



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

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

**“EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL. CASACIÓN N° 49-2011- LA
LIBERTAD”**

I

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

AUTOR: CHUQUIPIONDO SÁNCHEZ, Andrea del Pilar.

**San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú
2017**

APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso jurídico) sustentada en acto público el día 31 de Julio del 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el Jurado calificador y dictaminador siguiente:



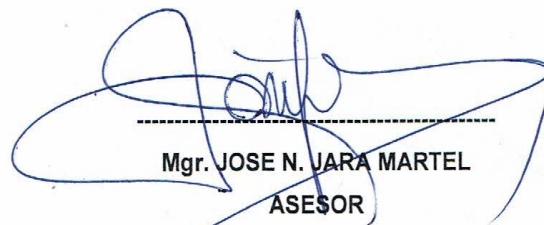
Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES
PRESIDENTE DEL JURADO



Abg. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ
MIEMBRO DEL JURADO



Abg. THAMER LOPEZ MACEDO
MIEMBRO DEL JURADO



Mgr. JOSE N. JARA MARTEL
ASESOR

DEDICATORIA

En primer lugar a Dios todo poderoso, por darme la vida y fortaleza, para cumplir con mis anhelos y alcanzar las metas y objetivos.

A mi querido esposo e hija que se constituyeron a la razón de mi existencia, mi inspiración para alcanzar nuevas metas y seguir adelante en mi camino profesional para desarrollarme de forma eficiente, ya que con su comprensión y cariño, hicieron posible la culminación de este trabajo.

A mis adorados padres y hermanos, que me dieron ese soporte para seguir adelante y cumplir todos mis propósitos tanto en mi vida familiar y laboral, quienes sin duda forman el motor de mi vida.

I

Este trabajo de investigación llegó a su culminación, gracias a la guía del Asesor – Mg. JOSÉ NAPOLEÓN JARA MARTEL, profesional de gran experiencia en el campo de Derecho, que con su apoyo incondicional supo orientarme y dar su conceptualización de la ley.

Finalmente, hago extensivo la dedicatoria a los Magistrados CARLOS ROBERTO AMORETTI MARTÍNEZ y GUILLERMO ARTURO BENDEZÚ CIGARÁN, quienes desde un inicio del estudio de derecho me brindaron su incondicional apoyo y enseñanza formándome en la carrera profesional.

La Autora

AGRADECIMIENTO

Expreso mi gratitud y agradecimiento a la Universidad Científica del Perú por la oportunidad de haberme permitido ampliar y profundizar mis convicciones profesionales y alcanzar este anhelado sueño.

I

La Autora



FACULTAD DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 18:00 horas del día Lunes 31 del mes de Julio del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller:

ANDREA DEL PILAR CHUQUIPIONDO SANCHEZ

En la modalidad de: TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO, con el tema "El Bien Juridico Protegido en los Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual. Casación N° 49-2011- La Libertad"

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Table with 5 columns: Indicador, Examinador 1, Examinador 2, Examinador 3, Promedio. Rows include: Dominio del Tema, Calidad de redacción, Competencia expositiva, Calidad de las respuestas, Uso de terminología especializada, Calificación final.

Calificación final (en letras) ... DIECIOCHO

Leyenda:

Legend table with 3 columns: Indicador, Descripción, Puntaje. Rows: A Deficiente (1), B Regular (2), C Satisfactoria (3), D Optima (4).

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

[Signature of Roger A. Cabrera Paredes]

(Firma)

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

[Signature of Nestor Fernandez Hernandez]

(Firma)

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

[Signature of Thamer Lopez Macedo]

(Firma)

RESUMEN

El presente análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que mediante la Casación N° 49-2011-LA LIBERTAD, realizan un ponderado análisis, sobre el tema, el bien jurídico en los delitos contra la libertad e integridad sexual; se tiene que el **objetivo** de la referida casaciones condenar en el artículo 170° del CP las relaciones sexuales no consentidas de menores de 14 a 18 años. **Material y Métodos**; se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en un expediente judicial, a través del Método Descriptivo Explicativo, cuyo diseño fue no experimental es post facto. Entre el **Resultado**, el Colegiado Supremo, declara fundada la casación, reconduce el delito de violación sexual de menor de edad del artículo 173° inciso 3) del código penal al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes; y por tanto reformándola condenaron a don ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, prevista en el artículo 170° del Código Penal y, como tal, le impusieron ocho años de pena privativa de libertad. En **conclusión**, a través del precedente casatorio, se establece como doctrina jurisprudencial vinculante “la reconducción de los atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 a los 18 años de edad, al tipo penal previsto en el artículo 170° del Código Penal”.

Palabras claves: violación sexual, bien jurídica, reconducción del hecho delictivo al tipo penal, libertad sexual e indemnidad sexual.

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pg.
➤ DEDICATORIA	iii
➤ AGRADECIMIENTO	iv
➤ RESUMEN	vi
<u>CAPÍTULO I:</u> Introducción-----	01
<u>CAPÍTULO II:</u> Marco teórico	
2.1. Marco Referencial	
2.1.1. Antecedentes del estudio-----	03
✚ Respecto a la reconducción del hecho delictivo al tipo penal.	
✚ De la evolución de los Acuerdos Plenarios.	
✚ Evolución normativa-----	13
2.1.2. Bases Teóricas (definiciones conceptuales)	
✚ El bien Jurídico-----	20
✚ La Indemnidad Sexual-----	21
✚ La Libertad Sexual-----	24
2.1.3. Elementos constitutivos del delito-----	26
2.2. Objetivos-----	28
2.2.1. Identificación de los objetivos-----	28
○ General	
○ Específicos	
2.3. Variables-----	29
○ Variable independiente	
○ Variable dependiente	
2.4. Supuestos-----	29

CAPÍTULO III: Metodología

3.1.	Metodología-----	30
3.2.	Muestra-----	30
3.3.	Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos-----	30
3.4.	Procedimientos de Recolección de Datos-----	30
3.5.	Validez y Confiabilidad del Estudio-----	31
3.6.	Plan de Análisis, Rigor y ética-----	31

CAPÍTULO IV: Resultados-----32

CAPÍTULO V: Discusión-----36

CAPÍTULO VI: Conclusiones-----42

CAPÍTULO VII: Recomendaciones-----44

I

CAPÍTULO VIII: Referencias Bibliográficas -----45

CAPÍTULO IX: Anexos-----47

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

El presente análisis jurídico trabajo referente a la **CASACIÓN N° 49 -2011- LA LIBERTAD**, trata sobre el tema, referente al bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad e integridad sexual, delito de violación sexual de menor de edad.

Ahora bien, el Juzgado Penal Colegiado del Nuevo Código Procesal Penal – La libertad, mediante resolución -sentencia, RESUELVE: CONDENAR al procesado ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO, como autor del delito de Violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales JGRC, imponiéndole la PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE VEINTICINCO AÑOS.

Que, al darse lectura de la misma, el Abogado de la Defensa, interpone recurso de apelación contra la sentencia. Los autos se elevaron al Colegiado de la Sala Penal del Nuevo Código Procesal Penal, el mismo que mediante resolución - sentencia de vista-, el Colegiado CONFIRMA la sentencia venida en grado de apelación.

I

Por lo que el Abogado de la Defensa, interpone recurso de casación contra la misma. El Tribunal Supremo mediante la Casación referida acotada líneas arriba, RESUELVE: DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN y, en consecuencia, NULO el extremo de la sentencia de vista; en consecuencia RECONducir dicho comportamiento al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del referido código punitivo; Y REFORMÁNDOLA condenaron a don ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO como autor del delito contra la libertad sexual, prevista en el artículo ciento setenta del aludido Código Penal y, como tal, le impusieron ocho años de pena privativa de libertad.

El planteamiento del problema en el presente caso es determinar si se protege el bien jurídico libertad e indemnidad sexual. En efecto, el tipo penal del artículo 173º.3, se ha “descriminalizado” al reconocer en diversas doctrinas y acuerdos plenarios que se analizarán más adelante, 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 su libertad relativa (bien jurídico libertad sexual).

Esto habría llevado a la Casación N° 49-2011-La Libertad, materia de análisis en el presente trabajo de investigación, 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 el bien jurídico libertad sexual de una adolescente.

Es así, que existe una serie de **antecedentes**, referente a este tema, puesto que los Tribunales supremos, se han pronunciado en sendas jurisprudencias, al considerar que la reconducción del delito de violación sexual de menor de edad al artículo 170 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.

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

Por estas **razones** que motivan el estudio, se deja establecida como doctrina jurisprudencial vinculante “la reconducción de los atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 a los 18 años de edad, al tipo penal previsto en el artículo 170° del Código Penal”.

Por lo que, el **objetivo general** es realizar un análisis de la Casación N° 49-2011-La Libertad; mientras que el **objetivo específico** es determinar si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad, realizados mediante violencia física o amenaza, previsto en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, debe ser reconducida al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes.

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 reconducción del hecho delictivo al tipo penal, graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad,** al momento de determinar la sentencia¹.

- ✓ La Sentencia del Tribunal Constitucional, **EXP. N° 010-2002-AL/TC, fundamentos jurídicos 197 y 199**, de fecha 4 de Enero del año 2003, relativo al principio de proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material, 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 concretas 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 existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

¹Evolución normativa sobre las jurisprudencias emitidas en el Perú, respecto al análisis del tema a sustentar, contenida en la “CASACION N° 49-2011-LA LIBERTAD”.

- ✓ La ejecutoria Suprema del 20/05/2004, **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.

- ✓ Asimismo, se tiene que la reducción de la penalidad, en casos singulares, ha sido objeto de apreciación importante, así la Corte Suprema, en su ejecutoria contenida en el **Recurso de Nulidad N° 4573-2007-AMAZONAS**, establece lo siguiente:

La pena impuesta (4 años de pena privativa de libertad) es proporcional al injusto y a la culpabilidad, pues al momento en que los hechos se produjeron (...) la diferencia de edad entre ambos no es extremada, el acusado a la fecha de los hechos contaba con 20 años de edad y la agraviada 13 años y 9 meses de edad y aquel además carece de antecedentes penales.

- ✓ La sentencia del Tribunal Constitucional, **EXP. N° 00286-2008-PHC/TC-AYACUCHO**, de fecha 6 de Febrero del año 2009, en que se relató que:

Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso.

- ✓ 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).

- ✓ **El Recurso de Nulidad de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010-LIMA**, señala que:

(...) Atendiendo que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada – (15 años de edad – caso concreto materia de análisis)- la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo 170° inciso 1) del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado.

- ✓ **Casación N° 148-2010-MOQUEGUA** – Sentencia Casatoria².

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.

I

- ✓ **Casación N° 41-2012-MOQUEGUA**-Sentencia Casatoria³.

La reconducción del delito de violación sexual de menor de edad al artículo 170 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**- SentenciaCasatoria⁴.

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

²Corte 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.

³Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente – Sentencia Casatoria, emitida con fecha 6 de Junio del año 2013. Doctrina Jurisprudencial vinculante de los fundamentos cuatro punto dieciocho (4.18).

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

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**, 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:

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 delación: 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**, aún 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:

- o **Ausencia de incredibilidad subjetiva:** Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras

⁵Este 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.

que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

- o **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.

- o **Persistencia en el curso del proceso-la incriminación-**.

✓ **Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116⁶**, 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:

I

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 postule 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.

⁶ 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.

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116⁷**, 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 CP, 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.

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 1-2001/CJ-116⁸**, 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

⁷Este 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 fundamentos sexto a duodécimo.

⁸Este 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.

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 inculpación por sobre la otras de carácter exculpante.
- 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 firmeza¹ 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.
- 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 (padrastro, 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 respeta 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**, 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.

- ✓ **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2012/CJ-116¹⁰**, 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

⁹Este 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 otro 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 vulneran la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de la persona prostituida o explotada sexualmente.

¹⁰Este 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 precedentes vinculantes de los fundamentos noveno a décimo séptimo.

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.
 - 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 170 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 170 del CP, según los hechos concretos.
- ✓ **Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116¹¹**, de fecha 21 de Junio del año 2016.
(Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes

¹¹Este 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.

– 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 15 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 15° 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 ronderías.
- c) Las decisiones judiciales relativas a la aplicación del artículo 15° del CP, deben considerar los principios de proscripción de discriminación u de violencia contra la mujer y los menores de edad, así como de prevalencia de interés superior del niño.

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116¹²**, 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.

¹² 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.

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, c, 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 orden, fue modificado por la Ley N° 26293, del 14 de Febrero del año 1994., la cual incremento sustancialmente la penalidad prevista en los incisos 1), 2) y 3) del citado artículo; y por otra parte sustituyo la agravante del último párrafo por la “posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en el su confianza (...)”, previendo una penalidad máxima de treinta años de pena privativa de libertad. En este caso, el legislador determino 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.

Luego. Mediante el Decreto legislativo N° 896 de fecha 24 de Mayo del año 1996 “Ley contra los Delitos Agravados”, que mediante la Ley N° 26950, se otorgó, al Poder Ejecutivo facultades legislativas en materia de Seguridad Nacional, se incremento drásticamente la penalidad de los inciso 1), 2) y 3); llegándose al extremo de imponer cadena perpetua al caso de la agravante del último párrafo del artículo 173° in fine. De la investigación que realice a fin de realizar el presente trabajo, he encontrado que a la fecha no se ha podido determinar con exactitud cual fue el criterio empleado por el legislador para incluir el artículo 173° referente a violación de menores en este 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 ello, por la disposición del artículo 1° de la Ley N° 27507, publicada el 13 de Julio del año 2001¹³, fueron restituidos los marcos penales aminorados, salvaguardándose 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 descanto de las posibilidades de una intervención efectiva resocializadora del Estado sobre el 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

¹³ 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".

Ley N° 28251¹⁴, pero fue en definitiva con la sanción de la Ley N° 28704¹⁵, 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.

✓ **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 Niño¹⁶ y maximizando la protección de los 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

¹⁴**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 ”.

¹⁵**VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD (LEY N° 28704 PUBLICADO EL 05 DE ABRIL 2006)**, 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 libertad: 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua. 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua; 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco; y 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. 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 para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua".

¹⁶La 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 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.

mediante modificación legal¹⁷, pues como lo señala Rodríguez Devesa¹⁸“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, 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 Constitucional¹⁹, 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 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

¹⁷Según VON LISZT, "Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia". En contra MIR PUIG quien señala que el Derecho Penal no solo es “un conjunto de normas dirigidas a los jueces para que apliquen penas...sino que también *son normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíben bajo la amenaza de una pena la comisión de delitos...*”. MIR PUIG, Santiago Derecho Penal Parte General. 7ª Edición. Editorial Euro & B de F. Buenos Aires-Montevideo, 2004. Pág. 52.

¹⁸RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal español. Parte General, 4ta. Edición, Madrid, 1974, p. 7.

¹⁹Sentencia 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 Nº 52 de 30 de mayo de 1999; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros).

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 debilis; 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”²⁰ 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”.*

No era razonable, pues, que el Estado sólo protegiera a los menores de edad²¹ 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**

²⁰ 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.*

²¹ Se considera como menores de edad hasta los 18 años, así se desprende del Artículo 1 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, “Se considera...adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad...”.

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”²² que se les ha dado, sin ser en realidad una fuente directa del derecho peruano, al no ser propiamente sentencias casatorias o precedentes jurisprudenciales²³. 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 su libertad relativa (bien jurídico libertad sexual). Esto habría llevado a la Casación N° 49-2011-La Libertad, materia de análisis en el presente trabajo de investigación, 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 el 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

²²Nadie 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.

²³Pues 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.

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 provocó, 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 positivista²⁴.

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

²⁴Autor: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Libro: “Los Delitos Sexuales – análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”. Ideas Solución EDITORIAL SAC – Edición Enero 2015. Pág. 374-376.

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 íntegro, 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.

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 (Casación N° 49-2011) hace hincapié en **los delitos contra la violación de la libertad sexual– BIEN JURIDICO LIBERTAD E INTEGRIDAD 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 los delitos sexuales

○ **Conceptos de los Juristas**

- ✓ **SALINAS SICCHA, Ramiro.** El legislador del Código Penal recogió a indemnidad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. En el caso de los menor o incapaces, de modo puede alegarse que se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que, para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, los cuales proceden en principio de la doctrina Italiana, y fueron recogidos en la doctrina española de los años sesenta y principio de los ochenta. En consecuencia, vía la doctrina Española llega al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual y en tal sentido, de ahí se concluye que la indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales de violación sexual de menor. Esto es, le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual, circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente²⁵.
- ✓ **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 espontánea²⁶.
- ✓ **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 menor 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

²⁵Autor: SALINAS SICCHA, Ramiro. Libro: "Los delitos de carácter sexual en el Código Penal Peruano" – Segunda edición – Jurista Editores. Edición Enero 2008, pág. 23-24.

²⁶Autor: SALINAS SICCHA, Ramiro. Libro: "Derecho Penal – parte especial". IDEMSA – Lima – Perú. Pág. 579

relaciones sexuales prematuras; mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí que las penalidades también sean mayores²⁷.

- ✓ **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 desprotegido. 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 sexual²⁸, 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 potencial²⁹.

- ✓ **PABON PARRA, Pedro Alfonso.** Así, no se puede concluir ontológicamente que todo menor por debajo de la edad consagrada normativamente, es incapaz de decidir la relación sexual, sin caer en una presunción insostenible (...) ³⁰.
 - **De las Ejecutoria Recaídas en los siguientes Recursos de Nulidad:**

²⁷ Autor: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Libro: "Los Delitos Sexuales – Análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico" – Segunda edición – Ideas Solución Editorial SAC – Edición, Enero 2015, pág. 355.

²⁸ 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.

²⁹ Autor: 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. Pág. 132-133.

³⁰ Autor: PABON PARRA, Pedro Alonso. Libro: "Delitos Sexuales – La sexualidad humana y su protección penal". Ediciones Doctrina y Ley LTDA 2005. Pág. 356.

✚ **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 submateria (...).

✚ **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 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, considero que la idea de “indemnidad o intangibilidad 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 menores, siendo que el Estado Peruano, lo que orienta es 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, víctimas de violación sexual, el ejercicio de sexualidad con ellos se prohíbe 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

✚ **RAMOS NOGUEIRA, IVAN**, define lo siguiente:

Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse 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 voluntaria³¹.

✚ **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

³¹ Autor: NOGUEIRA RAMOS, Iván. Libro: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Editora Jurídica Griley. Lima 2011. Pág. 39-42.

mediando coacción o amenaza³².

✚ **REYNA ALFARO, Luis, define lo siguiente:**

La libertad sexual, como parece evidente, es una concreta manifestación de la libertad personal, que constituye además una expresión del principio de dignidad de la persona humana, y que pretende asegurar la actividad sexual de los ciudadanos se desarrollara dentro de determinados contornos de libertad³³.

✚ **CARO CORIA, Dino Carlos, define lo siguiente:**

La libertad sexual en su sentido positivo o dinámico reconoce la capacidad de elegir libremente a la pareja y el modo de relacionarse, con la única limitación de la libertad de la otra persona³⁴. Se le podría definir entonces como “libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales”.

✚ **ALCALE SANCHEZ, María, define lo siguiente:**

La tutela penal se dirige esencialmente a la libertad sexual en negativo, aunque debe reconocerse que la misma se relaciona también a la libertad sexual positiva pues la capacidad de rechazar relaciones sexuales no deseadas (libertad sexual negativa) es una forma de realización de la libertad de elegir libremente a la pareja y el modo de relacionarse sexualmente (libertad sexual positiva).

○ **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

³² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *op cit*, pág. 239.

³³ Autor: REYNA ALFARO, Luis. *Op cit*. Pág. 129.

³⁴ Autor: CAR CORIA, Dino Carlos. “Primera parte: Estudio sistemático de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Pág. 67-68.

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-ICA³⁵ – 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 autodeterminarse 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

- ❖ **Artículo 173° inciso del 3) del Código Penal,** vigente al momento de acontecidos los hechos³⁶. I

✚ **TIPICIDAD OBJETIVA:**

1) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

INDEMNIDAD SEXUAL

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.

³⁵Casación, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 26 de Octubre del año 2015. P. 7304 y 7305 – Fjs. 4.

³⁶En 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 (...)”.

2) SUJETO ACTIVO

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

3) SUJETO PASIVO: Menor de 14 años de edad (varón o mujer).

✚ 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

Eminentemente Doloso, además el sujeto activo debe actuar con ánimuslubricus (lograr el acceso carnal a fin de obtener satisfacción sexual).

Es inadmisibile 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).

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 virgen³⁷.

2.2. OBJETIVOS

2.2.1. Identificación de los objetivos

I

o GENERAL

Analizar la Casación N° 49 -2011 – LA LIBERTAD.

o ESPECÍFICOS

1. Determinar si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad, realizados mediante violencia física o amenaza, previsto en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, debe ser reconducida al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes.
2. Identificar si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad, realizados mediante violencia física o amenaza, previsto en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, al ser reconducida al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes, puede afectar al presunto autor.
3. Determinar si se protege el bien jurídico libertad e indemnidad sexual.

³⁷Recurso de Nulidad N° 874-2005-San Martín, del 16/05/2005.

2.3. VARIABLES

2.3.1. Identificación de las variables

- **VARIABLE INDEPENDIENTE**

Delitos contra la Libertad Sexual

- **VARIABLE DEPENDIENTE**

Violación sexual de menor de 14 a 18 años de edad.

2.4. SUPUESTOS

- 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.
- Si en el caso de delitos de violación sexual de menor entre catorce y dieciocho años de edad, fue víctima de tal ilícito mediando violencia física o amenaza, nos encontramos ante él la normatividad prevista en el artículo 170° del Código Penal, mientras que si la víctima es menor de catorce años de edad, el tipo penal aplicable sería el previsto en el artículo 173° del mismo cuerpo de leyes.
- 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.

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 Casación N° 49-2011- LA LIBERTAD.

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 Casación N° 49-2011- LA LIBERTAD, artículo 170° y 173° inciso 3) del Código Penal.
- **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 del Expediente N° la Casación N° 49-2011- LA LIBERTAD, 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 la autora 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”; “Sentencias Casatorias”, “Recursos de Nulidad”, “Acuerdos Plenarios” y la Casación N° 49-2011-LA LIBERTAD.
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 Casación N° 49-2011- LA LIBERTAD.

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 edad³⁸.

³⁸ Teniendo en cuenta que la identidad de la menor agraviada se preserva en aplicación de la Ley N° 27115.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Con respecto al análisis de la casación estudiado, esto es, la Casación N° 49-2011-LA LIBERTAD, se tiene que:

El encausado García Briceño fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El representante del Ministerio Público – Fiscal Provincial, mediante requerimiento fiscal de fecha 18 de Febrero del año 2010, de fojas (1-13) formulo acusación en contra de **ELIAS SAMUEL GARCIA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., cuyo ilícito penal se encuentra previsto en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal.

El proceso se llevó a cabo por el señor Juez de Investigación Preparatoria la audiencia de control de acusación, conforme se advierte del acta de fojas (2-4). El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado, de fecha 29 de Marzo del año 2010, obrante a fojas (7-10 cuadernos de debate).

Seguido el juicio de primera instancia, se advierte que:

- 1) El Juzgado Penal Colegiado dicto la sentencia de fecha 25 de Junio del año 2010, el mismo que **RESUELVE: CONDENANDO** a **ELIAS SAMUEL GARCIA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., a **VEINTICINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**.

El Abogado de la defensa del procesado **ELIAS SAMUEL GARCIA BRICEÑO** interpone recurso de apelación mediante escrito de fojas (166-173); el mismo que fue concedido mediante auto de fecha 1 de Julio del año 2010, de fojas (138-139).

- 2) La Primera Sala Superior Penal “de Apelaciones” de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, emplazo a la partes a la fin de que concurrieran a la audiencia, de apelación de sentencia y se realizó el día 6 de Enero del año 2011, obrante a fojas (239), cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de 13 de Enero del año

2011, de fojas (244-52), cuya sentencia de vista **CONFIRMA** la sentencia recurrida de primera instancia, que lo condeno como autor del delito indicado con la sanción de veinticinco años de pena privativa de libertad.

Leída, la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formulo recurso de casación correspondiente mediante escrito de fojas (256-257), la misma que fue concedida mediante auto de fecha 26 de Enero del año 2011, de fojas (268-269)

3) Cumplido los trámites procesales, la Suprema Sala Penal, mediante ejecutoria de fecha 20 de Setiembre del año 2011, de fojas (20-34 cuadernillo formado en esa instancia), admitió el trámite de recurso; es así que los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, **acordaron:**

- I. **DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN** y, en consecuencia, **NULO** el extremo de la sentencia de vista del trece de enero de dos mil once – obrante en folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-, que confirmo la condena de primera instancia, del veinticinco de junio de dos mil diez –obranste en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que condeno a Don **ELIAS SAMUEL GARCIA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero, del Código Penal; en consecuencia;
- II. **RECONducIR** dicho comportamiento al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del referido código punitivo; y actuando en sede de instancia;
- III. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia del veinticinco de junio de dos mil diez –obranste en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que condeno a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercer, del Código Penal.

IV. REFORMÁNDOLA condenaron a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, prevista en el artículo ciento setenta del aludido Código Penal y, como tal, le impusieron ocho años de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintiuno de mayo de dos mil nueve (conforme se advierte a folio dieciséis del cuaderno de detención preliminar), vencerá el veinte de mayo del año dos mil diecisiete.

V. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE lo señalado en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema –de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal-, respecto a la reconducción de los atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 a 18 años de edad, al tipo penal previsto en el artículo 170 del Código Penal.

VI. DISPONER que la presente sentencia Casatoria se lea en audiencia privada por intermedio de la señorita Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia e, incluso, a las no recurrentes,

VII. PUBLICAR en el diario oficial el peruano.

Teniendo presente que la decisión antes acotada, por los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, **se debió a los siguientes fundamentos:**

- 1) Esta fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber violado sexualmente a la menor ya referida mediando violencia, por medio de la fuerza conforme se colige del certificado médico legal de folio cincuenta y uno – que concluyo: **“lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes genitales externas y ano conservado”** - hechos que se consumó cuando la víctima tenía más de 15 años de edad, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el primer párrafo del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal – modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro.

- 2) En el auto de calificación del veinte de setiembre del dos mil once, se subraya como interés casacional, la necesidad de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad – realizados mediante violencia física o amenaza-, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta u tres del Código penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley penal más favorable al reo); en atención a la doctrina jurisprudencial establecida, unitaria y pacíficamente acepta que a partir de los catorce años de edad opera el consentimiento en materia sexual, jurisprudencia cuyo denominador común excluye de responsabilidad penal cuando mediara consentimiento de la víctima.
- 3) Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico, -bajo el criterio de interpretación sistemático- a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respecto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrollo en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guion dos mil ocho CJ guion ciento dieciséis.
- 4) El Supremo tribunal considero que dicho dispositivo legal era contradictorio con algunas disposiciones del Código Civil y también con otras normas que configuran el propio Código Penal integrante del denominado derecho penal sexual. Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo plenarionúmero cero cuatro guion dos mil ocho CJ guion ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y

Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en que se estableció que el estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual, que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico – libertad sexual -; estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta imputada al encausado recurrente, que no afecta la indemnidad sexual sino la libertad sexual de un adolescente, con el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal (vigente por ser el correspondiente) debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres – primer párrafo del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta del propio Código; debiendo puntualizarse a la luz, de la sentencia del 6 de Febrero del 2009, Exp. N° 00286-2008-PH/TC- Ayacucho, no se afecta principios constitucionales.

I

- 5) En los casos que correspondan procederá la consideración circunstancias de agravación del artículo 171 o 172 del Código Penal, en tanto el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición o si así lo determina en ejercicio de sus funciones constitucionales.
- 6) Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170 del Código Penal, regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural de Caserío Coypin-Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad.

- 7) Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera 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 produjo agravio al encausado.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Con respecto al análisis de la casación estudiada, se ha podido determinar claramente que el tipo penal de Violación de la libertad sexual – Art. 170º del Código Penal, tiene como bien jurídico protegido a la libertad sexual. Al respecto, se ha señalado que el delito de Violación sexual, consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado sin consentimiento o contra su voluntad; mediante violencia real o física, como por amenaza grave. Esta libertad sexual se entiende en definitiva, como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir, la capacidad de actuación sexual. Entonces, si hablamos de libertad sexual, hablaremos de poder decidir con quién, cuando, como y donde tener relaciones sexuales. En este sentido, la libertad sexual está ligada intrínsecamente a la libertad individual, y se entiende que es la facultad que tiene la persona de disponer libremente de su cuerpo y de elegir con quien desea tener acceso carnal o abstenerse de ello si así lo quisiera.

Por otro lado, el artículo 173º del Código Penal, protege la indemnidad o intangibilidad sexual entendida esta como la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual. 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”.

Ahora, si bien en el Acuerdo Plenario N° 7-2007, también se estableció que si en un proceso penal concreto, se determinaba que en el acto sexual no existió consentimiento del adolescente-víctima y más bien el sujeto activo hizo uso de la violencia o amenaza para imponerlo, la conducta sería tipificada en el artículo 173º inciso 3) del Código Penal, originando un grave problema en la práctica judicial, puesto que ante un hecho concreto en el cual una adolescente era víctima de un acto sexual impuesto por la violencia o amenaza, algunos jueces calificaban los hechos en el artículo 173º inciso 3) del citado Código, en tanto en otros casos, tomando en cuenta el bien jurídico protegido, calificaban los hechos en el artículo 170º del Código Penal. Esta calificación contradictoria, afectaba seriamente el principio de igualdad en la aplicación de la Ley Penal. Casos parecidos en los cuales el agente haciendo uso de la violencia o grave amenaza impuso el acto sexual a la víctima adolescente, tenían sanción penal diferente. Teniéndose en cuenta que si los hechos eran calificados en el artículo 173º inciso 3) del Código Penal, al procesado se le ponía una pena privativa

de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años. En cambio, si los hechos eran calificados en el artículo 170° del referido Código, al procesado se le imponía una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 8 años; con ello, se puede apreciar notoriamente que la diferencia era abismal, debiendo el estado encontrar una solución grave al problema.

En atención a lo anterior, se realizó el Primer Pleno Jurisdiccional Extraordinario de los Jueces Supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema, allí se acordó emitir el Acuerdo Plenario N° 1-2012, de fecha 26 de Marzo del año 2012, que concluyo sosteniendo que el artículo 173° inciso 3) del citado Código, quedaba vacío de contenido sustancial; así también se verifico la existencia de una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encajaba con comodidad el supuesto hecho indicado, esto es, el artículo 170° del Código Penal, existiendo además otras normas que operan armónicamente, esto es, los artículos 171, 172, 175, 176-A y 179-A del Código Penal, estableciéndose como doctrina legal vinculante lo siguiente: “En tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley valida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual o acceso carnal no consentido con personas de 14 a 18 años de edad, es el artículo 170 (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concreto corresponderá en su caso, la aplicación de los artículo 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”.

Es así, que con la finalidad que no quede duda de la posición jurisprudencial asumida, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, emitió la Casación, materia de análisis en el presente trabajo de investigación, esto es, Casación N° 49-2011-LA LIBERTAD, de fecha 10 de Julio del año 2012, donde con los mismos fundamentos del acuerdo plenario N° 1-2012, antes citado, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante, en aplicación del artículo 427 inciso 4) del Código Procesal Penal año 2004, que los hechos en los cuales el agente hace uso de violencia o la amenaza grave para imponer el acto sexual al sujeto pasivo adolescente, se tipifican en el artículo 170° del Código Penal, y en los casos que correspondan procederá la consideración de las circunstancias de agravación de los artículo 171 o 172 del mismo Código, en tanto que el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición.

Siguiendo la línea de análisis, se tiene que con fecha 3 de Abril del año 2012, 10,609 ciudadanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, contra el artículo 1° de la Ley N° 28704, que modificó el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes, entre ellos, el de libre desarrollo de la personalidad. Luego del trámite procesal correspondiente en base a los parámetros establecidos en la ley, el máximo intérprete de la Constitución ha emitido la Sentencia expedida en el Exp. N° 00008-2012-PI-TC, de fecha 12 de Diciembre del año 2012, declarando fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 y 18 años; y en consecuencia, declaró inconstitucional la disposición penal cuestionada. El Tribunal Constitucional inicia su razonamiento alegando que luego de la modificación producida, a la disposición cuestionada se le podía atribuir dos sentidos interpretativos. El primero que refleja la voluntad del legislador penal alegado por los demandantes: *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 años ni mayor de 30 años*, aquí se tiene como bien jurídico protegido a la indemnidad sexual. El segundo sentido interpretativo propuesto por el demandado: *si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, la pena, para el autor será no menor de 25 años ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad del autor*. Allí, se reconoce que los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años gozan de libertad sexual.

El tribunal al examinar la constitucionalidad del primer sentido interpretativo, hace un examen escalonado de tres fases: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental; identificar la restricción del derecho fundamental; y, verificar si tal restricción se encuentra justificada. *Respecto de la primera fase*, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución, garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad, es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres³⁹. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la

³⁹Tribunal Constitucional, Exp. N° 02868-2004-AA/TC Ancash, Lima: 24 de Noviembre del 2004.

injerencia⁴⁰ estatal, es la libertad sexual. Las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este aspecto forma parte de su núcleo duro, se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad⁴¹. La libertad sexual se entiende como la facultad de las personas para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad. En cuanto a la titularidad de la libertad sexual como parte del derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin duda son los mayores de 18 años, sin embargo, conforme a determinados elementos normativos y facticos que operan en nuestro ordenamiento jurídico⁴², los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad, también puede ser titulares del citado derecho. Respecto a identificar si la restricción al derecho fundamental, el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, sanciona a todo aquel que realice relaciones sexuales con adolescentes cuya edad oscila entre los 14 y 18 años, independientemente que manifiesten su consentimiento. Teniendo un contenido prohibitivo el citado artículo, es evidente que constituye una intervención y limita la libertad de autodeterminación de los adolescentes en el ámbito de su sexualidad. Ahora, si la restricción indicada se encuentra justificada, en tal objetivo, el Tribunal Constitucional realiza el test de proporcionalidad o ponderación.

Conforme a las líneas detalladas precedentemente y habiendo quedado establecido claramente que cuando se trata violación de menores de 14 años de edad, el delito se encuentra inmerso en el artículo 173° de Código Penal, siendo que el Estado protege la “Indemnidad e intangibilidad sexual”; mientras que tratándose de violación sexual de menor de 14 a 18 años de edad (relaciones no consentidas), nos encontramos dentro del artículo 170° del mismo cuerpo de leyes, refiriéndose también que el Estado protege la “Libertad sexual”, esto es, la capacidad legalmente reconocida para disponer del bien jurídico. Ahora bien, de los estudios realizados de la Casación N° 49-2011-LA LIBERTAD, queda claro que esta fuera de discusión la responsabilidad penal incurrida por el encausado **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO**, toda vez, de haber cometido el ilícito penal – violación sexual en agravio de la menor de iniciales JGRC (15 años al momento de acontecidos el ilícito penal), hecho que se acredita con la

⁴⁰Referente a impertinencia, indiscreción, mediación.

⁴¹Tribunal Constitucional, Exp. N° 03901-2007-PA/TC., Lima. 28 de Setiembre del año 2009.

⁴²Se tiene que los artículos 44° del Código Civil “son relativamente incapaces los mayores de 16 y menores de 18 años”; 46° del C.C. “la incapacidad de los mayores de 16 años cesa por matrimonio o por haber obtenido un título oficial”; y 241° C.C. “El Juez puede dispensar el impedimento de matrimonio por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan como mínimo 16 años cumplidos y manifiestan expresamente su voluntad de casarse”.

propia declaración de esta última y con el certificado médico legal de folios (51) que concluye: “**Lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes en genitales externos y ano conservado**”. Siendo que tal ilícito penal se consumó cuando la agraviada antes referida contaba con 15 años de edad al momento de acaecidos los hechos, y por lo motivos expuestos en dicha Casación N° 49-2011, el Supremo Colegiado, tomo la decisión (resultando necesario) de RECONducIR dicho comportamiento del artículo 173° inciso 3) del Código Penal al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes, puesto que no se afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, conforme a lo explicado en el presente capítulo.

Por otro lado, me resulta pertinente hacer referencia lo señalado por el Colegiado Supremo, en la Casación N° 49-2011, en el punto 3.6, que establece “Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170 del Código Penal, regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural de Caserío Coypin-Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad”; aunado a ello, en efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico, esto es, libertad sexual de adolescentes de 14 a 18 años de edad; sin embargo la magnitud y dosis de la pena de 25 a 30 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. En este extremo considero que existe una ilógica planteada por el Legislador, cuando al regular la pena para el delito de “Homicidio” previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de de pena privativa de libertad efectiva, es decir, considera que solo entre 6 a 20 años es necesario privar de libertad a un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal, entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.

Asimismo, la casación en análisis tomo en cuenta los principios de resocialización, resocializador y proporcionalidad. El principio de resocialización del penado,

consagrado en el artículo 132° inciso 22) de la Constitución Política del Perú, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Así, el principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (artículo 5.2 de la CADH), que se refiere tanto a la prohibición de penas que su ejecución puede ser cruel e inhumana, esto es, producto del ambiente carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria. Mientras que el principio de proporcionalidad busca lograr una concordancia razonable entre la entidad del injusto (lesión del bien jurídico, gravedad o no de las modalidades de ataque), la culpabilidad (accesibilidad normativa) y la entidad de la consecuencia jurídica aplicable, incluyendo, en su ámbito de influencia, la prohibición del exceso; en conclusión, implica un equilibrio ideal, valorativo entre el delito y la pena; es así, que en atención a ello, en el caso de análisis, el Colegiado Supremo, reformándola condeno al procesado **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO**, como autor del delito contra la libertad sexual, prevista en el artículo ciento setenta del aludido Código Penal y, como tal, le impusieron ocho años de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que sufrió desde el veintiuno de mayo de dos mil nueve (conforme se advierte a folio dieciséis del cuaderno de detención preliminar), venció el veinte de mayo del año dos mil diecisiete, siendo que a la fecha el referido encausado encuentra reeducado, rehabilitado y reincorporado a la sociedad, gozando de su libertad

En nuestro país, el delito de violación sexual de menores de edad es un tema de gran conmoción social en nuestra sociedad, en tanto el órgano jurisdiccional está facultado de aplicar en extremo una sanción de acorde con la magnitud del evento ocurrido, más cuando los bienes jurídicos conculcados de los menores afectados son en primer orden el que más se preserve, como es el bien jurídico protegido la LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL, pues el daño ocasionado a menores agraviados es irreparable; sin embargo también se debe considerar que el carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad.

Conforme a lo detallado líneas arriba, y estando al análisis del presente trabajo de investigación **estoy de acuerdo con la casación analizada**, toda vez que considero que la cordura se impuso en el tratamiento de los delitos sexuales, pues la modificatoria producida en el artículo 173° del Código Penal, por la Ley N° 28704 en el año 2006, hemos sido testigos de excepción (presenciales) que enamorados consentidos, convivientes, cónyuges jóvenes, han ingresado a las cárceles públicas de nuestro país, por el único hecho de haber tenido relaciones sexuales consentidas con

sus parejas menores de 18 años pero mayores de 14 años; ya que ante una denuncia penal formulada por el Fiscal, invocaban el supuesto del artículo 173° inciso 3) del CP, y los jueces emitían auto de apertura de instrucción o auto de enjuiciamiento disponiendo la medida de mandato de detención o prisión preventiva en contra del denunciado; luego del proceso penal llevados a cabo eran finalmente condenados a penas privativas de libertad, siendo que, los procesados, la supuesta víctima, familiares no entendían porque ocurría tan atropello legal, aclamando la injusticia que tenía nuestro país en referencia al artículo materia de análisis, se generó todo un problema de conmoción social, es así, que la Ley N° 28704, en lugar de mejorar la legislación es esta materia, la retrocedió de manera irracional, ante tal hecho a efectos de aminorar los efectos catastróficos que ocasiono este mediático cambio a miles de ciudadanos peruanos, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, tuvieron que interpretar el artículo 173° vía acuerdos plenarios, para que finalmente el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 12 de Diciembre del año 2012, declarara inconstitucional el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal; y finalmente llegar a la ley N° 30076, publicada el 19 de Agosto del año 2013, en donde se observa en el artículo modificado que ya no existe el inciso 3) del artículo 173° del CP. I

Asimismo, se puede notar que el delito materia de análisis, si bien es cierto a la fecha ya no es punible las relaciones sexuales consentidas de menores entre 14 a 18 años de edad; empero aún, nos encontramos ante el delito de “SEDUCCIÓN”, previsto en el artículo 175° del Código Penal, que establece “El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de 18 años, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”; es decir, este delito se tipifica cuando el agente mediando “engaño” tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal con una persona de catorce años u menos de dieciocho años de edad, ante ello, nos encontramos que para que este hecho ilícito se configure necesariamente tiene que emplearse un medio fraudulento como es el “engaño”, pues, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual; es decir, la agraviada por mediar el engaño se relaciona sexualmente con el agente. Necesariamente en este delito tiene que emplear el engaño la astucia, mediante los cuales el agente consigue que la menor acceda a sus requerimientos sexuales.

CAPÍTULO VI.2.1

CONCLUSIONES

- ✓ Que, en los delitos contra la Libertad Sexual, lo que el Estado protege es la Libertad e indemnidad sexual, de los agraviados; es así que, por **LIBERTAD SEXUAL**, se entiende como 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; mientras que por **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, en principio, protegiendo el normal desarrollo de la sexualidad, en cuanta esfera que se pueda ver gravemente comprometida, como consecuencia de relaciones sexuales prematuras.

- ✓ El artículo 170º Código Penal, tiene como bien jurídico protegido a la libertad sexual, siendo que esta, libertad sexual se entiende en definitiva, como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir, la capacidad de actuación sexual, de poder decidir con quién, cuando, como y donde tener relaciones sexuales. Entendida esta libertad sexual que goza toda persona a partir de los 14 años de edad.

- ✓ El artículo 173º del Código Penal, protege la indemnidad o intangibilidad sexual entendida esta como la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual. 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”, el mismo que se protege de los menores de 14 años de edad.

- ✓ 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.

- ✓ Resulto totalmente coherente que el Legislador prevea en el artículo 170° del Código Penal, como violación agravada, la perpetrada contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad.
- ✓ Asimismo, se tiene que en el presente caso no queda duda de la responsabilidad incurrida por el procesado en el ilícito penal; empero, en estos tipo de delitos, pueden ser los agraviados los únicos testigos de los hechos, se tiene en cuenta que sus declaraciones deben estar rodeadas de elementos probatorios suficientes, es decir de corroboradores periféricos, de naturaleza objetiva que la doten tal aptitud probatoria, que le permita determinar al A Quo de la causa, con certeza el grado de responsabilidad del autor en el ilícito imputado.
- ✓ En el presente caso, materia de investigación, no se vulnera el derecho de defensa del procesado 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 produjo agravio al encausado.
- ✓ El órgano jurisdiccional debe analizar la norma y aplicarla correctamente en cada caso concreto; a efectos de haber duda en la aplicación de la norma en discusión.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

- Se le recomienda que los Jueces Penales, al momento de emitir sentencia, respecto a los delitos contra la libertad sexual, deben de analizar y ordenar que el sujeto activo – sentenciado, se someta a un “**tratamiento terapéutico**”, conforme se encuentra previsto en el artículo 178° A del Código Penal, a fin de facilitar su readaptación social.

- Que, el Legislador debe de realizar una aclaración con respecto al contenido del artículo 173° A, del Código Penal, que señala: “si los actos previstos en los **incisos 2 y 3** del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave (...)”; toda vez, que a la fecha el inciso 3) del artículo 173° del mismo cuerpo de leyes, ya no se encuentra vigente, por tanto no resultaría aplicable dicha conducta ilícita en ese extremo.

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° 4573-2007-AMAZONAS**
- **EXP. N° 00286-2008-PHC/TC-AYACUCHO**
- **Recurso de Nulidad N° 318-2010**
- **El Recurso de Nulidad de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010-LIMA**

➤ **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:**

- ✓ **Autor: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.** Libro: “Los Delitos Sexuales – análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico”. Ideas Solución EDITORIAL SAC – Edición Enero 2015.
- ✓ **Autor: SALINAS SICCHA, Ramiro.** Libro: “Los delitos de carácter sexual en el Código Penal Peruano” – Segunda edición – Jurista Editores. Edición Enero 2008, pág. 23-24.
- ✓ **Autor: SALINAS SICCHA, Ramiro.** Libro: “Derecho Penal – parte especial”. IDEMSA – Lima – Perú.
- ✓ **Autor: 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. Pág. 132-133.
- ✓ **Autor: PABON PARRA, Pedro¹ Alonso.** Libro: “Delitos Sexuales – La sexualidad humana y su protección penal”. Ediciones Doctrina y Ley LTDA 2005.
- ✓ **Autor: NOGUEIRA RAMOS, Iván.** Libro: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Editora Jurídica Griley. Lima 2011.

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXOS

METODO DE CASO: “EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL. CASACION N° 49-2011- LA LIBERTAD”

Autor: CHUQUIPIONDO SÁNCHEZ, Andrea del Pilar.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
<p>-Determinar si se protege el bien jurídico libertad e indemnidad sexual, en los artículos 170° y 173° del CP.</p> <p>-Identificar si la reconducción de los atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 a los 18 años de edad, del artículo 173° inciso 3) al tipo penal previsto en el artículo 170° del Código Penal, se encuentra arreglada a derecho.</p>	<p><u>GENERAL</u> Analizar la Casación N° 49 -2011 – LA LIBERTAD.</p> <p><u>ESPECÍFICOS</u> -Determinar si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad, realizados mediante violencia física o amenaza, previsto en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, debe ser reconducida al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes.</p> <p>- Identificar si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad, realizados mediante violencia física o amenaza, previsto en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, al ser reconducida al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes, puede afectar al presunto autor.</p> <p>-Determinar si se protege el bien jurídico libertad e indemnidad sexual.</p>	<p>- 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>- Si en el caso de delitos de violación sexual de menor entre catorce y dieciocho años de edad, fue víctima de tal ilícito mediando violencia física o amenaza, nos encontramos ante él la normatividad prevista en el artículo 170° del Código Penal, mientras que si la víctima es menor de catorce años de edad, el tipo penal aplicable sería el previsto en el artículo 173° del mismo cuerpo de leyes.</p> <p>- En cual normativa, esto es, artículo 170° y 173° del código penal, prevalece el bien jurídico de libertad e indemnidad sexual.</p>	<p><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u> Delitos contra la Libertad Sexual</p> <p><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u> Violación sexual de menor de 14 a 18 años de edad.</p>	<p>-Racionalidad de fallo.</p> <p>-Congruencia del fallo del Tribunal Supremo.</p> <p>-Análisis de los delitos contra la Liberta Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad.</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACION:</u> Descriptivo</p> <p><u>DISEÑO</u> No experimental</p> <p><u>MUESTRA</u> Expedientes</p> <p><u>TECNICAS</u> Análisis Documental</p> <p><u>INSTRUMENTOS</u> Expediente</p>

I



SENTENCIA DE CASACIÓN – DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

**RECONDUCCIÓN DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL NO CONSENTIDO COMETIDO
CONTRA ADOLESCENTE MAYOR DE 14 Y MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, DEL
ARTÍCULO 173º.3. AL ARTÍCULO 170º DEL CÓDIGO PENAL.**

Lima, diez de julio de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación concedido "para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley más favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho /CJ - ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil cinco" a la defensa técnica del encausado don Elías Samuel García Briceño; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA.

Lo es la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once -abrante en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-, que confirmó la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez -abrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que lo condenó como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

SEGUNDO: DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA.

2.1.- El encausado García Briceño fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de dieciocho de febrero de dos mil diez -de los folios uno a trece- formuló acusación en su contra por el delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad, **previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal**, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C.

2.2.- Se llevó a cabo por el señor Juez de Investigación Preparatoria la audiencia de control de la acusación -conforme se advierte del acta obrante en los folios dos a cuatro-. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente al veintinueve de marzo de dos mil diez -abrante en los folios siete a diez del cuaderno de debate-.

2.3.- Seguido el juicio de primera instancia -como se advierte de los actas de los folios setenta y siete, ochenta y uno, ochenta y nueve y noventa- el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de veinticinco de junio de dos mil diez -conforme se advierte de los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve- que condenó a don Elías Samuel García Briceño por delito contra la libertad - violación de la libertad sexual de menor de quince años de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C. a veinticinco años de pena privativa de libertad.

2.4.- El señor abogado defensor del encausado García Briceño interpuso recurso de apelación mediante escrito de los folios ciento sesenta y seis a ciento setenta y tres. Este recurso fue concedido mediante auto de uno de julio de dos mil diez de los folios ciento treinta y ocho y ciento treinta y nueve.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

TERCERO: DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

3.1.- Culminada la fase de traslado de la impugnación la Primera Sala Superior Penal "de Apelaciones" de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la audiencia de apelación de sentencia y se realizó el seis de enero de dos mil once - conforme aparece del folio doscientos treinta y nueve-, cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de trece de enero de dos mil once de los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos.

3.2.- La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia que lo condenó como autor del delito indicado con la sanción de veinticinco años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

CUARTO: DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL PROCESADO.

4.1.- Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios doscientos cincuenta y seis a doscientos sesenta y siete.

4.2.- Concedido el recurso por auto de veintiséis de enero de dos mil once de los folios doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el tres de marzo de dos mil once.

4.3.- Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, ésta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria de veinte de septiembre de dos mil once -obrante en los folios veinte a treinta y cuatro -del



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 49-2011

LA LIBERTAD

cuadernillo formado en esta Instancia-, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso por el motivo previsto en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

4.4.- Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio cuarenta y siete quedando la causa expedita para emitir decisión.

4.5.- Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, ésta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura en audiencia privada – con las partes que asistan – se realizará por la Secretaría de la Sala el veintitrés de julio del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.

1.1.- El inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en cuanto refiere que: "*Si la sentencia o auto importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas*".

1.2.- El primer párrafo del artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal que regula *el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*

1.3.- El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al *delito de violación sexual realizado con*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal {sic} o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

1.4.- El inciso 3° del artículo 433 del Código Procesal Penal -referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio- en tanto establece que: "(...) la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Asimismo el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala que: "Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 49-2011

LA LIBERTAD

asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".

1.5.- El Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/ CJ – ciento dieciséis, con carácter vinculante, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente (al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad)".

1.6.- El inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, respecto a los principios de la función jurisdiccional.

1.7.- La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00286-2008-PHC/TC –Ayacucho- de 6 de febrero del 2009, en que se resaltó que: "**Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso**".

1.8.- La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 010-2002-AI/TC/ Fundamentos jurídicos 197 y 199, de cuatro de enero de dos mil tres, relativo al principio de Proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material: «En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias 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



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

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 percepción 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 de 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 existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma».¹

1.9.- La Ejecutoria Suprema del 20/5/2004, R. N. N° 215-2004 PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: «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 además 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 codotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto

¹ En *Jurisprudencia penal*, Tomo I, Trujillo, Editora Normas legales, 2003 p. 532.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta». ²

1.10.- El recurso de nulidad de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010 – LIMA, señala que: "(...) *atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada –quince años de edad– la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente*"³, igualmente en las Ejecutorias Supremas: R.N. N° 988-11-HUÁNUCO (12 de abril 2012); RN N°1770-11-CUSCO (21 de junio 2012) R.N. N°854-11-ANCASH (03 de abril 2011), R.N. N°1329-10 AREQUIPA (09 noviembre 2010).⁴

SEGUNDO: DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN.

Se señaló en el sexto fundamento del auto de calificación que: "*que sin embargo, este Supremo Tribunal, considera que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial*

² Castillo Alva, José Luis. *Jurisprudencia penal I, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, Grijley, 2006, p. 232.

³ Conforme se aprecia del séptimo fundamento de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010 – LIMA, de 03 de mayo de 2011.

⁴ En este punto el Juez Supremo Ponente, se aparta del criterio resolutivo plasmado en el voto singular de la Ejecutoria Suprema emitida en el recurso de nulidad N°1222-2011. Apartamiento que por lo demás resulta producto de un consenso alcanzado vía Acuerdo Plenario sobre la materia.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 49-2011

LA LIBERTAD

por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal mas favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad".

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO.

3.1.-Está fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber violado sexualmente a la menor ya referida mediando violencia, por medio de la fuerza conforme se colige del certificado médico legal del folio cincuenta y uno -que concluyó: **"lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes en genitales externos y ano conservado"**- hecho que se consumó cuando la víctima tenía más de quince años de edad, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el primer párrafo del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal -modificado por la ley número veintiocho mil setecientos cuatro-.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 49-2011

LA LIBERTAD

3.2.- En el auto de calificación de veinte de septiembre del dos mil once, se subraya como interés casacional, la necesidad de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad – realizados mediante violencia física o amenaza -, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo); en atención a la doctrina jurisprudencial establecida, unitaria y pacíficamente acepta que a partir de los catorce años de edad opera el consentimiento en materia sexual, jurisprudencia cuyo denominador común excluye de responsabilidad penal cuando mediara consentimiento de la víctima.

3.3.- Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no ésta en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico- bajo el criterio de interpretación sistemático- a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explica y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis⁵.

3.4.- El Supremo Tribunal consideró que dicho dispositivo legal era contradictorio con algunas disposiciones del Código Civil y también con otras normas que configuran el propio Código Penal integrante del denominado derecho penal sexual. Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en que se estableció que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual; que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico- libertad sexual;- estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta imputada al encausado recurrente, que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, en el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal [vigente por ser el correspondiente] debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal -, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres -primer párrafo- del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del

⁵ Conforme se aprecia en el 6º fundamento de la Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad N°1222-2011 - LIMA, de nueve de febrero de 2012



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

artículo ciento setenta del propio Código; debiendo puntualizarse, a la luz, de la sentencia del 6 de febrero del 2009, EXP. N.º 00286-2008-PHC/TC – Ayacucho, no se afecta principios constitucionales.

3.5.- En los casos que correspondían procederá la consideración circunstancias de agravación del artículo 171 ó 172 del Código Penal, en tanto el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición o sí así lo determinara en ejercicio de su funciones constitucionales.

3.6.- Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170 del Código Penal, regulado en **la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta** en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural de Caserío Coypín – Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción mas alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad.

3.7.- Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera 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 fácticos y



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

CUARTO: DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL.

Finalmente, cabe resaltar que como se glosa en el sustento normativo (apartado 1.10) éste Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal al artículo ciento setenta del Código Penal (subsunción técnica jurídicamente correcta) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/CJ- ciento dieciséis.

DECISIÓN:

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordamos:

- I. **DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN** y, en consecuencia, **NULO** el extremo de la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once -abrante en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-, que confirmó la condena de primera instancia, de veinticinco de junio de dos mil diez -abrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; en consecuencia:

- II. **RECONDUCCIÓN** dicho comportamiento al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del referido Código Punitivo; y actuando en sede de instancia;
- III. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez - obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve- que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; y
- IV. **REFORMÁNDOLA**, condenaron a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, previsto en el artículo ciento setenta del aludido Código Penal, y como tal le impusieron ocho años de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintiuno de mayo de dos mil nueve (conforme se advierte del folio dieciséis del cuaderno de detención preliminar) vencerá el veinte de mayo de dos mil diecisiete.
- V. **ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE** lo señalado en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema -de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal-, **respecto a la reconducción de los atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 años a los 18 años de edad, al tipo penal previsto en el artículo 170 del Código Penal.**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 49-2011
LA LIBERTAD

- VI. **DISPONER** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por intermedio de la señorita secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes;
- VII. **PUBLICAR** en el diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

MORALES PARRAGUEZ

JLSA/cam

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dña. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA