias de agravación cualificadas (artículos 46-A al 46-E). Además, el legislador en otros capítulos del Título II del Libro Primero, Parte General del citado Código, tomó en cuenta a) las causales de disminución o incremento de punibilidad (por ejemplo, eximentes imperfectas -artículo 21-, tentativa -artículo 16-, complicidad secundaria -artículo 25, segundo párrafo-, errores vencibles -artículos 14 y 15-, omisión impropia -artículo 13- y concurso de delitos -artículos 48 a 51-; y, de otro lado, en el Código Procesal Penal incorporó b) las reglas de reducción por bonificación procesal (confesión sincera -artículo 161 del Código Procesal Penal-, de terminación anticipada del proceso -artículo 471 del Código Procesal Penal-, colaboración eficaz -artículo 474.2 del Código Procesal Penal- y de conformidad procesal -Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho-).

Todos estos preceptos, al igual que los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, guían el proceso integral de aplicación de la pena. Éste no se abandona al libre arbitrio judicial, pues el juez debe respetar las pautas legales establecidas en nuestro Ordenamiento -que a final de cuentas apunta a concordar la decisión sancionadora con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y los fines retributivos y preventivos de la pena-. Es indudable que el actual sistema, en comparación con el originario del Código Penal, otorga menos margen de discrecionalidad, pero también impone menos ámbito para la arbitrariedad (conforme: ORÉ SOSA, EDUARDO: *Determinación judicial de la pena. Reincidencia y*

Handwritten notes and a drawing of a face in profile.

Handwritten signature.

Handwritten signature and scribbles.

Handwritten signature.



*Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076.* [En: [http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20131108\\_03.pdf](http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf). Consultado el 20-11-2018]. Se trata, en buena cuenta, de una discrecionalidad judicial vinculada, no libre, que a su vez es materia de control a través del deber de motivación –que consiste en la explicación argumentada de la correcta aplicación, en el caso concreto de los criterios de la ley (MANTOVANI, FERRANDO: *Los principios del Derecho Penal*, Ediciones Legales, Ira. Edición en Español, Lima, 2015, p. 597)–.

21.º El artículo 45 del Código Penal, bajo el epígrafe “Presupuestos para fundamentar y determinar la pena”, reúne tres criterios o cánones que han de permitir al juez justificar y delimitar la pena que debe imponerse a la persona en concreto, y que van guiar tanto el proceso de determinación o estipulación legal de la pena como el proceso de individualización judicial de la pena. Dentro del respeto del principio de la responsabilidad o culpabilidad por el hecho –propia, del grado de responsabilidad o culpabilidad– como marco de la pena, de la que no es posible sobrepasar (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), se ha de tomar en consideración, de un lado, las carencias sociales del agente delictivo, y su cultura y sus costumbres; y, de otro, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y, en especial, su situación de vulnerabilidad –son criterios o cánones que permiten una intensidad de respuesta punitiva variable y, según los casos, pueden ir en direcciones diversas: agravar o atenuar la calidad y cantidad de pena–.

Esta disposición legal permite, entonces, no solo individualizar la pena dentro de las reglas de los artículos 45-A y 46 del Código Penal –según el sistema de tercios instaurado–, sino también, en una perspectiva amplia, la aplicación de un sustitutivo (conversiones) o de una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etcétera), así como la fijación de los plazos para el pago de la multa y otras (Conforme: ORÉ SOSA, EDUARDO, *Artículo citado*. Parcialmente: HURTADO POZO, JOSÉ: *El principio de legalidad, la relación de causalidad y a la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal*. [En: [www.cervantesvirtual.com/obra/el-principio-de-la-legalidad-la-relacion-de-causalidad-y-la-culpabilidad-reflexiones-sobre-la-dogmatica-penal-p44/](http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-principio-de-la-legalidad-la-relacion-de-causalidad-y-la-culpabilidad-reflexiones-sobre-la-dogmatica-penal-p44/). Consultado el 20-11-2018]. CARO CORIA, DINO CARLOS: *Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal Peruano*, Lima, 2005 [En: <http://ocfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/LJP-Carlos-Caro.pdf>. Consultado el 20-11-2018].

Es de aclarar que el Decreto Legislativo número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, instituyó como una circunstancia agravante genérica: “Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función”, pero, con posterioridad, la Ley número 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince –menos de dos meses después del primer dispositivo legal–, incorporó esta cláusula –que traduce formas de prevalimiento– como un

Handwritten notes in blue ink, including a large '21' and several illegible scribbles.

Handwritten signatures and initials in blue ink at the bottom of the page.



criterio o canon para fundamentar y determinar la pena, y no como una circunstancia agravante genérica.

Handwritten notes and signatures on the left margin, including a large 'S' and a signature that appears to be 'G. P. ...'

22.º El artículo 45-A del Código Penal fija los diversos niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos con los otros para individualizar la pena. El segundo párrafo de dicho precepto introduce tres directivas precisas, de obligatorio cumplimiento:

1. La determinación de la pena se establece dentro de los límites fijados por la ley. La ley –entendida como la legislación en su conjunto–, entonces, es el marco de referencia y criterio obligatorio para individualizar la pena. La respuesta punitiva, en lo concerniente a la calidad y cantidad de pena, no puede infringir las reglas jurídico-penales pertinentes; debe respetar sus límites y el juez ha de seguir las orientaciones jurídicas correspondientes, legalmente definidas.

2. El juez atiende, a estos efectos, a la responsabilidad y a la gravedad del hecho punible cometido. Esto significa que ha de valorar razonablemente los criterios vinculados a los elementos del injusto graduable y al grado de culpabilidad del autor en función al hecho punible cometido. Es, pues, un caso de discrecionalidad judicial reglada.

3. Se excluyen todos aquellos elementos o circunstancias que no sean específicamente constitutivos del delito o modificatorios de la responsabilidad. Con ello se evita la doble valoración, conocida como “principio de la inherencia”, en cuya virtud no se pueden tomar en consideración aquellos elementos o circunstancias de mayor o menor punibilidad que ya han sido previstos como tales al redactar el respectivo precepto penal (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal – Parte General*, Ed. Comlibros, Medellín, 2009, pp. 1134-1135).

23.º El tercer párrafo del artículo 45-A del Código Penal identifica dos grandes etapas para individualizar la pena.

1. La primera etapa, conforme al numeral 1) del citado párrafo y artículo, está referida a la identificación de la pena básica –pena legal abstracta–; esto es, la pena legalmente conminada por el tipo penal respectivo –que a menudo tiene un límite inicial y un límite final–. El cariz de esta etapa es básicamente legalista. El legislador señala en la Parte Especial con carácter general para cada delito tanto la clase de pena como el *quantum* asignado a la misma, fijando de este modo el marco penal abstracto dirigido al autor de la infracción penal consumada, que constituye el modelo de partida (GRACIA MARTÍN, LUIS y OTROS: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 109).

Una variación dentro de esta primera etapa, más compleja sin duda, que avanza hacia una concreción legal relativa, se presenta (i) en los casos de penas alternativas, de suerte que corresponde al juez establecer cuál de ellas es la que debe asumirse; y, (ii) en los supuestos en que concurran al hecho punible causales de disminución o incremento de punibilidad –éstas son intrínsecas al delito desde su presencia plural, desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas, o desde el grado de realización y niveles de intervención delictiva–, cuyo efecto es disminuir o

Handwritten notes and signatures at the bottom of the page, including a large signature that appears to be 'G. P. ...' and another signature on the right.



incrementar la pena legalmente prevista para el tipo delictivo (crea una nueva conminación penal), no atenuarla o agravarla como lo son las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Ahora bien, esta pena básica, a su vez, se divide en tres partes (sistema de tercios): tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior.

2. La segunda etapa, conforme al numeral 2) del referido tercer párrafo y artículo 45-A del Código Penal, está circunscripta a la individualización de la pena concreta, que finaliza en una pena absolutamente concreta o definitiva, una pena sin márgenes ni marcos penales, una pena, por lo tanto, exacta (GRACIA MARTÍN, LUIS: *Obra citada*, p. 110). La individualización tiene como eje la evaluación de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y la incorporación de reglas, en orden al sistema de tercios, que determinarán, primero, la concreción de la pena dentro uno de los tres tercios reconocidos legalmente: inferior, intermedio o superior; y, segundo, en la pena exacta o final. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad están descriptas, entre otros, en el artículo 46 del Código Penal.

Las circunstancias se definen como aquellos hechos o elementos accidentales, accesorios, que están alrededor del delito, en torno al mismo o fuera de él, e implican la idea de accesoriedad, a la par que adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Tales elementos no son necesarios para la existencia del delito, pero inciden sobre su gravedad e interesan como índices de la capacidad de delinquir del sujeto, comportando una modificación, cuantitativa o cualitativa, de la pena (MANTOVANI, FERRANDO: *Obra citada*, p. 345).

El artículo 46 del Código Penal incorporó un listado preciso, taxativo, de (i) circunstancias genéricas, atenuantes o agravantes –que, como tales, operan en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito, y respetan su marco penológico–, así como otro de (ii) circunstancias agravantes calificadas (artículos 46-A al 46-D) –que configuran un nuevo marco punitivo, más grave– (véase: Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho). De otro lado, es de acotar que las (iii) circunstancias específicas están ubicadas en la Parte Especial del Código Penal, se encuentran adscritas a un delito específico y fijan una pena específicamente conminada. El Código Penal, por lo demás, no recoge –pese a que debiera– (iv) circunstancias atenuantes privilegiadas –los Anteproyectos y Proyectos de Código Penal de 2008/2010 y de 2014/2015, respectivamente, acogían como tal circunstancia cuando: “la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve”– (Así: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Consecuencias jurídicas del delito*, Editorial IDEMSA, Lima, 2016, pp. 203, 205, 239 y 245-248).

Culmina esta última etapa, siempre que concurren, con la aplicación de las reglas de reducción de la pena por bonificación procesal. Tratándose, por ejemplo, de confesión sincera, el juez tiene el arbitrio de disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161 del Código Procesal Penal); y, en el supuesto



de sentencia anticipada, el agente delictivo recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte (artículo 471 del Código Procesal Penal).

24.º Cabe señalar que este Supremo Tribunal, desde el Derecho Internacional convencional, tiene reconocido dos causales de disminución de punibilidad supra legales –sin que pueda negarse el análisis y aplicación, en lo pertinente, de la Convención 169 de la OIT “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, de 27 de junio de mil novecientos ochenta y nueve, en especial los artículos 8 a 10–.

1. El interés superior del niño, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si imputado y agraviada forman ya una unidad familiar estable y tienen hijos menores de edad, y el primero cumple efectivamente con sus obligaciones de padre, se tiene que la culpabilidad por el hecho disminuye sensiblemente y debe operar, siempre, disminuyéndose la pena por debajo del mínimo legal. Así lo declaró la Ejecutoria Suprema 761-2018/Apurímac, de veinticuatro de mayo último.

2. Las dilaciones indebidas y extraordinarias en la tramitación del procedimiento penal, conforme al artículo 8, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho, como se sabe, tiene como finalidad evitar que los encausados o procesados permanezcan largo tiempo bajo imputación o acusación, según el caso, y asegurar que ésta se decida prontamente (SCIDH Suarez Rosero vs. Ecuador, de doce de noviembre de mil novecientos noventa y siete, párrafo 70). A fin de dar eficacia a este derecho fundamental, corresponde compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado mediante la aplicación de esta causa de disminución de punibilidad supra legal –a fin de mantener la proporcionalidad de la pena, que debe ser paralela a la culpabilidad, y la disminución del merecimiento de pena por el dilatado tiempo transcurrido sin dictar sentencia definitiva–. Para ello se requiere, en tanto concepto abierto o indeterminado, “...comprobar, caso por caso, si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes” (STSE 601/2013, de once de julio). También debe atenderse a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (SCIDH Furlan y Familiares vs. Argentina, de treinta y uno de agosto de dos mil doce, párrafos 149-150). Así lo declaró este Tribunal Supremo, amparándose en la STEDH Eckle vs. Alemania, de quince de julio de mil novecientos ochenta y dos, en las Ejecutorias Supremas 4674-2005/Lima, de veintiocho de febrero de dos mil siete, y 709-2008/Lima, de veintisiete de enero de dos mil diez.



## B. ASPECTOS ESPECÍFICOS

25.º La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis, objeto de examen plenario, a los efectos de "...determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos -edad de la víctima cercana a los catorce años de edad, minoría relativa de edad del agente delictivo y relación sentimental entre ambos-", aplicó lo que denominó "control de proporcionalidad de la atenuación" y ponderó cuatro componentes, que tituló "factores": 1. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. 2. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años de edad -la víctima, en el caso concreto, contaba con trece años y veinticinco días de edad-. 3. Afectación psicológica mínima de la víctima -la pericia psicológica no ha de comprobar daño psicológico alguno-. 4. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo -en ese caso existía una diferencia de seis años de edad entre ambos: ella trece años y él diecinueve años-.

26.º Sin embargo, la inclusión de estos "factores" y la mención a un "control de proporcionalidad de la atenuación" no son de recibo. Primero, porque la ley -el artículo 46 del Código Penal- estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado Código. Segundo, porque, igualmente, la ley -en un sentido amplio- es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) -sin fundamento jurídico expreso-, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el Ordenamiento.

Ahora bien, determinado el tercio de la pena aplicable (inferior, intermedio o superior), la individualización concreta dentro del tercio que corresponda debe (i) asumir los lineamientos fijados por el artículo 45 del Código Penal, (ii) mensurar la entidad de cada circunstancia aplicable, así como (iii) incorporar criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en orden a la gravedad del hecho y a la condición personal del agente delictivo -responsabilidad por el hecho-, esto es, criterios de prevención general o especial y también de índole retributiva basada en la culpabilidad por el hecho.

La gravedad del hecho se refiere -no a la gravedad del delito, ya contemplada por el legislador para fijar la conminación punitiva- a aquellas situaciones fácticas, de todo orden, que el juez ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. La condición personal del delincuente está integrada por aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica (conforme:



RODRIGUEZ RAMOS, LUIS – Coordinador: *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 2da. Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2007, pp. 205-206.

La pena, a final de cuentas, debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito (conforme: STSE 1948/2002, de dieciocho de septiembre). O, desde una perspectiva más amplia, la gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción (así: BGH 20, 2214 [216]).

Es aquí donde la individualización de la pena atiende al concepto de lo proporcionado, en cuya virtud debe atenderse no solo a los márgenes legalmente establecidos sino también a todos los factores concurrentes en el hecho, sin descuidar que la proporcionalidad hoy en día también se utiliza como criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales. A lo que obliga el principio de proporcionalidad es, en el ámbito de las penas, a un análisis que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no sólo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquella o aquel que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras u otros [DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO: *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*, Editorial Civitas, Pamplona, 2008, pp. 307, 316 y 317].

27.º Los "factores" indicados en la sentencia vinculante examinada, en sus propios términos, tampoco son de recibo para aplicarlos imperativamente.

1. El consentimiento de la agraviada, de hecho, está excluido en razón al propio alcance del bien jurídico tutelado y el hecho de que el agente delictivo dolosamente hizo sufrir a la víctima el acceso carnal, quien por su propia edad –su desarrollo no solo físico sino mental y el contexto social– no está en condiciones de aceptar una relación sexual temprana –claro que el ataque sexual será más grave si el sujeto activo agrede o amenaza a la víctima, y más aún si la somete a un trato especialmente vejatorio–.

2. La proximidad de la víctima a los catorce años, al contemplar únicamente un dato físico en la evolución de una niña o niño, conlleva el riesgo de asumir una justificación basada en estereotipos o prejuicios obviando los patrones socioculturales que interactúan, y con ello a "formalizar" reglas de impunidad y descuidar el análisis integral de los acontecimientos, tales como la presencia de un ambiente de coerción e incluso de aislamiento creado por el agresor, las relaciones de poder a las que la víctima está sometida –condicionantes socioculturales–, y la situación de ausencia de un eficaz apoyo familiar o de desavenencias ocasionadas por diversos motivos en el marco de hogares disfuncionales.

3. La afectación psicológica mínima no tiene una evidencia empírica contrastable. Ésta se presenta de diversas formas y en periodos de tiempo variables –no necesariamente en el mismo momento o próximo al evento criminal–, pero siempre perjudican el desarrollo integral de las víctimas –someter a una niña o niño a una



actividad sexual temprana desde luego que vulnera el debido y libre desarrollo de su personalidad-

4. La diferencia etaria entre la víctima y el victimario debe asumirse con el cuidado y prudencia debida, así como los posibles vínculos sentimentales entre ambos en razón a la vulnerabilidad en que se encuentran los niños y las niñas -la naturaleza de la relación es independiente del propio hecho del acceso carnal a una niña o niño-. Criminológicamente, cuando existe una diferencia de edad entre sujeto activo y sujeto pasivo, que generalmente se fija en cinco años, ésta impide el mantenimiento de relaciones sexuales en condiciones igualitarias, viciando la capacidad del menor para comprender plenamente las implicaciones de su decisión; además, ello importa someter a la víctima, instrumentalizarla como objeto sexual para satisfacer los deseos del agresor [DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH, *Obra citada*, p. 6].

Es claro, de otro lado, que la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la punibilidad y no puede excluirse en función del hecho punible perpetrado -el Acuerdo Plenario número 4-2006/CJ-116, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, así lo contempló; y, ha sido ratificado, entre otras, por la sentencia casatoria 1672-2017/Puno, de dieciocho de octubre del año en curso, y la sentencia casatoria 214-2017/El Santa, de ocho de noviembre del presente año-, pero las características individuales de la víctima no autorizan, en sí mismas y por lo anteriormente expuesto, a una imperativa respuesta punitiva menos intensa.

28.º Un cambio importante en la aplicación de la pena está vinculado a la entrada en vigor de la Ley modificatoria número 30838, de cuatro de agosto del presente año, que estatuyó que la pena para estos delitos, cometidos en agravio de un menor de catorce años, es la de cadena perpetua -revisable por cierto cuando el condenado cumplió treinta y cinco años de privación de libertad, que expresa tanto su configuración desde una perspectiva resocializadora como la consagración en la ley una lógica excarceladora: presupuestos legales y procedimiento correspondiente (artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, agregado por el Decreto Legislativo 921, de dieciocho de enero de dos mil tres)-. El legislador ha considerado, desde luego, que la indemnidad sexual es uno de los bienes jurídicos más importantes -de mayor rango- y, por ello, el Estado debe responder con una firmeza extraordinaria.

29.º. Es verdad que, en este tipo delictivo, se está ante una conminación penal absoluta -admitida desde consideraciones de prevención general -aunque siempre con ayudas resocializadoras y la oportunidad de reintegración social (conforme: ROXIN, CLAUDIUS: En: *Seisenta años de Ley Fundamental Alemana desde la perspectiva del Derecho Penal. Obra Citada*, Tomo II, pp. 414-415)-, pero también es cierto que es posible reconocer, imponer, ante situaciones excepcionales -como en su día resolvió el Tribunal Supremo Alemán: BGH GS 30, 105-, una pena privativa de libertad temporal, aunque de uno u otro modo esencialmente grave (artículo 29 del Código Penal).



PODER JUDICIAL

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena –aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios–. Pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias el desarrollo psicológico concreto del agente –su historia personal desde el prisma de exámenes psicológicos especialmente rigurosos–, y, entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció –acreditados con pericias o informes sociales fundamentados que razonablemente expresen un nivel de sociabilidad diferenciado y complejo–, de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena.

### III. DECISIÓN

30.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

### ACORDARON

31.º **DECLARAR SIN EFECTO** el carácter vinculante de la disposición establecida por la Sentencia Casatoria número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis.

32.º **ESTABLECER** como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes –que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos–, los siguientes lineamientos jurídicos:

- A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.
- B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafos 21-14). Estas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho penal en su relación con el Derecho



constitucional. El párrafo 26 de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración.

- C. No son aplicables los denominados "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación". Éstos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior.
- D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria.

33.º **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

34.º **PUBLICAR** la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el diario oficial *El Peruano* y en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

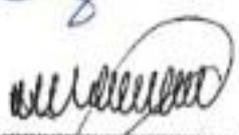
PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

SEQUEIROS VARGAS

  
PILAR EUZANA SALAS CAMPOS  
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE  
CORTE SUPREMA



PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

PILAR RODINA SALAS CAMPOS  
SECRETARIA SALA PERMANENTE  
CORTE SUPREMA



**§ 1. CRITERIOS INDIVIDUALES DEL JUEZ SALAS ARENAS RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DE LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS ENTRE UNA MENOR PRÓXIMA A CUMPLIR LOS 14 AÑOS DE EDAD Y CUANDO EL AGENTE SE HALLA CERCANO AL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA**

**A. ASPECTOS GENERALES**

1º El principio de proporcionalidad señalado en el artículo VIII, del Título Preliminar del Código Penal, se contrae a que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. A su vez este principio constitucional está conformado por tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, CHOCLÁN MONTALVO (1997: 89-90), destaca la idea de la responsabilidad por la propia acción y la proporcionalidad de la pena por el hecho cometido (que conforma el contenido de la función limitadora del principio que está llamado a cumplir el principio de culpabilidad). A decir del indicado autor, el respeto a la dignidad de la persona requiere que el penado no sea usado como instrumento al servicio de fines que aunque útiles socialmente, para la generalidad, no tengan en cuenta la previa comisión del hecho punible por el agente, respecto de quien se presume su libertad de voluntad. Además, precisa que la función de la pena no es con arreglo al texto constitucional exclusivamente resocializadora lo que permite el juego de otros fines también legitimados en el modelo de Estado que define la constitución política.

2º La restricción de responsabilidad por la edad está descrita en el artículo 22 del Código Penal (en adelante CP), cabe indicar que en dicha norma se señala que podrá reducirse prudencialmente la pena 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, mientras que en el segundo párrafo, se excluye de la restricción al agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (modificado por el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince). Sobre el particular esta Suprema Instancia ya se pronunció e indicó que el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón de su edad no está en función directa del delito cometido (Acuerdo Plenario número 4-2016/CJ-116), por lo que al no estar debidamente justificada la restricción corresponderá a los jueces someter la norma al control difuso dependiendo del caso.

**B. ASPECTOS ESPECÍFICOS**

3º En la sentencia casatoria 335-2015/El Santa de uno de junio de dos mil dieciséis (objeto de examen), para determinar la pena concreta se tomó en cuenta cuatro



factores: 1. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual con la menor, puesto que medió consentimiento. 2. Proximidad del sujeto pasivo a los catorce años de edad (la víctima contaba con trece años y veinticinco días). 3. Afectación psicológica mínima de la víctima (en la pericia realizada no se ha de comprobar daño psicológico alguno). 4. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo (seis años de distancia entre ambos, ella con trece y él con diecinueve). Además se consideró necesario acudir al artículo 29 del CP (regulación genérica de la pena, que establece que la pena privativa de libertad temporal será de dos días hasta treinta y cinco años).

4º El tipo penal sólo exige que el sujeto pasivo sea menor de catorce años, por lo que los factores descritos en la casación del Santa no son de recibo dado que el parlamento estableció las circunstancias a tomar en cuenta por el juzgador para determinar la pena (artículos 45, 45-B y 46 del CP), y en segundo lugar, dichos factores no podrían servir para reducir la penas hasta la dimensión fijada (cinco años de privación de la libertad) acudiendo al otro espacio punitivo genérico del artículo veintinueve del CP (penas temporales de dos días a treinta y cinco años).

5º Cabe señalar que en el voto singular emitido en la Ejecutoria Suprema (recaída en el Recurso de nulidad número dos mil treinta y seis guion dos mil quince de veintisiete de abril de dos mil diecisiete. Bajo la ponencia del juez supremo Salas Arenas) se precisó, que la cuestión conflictiva surge al considerar la responsabilidad restringida del agente y la aparente relación afectiva entre imputado y víctima; el primero, dentro del rango etario de maduración incompleta del cortex prefrontal (las neurociencias aportan explicaciones de la conducta en términos de actividad cerebral) que organiza el pensamiento complejo y permite a cada persona distinguir lo bueno de lo malo, para escoger idóneamente entre trasgredir o no la prohibición penal y aquejado por el notorio influjo hormonal de la edad; y, la segunda, en la transición de la niñez a la adolescencia en una situación más intensa a la mencionada, dada la menor maduración como para decidir con solvencia sobre su sexualidad.

6º Establecido el problema concerniente a la proporción de la sanción, que es un asunto de orden constitucional, cabe la elucidación del alcance razonable. Corresponde analizar cada uno de los factores señalados en la casación materia de análisis:

1. Consentimiento de la agraviada, legalmente excluido puesto que no goza de tal capacidad debido a su edad.
2. Proximidad de la víctima a cumplir catorce años de edad, en tanto se presume en el fondo la maduración temprana, que puede no estar acreditada.
3. Mínima afectación psicológica en la víctima que generó confusión puesto que los juzgados superiores tomaron en cuenta el resultado de un examen inmediato y los asumieron definitivos.



4. La diferencia etaria entre la víctima y el agresor, que se basa en apreciación subjetiva.

Dos cuestiones de naturaleza específica subyacen en que las ciencias y el derecho se unen en singamia y en que para aplicar concretamente la decisión judicial se requiere inexorablemente la orientación del conocimiento especializado de la medicina, tanto de la psiquiatría como de las neurociencias: a) La apreciación del daño psíquico en la víctima en delitos sexuales; y, b) la maduración de la corteza prefrontal en el sujeto activo, ninguno de los dos depende de las apreciaciones exclusivamente jurídicas.

#### A) EXISTENCIA DE DAÑO PSÍQUICO O MÍNIMA AFECTACIÓN EN LA VÍCTIMA

**A.1.** En el fundamento jurídico vigésimo octavo, del Acuerdo Plenario número 2-2016/CJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete (posterior a la casación objeto de análisis), se ha establecido que el menoscabo psíquico considerado como daño debe ser jurídicamente consolidado, fijándose en tal estado (presencia de "huella psíquica") transcurrido el término de seis meses desde el suceso que le dio origen. Esto es el tiempo que la ciencia ha establecido como idóneo para acreditar la presencia de Trastornos Adaptativos descritos en el Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V), de la Asociación Americana de Psiquiatría instrumento de validez científica universalmente reconocido, versión que se encontraba vigente cuando se emitió la primera versión de la Guía para Determinar el Daño Psíquico. En el DSM-V (vigente desde el dieciséis de mayo de dos mil trece) se ha catalogado al Trastorno de Estrés Post Traumático (TEPT) en el apartado 309.81 en relación al apartado F43.1 del Clasificador Internacional de Enfermedades -CIE-10-, el cual estuvo vigente desde mil novecientos noventa hasta mayo de dos mil dieciocho, fecha en que entró en vigencia el CIE-11), diferenciando los criterios a considerar cuando se trate de adultos, adolescentes y niños mayores de seis años, y los que deben estar presentes cuando se diagnostique a niños menores a seis años; en ambos casos la expresión retardada de este trastorno se presenta después de los seis meses del acontecimiento, aunque algunos síntomas pudieran ser inmediatos, lo que deberá ser valorado por los juzgadores al analizar las lesiones producidas por esta clase de delitos.

**A.2.** Aunque el Acuerdo Plenario 2-2016/CJ-116 es, como se ha dicho, posterior a la sentencia casatoria analizada, sus fundamentos científicos son anteriores; mayo de dos mil trece y mil novecientos noventa y nueve, respectivamente, fecha de los instrumentos en que se describe y cataloga el estrés postraumático (hay un lapso de meses, o incluso años, antes de que el cuadro sintomático se ponga de manifiesto).



**A.3.** GINER ALEGRÍA<sup>1</sup> considera que para analizar el estrés postraumático se debe valorar las circunstancias histórico-sociales que enmarcan los hechos traumáticos y el ámbito cultural y familiar de la víctima.

Las fases habitualmente presentadas en personas que presentan daño psicológico son: a) la reacción de sobrecogimiento, es decir, la víctima suele reaccionar con un estado de shock, lo que genera abatimiento o incredulidad ante lo sucedido. b) vivencias afectivas dramáticas, presencia de dolor, indignación, rabia, miedo o sentimientos de culpa unidos a momentos de profundo abatimiento. c) tendencia a revivir, intensamente el suceso, se suele revivir el suceso gracias a la memoria, por asociarlo con el olor, un ruido con el aniversario del delito o al ver una película violenta.

**A.4.** Los jueces no pueden ignorar que la ciencia indica y establece parámetros diferentes al analizar los síntomas o efectos psicológicos en la víctima de violencia sexuales, los cuales varían con su edad, género e historia de vida, nivel de daño físico/simbólico, experiencias previas, acciones emprendidas para atender los síntomas y cambios derivados de la experiencia de violencia, apoyo institucional y el apoyo familiar y comunitario recibido. Una cosa es el efecto mediato y otra la huella psíquica del estrés postraumático, que no se ha analizado en la causa en que se pronunció la decisión casatoria, sino que se ha banalizado.

La judicatura no puede ignorar los dictados de la ciencia o interpretar los fenómenos psicológicos o psiquiátricos desde perspectivas exclusivamente jurídicas.

## **B) MADURACIÓN DE LA CORTE PREFRONTAL EN EL VICTIMARIO**

**B.1.** No hay explicación cabal del motivo por el cual un responsable restringido recién salido de la adolescencia y convertido en adulto joven merezca un trato penal diferenciado frente a los adultos que ya sobrepasaron los veintiún años, salvo el mandato normativo.

**B.2.** Para LAURA POZUELO (2015: 5) la corteza prefrontal –capa externa del lóbulo frontal del cerebro– es una de las últimas áreas del cerebro en madurar ya que no se desarrolla completamente, sino hasta la tercera década de la vida de la persona. En tal sentido, la importancia de dicha corteza reside, en que es la parte del cerebro implicada en comportamientos cognitivos complejos como la función inhibitoria –necesaria para el proceso de toma de decisiones– y, por otro, es donde residen los circuitos neuronales responsables de funciones como la capacidad de planear, la memoria activa o el control de los impulsos. Es así que desde la infancia hasta la adolescencia, se está en una etapa decisiva pues es cuando las áreas corticales del cerebro continúan densificándose con la proliferación de conexiones neuronales. Y, que en cuanto a la parte frontal que recubre el cerebro (llamada materia gris) formada

<sup>1</sup> En la conferencia dictada en la Academia de la Magistratura con motivo del "Seminario Internacional en Derecho Penal, Procesal Penal, Victimología y Criminología a la Luz del Derecho Comparado" realizado el día jueves seis de diciembre de este año.



principalmente por cuerpos neuronales alcanza su mayor nivel de volumen alrededor de los once años en las niñas y los doce años en los varones (POZUELO, 2015: 6). Por lo que es en esta etapa cuando se realiza un recambio en la estructura neuronal, y donde las conexiones que no tienen una utilización frecuente son dejadas de lado pues se mantienen dependiendo de las necesidades de desarrollo. Esto deberá ser compulsado por el juzgador al individualizar la pena, puesto que es un aspecto científico.

7º Respecto a la imposición de la pena de cinco años de privación de la libertad, no corresponde predicar la inexistencia de márgenes punitivos o dejarlos librados a la arbitrariedad (como tomar en cuenta el artículo 29 del CP), cuando del análisis sistemático de las sanciones se encuentra el artículo 176-A del CP, que sancionaba en aquella fecha los actos contra el pudor contra víctima cuyas edades oscilaban entre más de diez y menos de catorce años con pena privativa de libertad no mayor de cinco ni mayor de ocho años (con la dación de la Ley 30838, de tres de agosto de dos mil dieciocho, el legislador incremento la pena con no menos de nueve ni más de quince años de privación de libertad al autor de tal conducta).

8º Resulta desproporcionado que una violación sexual en perjuicio de adolescente merezca, en abstracto, el mismo o menor reproche que el acto impúdico contra persona en la misma condición que se establece en el artículo 176-A del CP. Por lo que, degradar la dimensión de la sanción hasta la señalada en la impugnada, pervierte el valor del bien jurídico que debe proteger y cautelar el ámbito sexual de los menores de catorce años. (Según el artículo uno, del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes son considerados niños hasta los doce años de edad y adolescentes desde los doce hasta los dieciocho años de edad).

9º Para la determinación de la sanción razonable para el caso de un responsable restringido (después de realizar el control difuso) se debe considerar el sentido del artículo 22 del CP, que hace posible la reducción prudencial, la que no puede ser antojadiza, debido a que podría quedar desvalorado o con muy poco respaldo el bien jurídico afectado. Tal como refiere ROXIN (1997: 97), por motivo de los efectos preventivos especiales, la pena no puede ser reducida al punto que la sanción ya no sea tomada en serio por la comunidad; puesto esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación.

10º Es insuficiente solo considerar el artículo 46 del CP, para determinar la pena; se requiere estimar el efecto del artículo 45 del mismo cuerpo legal (esto es, carencias sociales, culturales y costumbres), en concordancia con el acápite h, del numeral uno, del artículo 46 del CP "la edad del imputado en tanto hubiera influido en la conducta del imputado" teniendo en cuenta que la edad no solo es física sino también psíquica y que la maduración de la corteza prefrontal obedece a factores antropológicos, fisiológicos, sociológicos y ambientales en cada persona.



Por lo que, la apreciación de la madurez de la persona es un asunto bio psico-social que corresponde definir a la ciencia en cada caso. No siendo suficiente el límite normativo jurídico del responsabilidad restringida (artículo 22 del CP<sup>2</sup>). Por tanto es necesario acudir a la elucidación de la madurez psíquica de la persona antes de realizar la determinación judicial de la pena concreta y pertinente darle contenido a las indicadas normas existentes del CP, para de esa manera valorar las circunstancias de atenuación jurídica aplicable también a los casos de conductas penales o delitos cualificados, y la condición personal de insuficiente maduración psíquica.

11° Hay por tanto una maduración normativa (dieciocho años de edad) y una fisiológica (que determina la ciencia).

12° Es posible por tanto tomar como pautas para imponer la pena concreta (puesto que no existen otros parámetros directos a los cuales acudir para disminuir la pena por la responsabilidad restringida por edad del agresor) los límites de la parte general del ordenamiento penal sustantivo y, de ser el caso, imponer la disminución por debajo del mínimo legal (sin llegar a oponerse al fin preventivo general), bajo el sustento científico acreditativo.

13° De otro lado, es de acotar que en términos generales la relación sentimental que pudiera existir entre el agresor y la víctima o si esta última se dedicare a la prostitución son irrelevantes para calificar la configuración de los delitos sexuales.

## § 2. RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 173 DEL CP

14° Corresponde advertir que a la fecha del presente Pleno Casatorio Penal y posterior a la emisión de las resoluciones materia de análisis se dio la Ley 30838, que castiga el delito de violación sexual contra una menor de catorce años con cadena perpetua. Para reducir la pena por tratarse del caso de responsabilidad restringida, de ser el caso, se deberá previamente efectuar el control difuso por el juez, y detraer la pena concreta, que atendiendo a criterios de proporcionalidad correspondería hasta treinta y cinco años (máximo temporal de la pena privativa de libertad, como ya se mencionó) y siempre dependiendo del caso se tomará en cuenta los fines preventivos especiales, respetando los fines preventivos generales.

Sr.

SALAS ARENAS

PILAR RIBONA SALAS CAMPOS  
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE  
CORTE SUPREMA

<sup>2</sup> Que obedece a la estandarización de la consideración de la adultez para fines civiles, en un tiempo concreto del desarrollo científico.

## DIPOSITIVAS DE EXPOSICIÓN



Universidad Científica del Perú.  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

“DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL  
DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR  
DE EDAD CUANDO EXISTEN DIFERENCIAS  
ETARIAS PRÓXIMAS ENTRE EL SUJETO  
ACTIVO Y PASIVO”

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

N° 1-2018/CIJ-433



Iquitos - Perú  
2019.

Expositores:  
Bach. Karol Viviana Baca García.  
Bach. Regner Martín Manrique Jiménez.

## INTRODUCCIÓN.

El presente análisis jurídico de la SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433, trata sobre el tema referente a los criterios discrepantes respecto a la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo.

Siendo examinada la **Sentencia Casatoria Vinculante Número 335-2015/El Santa, del 01 de junio del 2016**; donde tienen como finalidad determinar si el **artículo 173°** contempla una pena inconstitucional desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, al momentos de ser aplicada por los jueces penales; asimismo, establecer si existen otros factores para determinar la pena que no se encuentren establecidos en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado código; y los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización.

## BASES TEÓRICAS.

- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

La indemnidad o intangibilidad sexual se entiende como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea.



- SUJETO ACTIVO:

Cualquier persona mayor de dieciocho años de edad varón o mujer.



- **SUJETO PASIVO:**

Será cualquier persona menor de edad hasta catorce años de edad; puede ser varón o mujer.

La determinación de la edad para la configuración del tipo penal establecido en el artículo 173° del Código Penal resulta necesaria, por cuanto ella permitirá fijar, conculcar la conducta en uno de los grupos etarios de víctimas, según el legislador ha sido clasificado de la siguiente manera:

1. Menos de diez años de edad.
2. Entre diez años de edad, y menos de catorce.
3. Entre catorce años de edad y menos de dieciocho (despenalizado cuando existe consentimiento).

- **COMPORTAMIENTO TÍPICO:**

La acción típica consiste en tener acceso carnal con un menor de edad mediante violencia o amenaza, el mismo que presenta las siguientes variantes:

- Acceso carnal por vía vaginal (p/v).
- Acceso carnal por vía anal (p/a).
- Acceso carnal por vía bucal (p/b).
- Acto análogo: introducción de objetos idóneos en vía vaginal (capacidad sustitutiva del órgano sexual masculino).
- Acto análogo: introducción de objetos idóneos en vía anal (capacidad sustitutiva del órgano sexual masculino).
- Acto análogo: Introducción de partes del cuerpo (dedos, lengua, mano, etc.) por la cavidad vaginal o anal.

- ✓ **TIPICIDAD SUBJETIVA:** Netamente doloso - "*Animus lubricus*".
- ✓ **CONSUMACIÓN:** El delito de Violación Sexual de menor de edad se consuma con la penetración total o parcial del órgano sexual masculino (en la vagina, ano, boca), u otro objeto o parte del cuerpo (en la vagina o ano).
- ✓ **ERROR DE TIPO:** Se presentará esta categoría jurídica, por ejemplo, cuando el agente actúe con la creencia firme que el sujeto pasivo con el cual realiza el acceso carnal sexual es mayor de dieciocho años, situación que se resolverá aplicando lo dispuesto en el artículo 14° del Código Penal.
- ✓ **ANTI JURIDICIDAD:** La misma naturaleza del delito de acceso sexual sobre un menor hace imposible que, en la realidad práctica, se presente casos donde funcione de manera positiva alguna causa justificante.

- ✓ **CULPABILIDAD:** En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.
- ✓ **ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO:** En el Perú, teniendo en cuenta que existe en la realidad poblaciones que todavía no han llegado a internalizar los parámetros culturales (de carácter o tipo occidental) que domina la mayoría de los peruanos, y, por tanto, existen compatriotas que consideran que mantener relaciones sexuales con una menor de 12 hasta 17 años es normal y natural, en la praxis judicial se presentan casos de error culturalmente condicionado previsto y sancionado en el artículo 15° del Código Penal de 1991.
- ✓ **TENTATIVA:** Será factible siempre que existan indicios e inicios del ataque al bien jurídico que la ley protege.
- ✓ **CONSUMACIÓN:** Respecto a la consumación, ésta se realiza con la penetración total o parcial del pene (o cualquier parte del cuerpo o cualquier objeto) en la vagina, ano o boca del menor.

### ❖ LA PENA:



### ❖ LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA:

La determinación judicial de la pena es toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice, en donde se procede a evaluar y decidir sobre la clase, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia.

#### ✓ PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL:

En principio este dispositivo de enorme importancia para garantizar la libertad y seguridad de la persona se resume en los enunciados: “no hay delito sin ley” y “no hay pena sin ley”, es decir, para que la conducta de una persona pueda ser considerada delito, debe previamente estar tipificada en la ley como tal.

## **LA LIBERTAD SEXUAL Y LA MINORIA DE EDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

Es de suma importancia tener como marco referencial al derecho comparado para poder recoger las experiencias normativas que sobre el particular, en algunos de los sistemas penales iberoamericanos, además de analizar cómo es que han asumido el problema de la protección de la sexualidad de los adolescentes.

- **Legislación Penal de Bolivia: 14 años de edad.**
- **Legislación Penal de Chile: 12 años de edad.**
- **Legislación Penal de Argentina: 12 años de edad.**
- **Legislación Penal de Colombia: 14 años de edad.**
- **Legislación Penal de España: 13 años de edad.**

## **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

**Lima, 18 de diciembre de 2018.**

## **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

Objeto de examen plenario:

### ❖ **SENTENCIA CASATORIA VINCULANTE N° 335-2015/EL SANTA - CHIMBOTE**

- Asumió el Principio de Proporcionalidad.
- Estimó que la pena prevista era DESPROPORCIONAL E INCONSTITUCIONAL.
- Para la imposición de la pena concreta recurrieron a la regulación genérica de la pena privativa de la libertad de 02 días a 35 años, de acuerdo al artículo 29° del Código Penal: Duración de la Pena.
- Para determinar el quantum de la pena tomaron en cuenta: la edad de la víctima cercana a los 14 años, minoría relativa de edad del agente delictivo y la relación sentimental entre ambos.

## **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

- Crearon un “Control de Proporcionalidad de la Atenuación” y ponderaron 4 componentes que titularon “FACTORES”:
  1. LA AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL, EN QUE MEDIÓ CONSENTIMIENTO DE PARTE DE LA AGRAVIADA.
  2. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS 14 AÑOS.
  3. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA. LA PERICIA NO HA DE COMPROBAR DAÑO PSICOLÓGICO ALGUNO.
  4. DIFERENCIAS ETARIAS ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO, EN ESTE CASO DE 6 AÑOS ENTRE AMBOS.

## **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

Por lo que dichos “FACTORES” no fueron de recibo para el pleno.

**PRIMERO:** Porque, la ley en el artículo 46°, estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado.

**SEGUNDO:** Porque, igualmente la ley fija causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación especial.

Por lo tanto, no es posible crear pretorianamente circunstancias o causales de disminución de punibilidad o las reglas de reducción de pena por bonificación especial al margen de la legalidad, sin fundamento jurídico expreso.

## **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

Por tanto, el pleno establece que:

1. EL CONSENTIMIENTO DE LA AGRAVIADA, ESTÁ EXCLUÍDO EN RAZÓN AL PROPIO ALCANCE DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO TUTELADO.
2. LA PROXIMIDAD DE LA VÍCTIMA A LOS 14 AÑOS DE EDAD, NO ES UNA JUSTIFICACIÓN PARA LA ATENUACIÓN DE LA PENA BASADA EN ESTEREOTIPOS.
3. LA AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA NO DEJA DE PERJUDICAR EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS.
4. LA DIFERENCIA ETARIA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO EN RELACIÓN A LOS POSIBLES VÍNCULOS SENTIMENTALES O LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ES INDEPENDIENTE DEL PROPIO HECHO DEL ACCESO CARNAL.

## **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

DECISIÓN DEL PLENO mediante SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433:

1. DECLARAR SIN EFECTO el carácter vinculante de la disposición establecida por la Sentencia Casatoria Vinculante N° 335-2015/El Santa, de fecha 01 de junio de 2016.
2. ESTABLECER como doctrina legal que:
  - A. El artículo 173° del Código Penal no contempla una pena inconstitucional.
  - B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. Por lo que, el párrafo 26° debe tomarse en especial consideración.
  - C. No son aplicables los denominados “factores” para la determinación del “Control de Proporcionalidad de la Atenuación”.
  - D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos.

## **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433**

3. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.
4. PUBLICAR la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el diario oficial El Peruano.





GRACIAS.

