



Universidad Científica del Perú

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

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO**

**“CRITERIOS PARA APLICAR LA PENA EN DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENORES DE EDAD. SALA PENAL PERMANENTE – CASACIÓN N° 335-2015
DEL SANTA – CASO: GEANCARLOS VEGA MEJÍA”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**

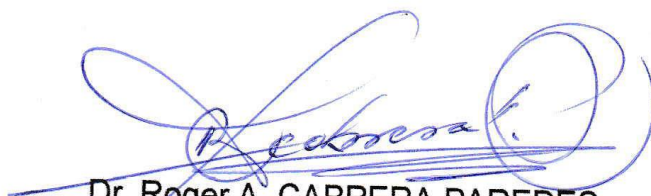
AUTOR : Cristian Enrique MARIN ALVEAR

San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú

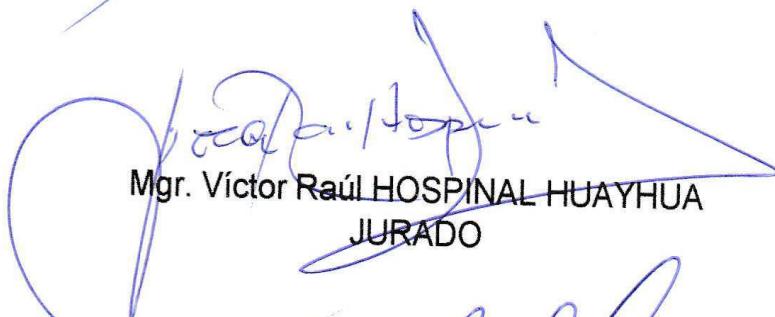
2017

PAGINA DE APROBACION

Trabajo de suficiencia profesional (Método de caso Jurídico) sustentado en acto público el día: martes 08 de agosto del 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú.



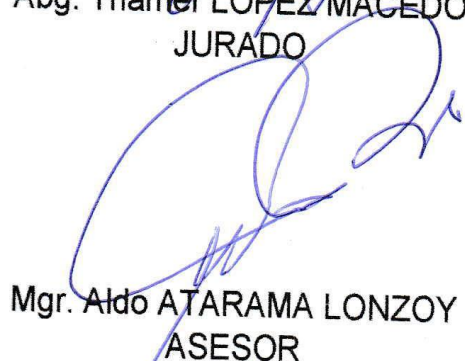
Dr. Roger A. CABRERA PAREDES
PRESIDENTE



Mgr. Víctor Raúl HOSPINAL HUAYHUA
JURADO



Abg. Thamer LOPEZ MACEDO
JURADO



Mgr. Aldo ATARAMA LONZOY
ASESOR

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedico en primer lugar a nuestro señor Jesucristo, que nos mantiene con vida y salud en este mundo.

A la memoria de mi señora Abuela Teresita que en paz descanse, a la memoria de mi señor padre don Enrique Marín Albán que de Dios goce, a mis dos menores hijas teresa e Ivanna y a su progenitora por ser mi compañera incondicional y el faro de luz que alumbra mis pasos en este camino extenso y difícil de la vida.

Finalmente, va dedicado a todas las demás personas que contribuyeron con su ayuda para la realización de este trabajo.

El Autor

AGRADECIMIENTO

A la "MARINA DE GUERRA DEL PERU" por encaminar mi futuro con disciplina y proyecciones al futuro.

A la "GLORIOSA POLICIA NACIONAL DEL PERU" por brindarme la oportunidad de ser parte de esa institución y ser la base de todas mis demás metas.

A la "UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ" por ser mi Alma Mater.

A los Profesores del Programa de Suficiencia Profesional, por brindarme sus conocimientos, experiencias y sobre todo por darme las pautas necesarias y todo su tiempo para realizar el presente trabajo de investigación.

A los compañeros por ser muy solidarios conmigo durante el desarrollo del presente trabajo.

El Autor



FACULTAD DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 11:00 horas del día Martes 08 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación del bachiller:

CRISTIAN ENRIQUE MARIN ALVEAR

En la modalidad de: TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL - METODO CASO JURIDICO, con el tema "Criterios para Aplicar la Pena en Delitos de Violación Sexual de Menores de Edad. Sala Penal Permanente - Casación N° 335-2012-Del Santa - Caso Gean Carlos Vega Mejia "

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

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

Calificación final (en letras)

Leyenda:

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

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Mgr. VICTOR RAUL HOSPINAL HUAYHUA

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

Handwritten signatures and the word 'Firma' in parentheses for the President and two members.

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág.
APROBACIÓN	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	vii
CAPÍTULO I	
Introducción	01
CAPÍTULO II	
2.1. Marco Teórico Referencial	
2.1.1 Antecedentes de la investigación	03
2.1.2. Definiciones teóricas	03
2.1.3. Definiciones conceptuales	26
2.2. Objetivos	34
2.2.1. Objetivo general	53
2.2.2. Objetivos específicos	53
2.3. Variables	53
2.3.1 Identificación de las variables	54
2.4. Supuestos	54
CAPÍTULO III	
3.1. Metodología	55
3.2. Muestra	55
3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos	55
3.4. Procedimientos de Recolección de Datos	56
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio	56
3.6. Plan de Análisis, Rigor y ética	56
CAPÍTULO IV	
Resultados	57
CAPÍTULO V	
Discusión	59

CAPÍTULO VI	
Conclusiones	64
CAPÍTULO VII	
Recomendaciones	65
CAPÍTULO VIII	
Referencias Bibliográficas	66
CAPÍTULO IX	
Anexos	
Anexo N° 01: Matriz de consistencia	67
Anexo N° 02: CASACIÓN N° 335-2015 DEL SANTA	69

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre: “La debida interpretación y aplicación de los Principios de Idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22 segundo párrafo del código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales que también es compatible con la constitución, la inaplicación del artículo 173 segundo párrafo del Código Penal para la graduación de la pena acudiendo al artículo 29 del Código Penal, ”, caso puesto en análisis (Casación N° 335-2015-del Santa), donde Gean carlos VEGA MEJIA es denunciado por la Tercera Fiscalía Provincial Penal del Santa por la presunta comisión del Delito contra la Libertad Sexual de Menor, en agravio de la menor de iniciales C.B.Y.B solicitando esta que se le imponga la pena privativa de libertad de treinta años y una relación civil de 2000 Nuevos Soles a favor de la agraviada, para ser posteriormente sentenciado en primera instancia por el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia del Santa el día 01 de Octubre del 2014 a 30 años de pena privativa de libertad y al pago de 2000 nuevos soles de reparación civil, contra la sentencia condenatoria el procesado Gean carlos VEGA MEJIA interpone recurso de apelación el cual fue consentido, elevando los actuados al Tribunal Superior de esta manera la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa señalo fecha de apelación el día 09 de Marzo del 2015, posteriormente el día 19 de Marzo del 2015 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa resolvió: i) Implicar el mínimo y máximo de la pena conminada de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado; ii) Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; iii) Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Gean carlos Vega Mejía; contra la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce; iv) Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a Gean carlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; v) Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y, vi) Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada. La señora Fiscal Superior, a foja trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia, se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el

artículo 429°, numerales 1) y 3), del Código Procesal Penal. La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, por lo que el supremo tribunal decidió declarar infundado el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal del Santa, contra la Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista mencionada.

ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal. EXONERARON a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación. DISPUSIERON dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial “El Peruano”; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron. **SS.VILLA STEINRODRÍGUEZ TINEOPARIONA PASTRANAHINOSTROZA PARIACHINEYRA FLORES.**

Palabras Claves: Test de proporcionalidad, inaplicación de la prohibición, control difuso, adecuación a la constitución.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha establecido una nueva doctrina jurisprudencial vinculante respecto del delito contra la libertad sexual cometido por personas mayores de 18 y menores de 21 años. Lo más interesante de este criterio, recogido en la Casación N° 335-2015-Del Santa, es que los magistrados supremos concluyen que para estos casos la pena sí puede ser atenuada, pues la prohibición de su reducción por responsabilidad restringida va en contra de la Constitución.

Así, según los jueces, para determinar el tiempo de pena privativa de la libertad que supone los casos de violación, se deberá evaluar la **ausencia de amenaza o violencia para acceder al acto sexual; la proximidad de la edad del sujeto pasivo a los 14 años; la afectación psicológica mínima de la víctima y la diferencia entre sujeto activo y pasivo.**

De esta manera, señala la jurisprudencia, se deberá fijar en estos casos una pena proporcional, inaplicando la prohibición del atenuante por responsabilidad restringida por la edad, prevista en el artículo 22° del Código Penal. Asimismo, la Sala calificó de incompatibles con el derecho constitucional a la igualdad y los principios de proporcionalidad y resocialización tanto el referido artículo como el 173.2 del Código Penal, relativo a la imposición de pena de 30 a 35 años si es que la víctima tiene entre 10 y 14 años de edad.

Este nuevo criterio jurisprudencial recae en el caso de Gean carlos Vega Mejía, un joven de 19 años acusado de violación sexual contra una menor de 13 años y para quien la Fiscalía pedía 30 años de pena privativa de la libertad. La solicitud de pena fue atendida y aprobada por el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa (Áncash), sentencia que fue apelada por el procesado ante la Sala de Apelaciones de la misma sede jurisdiccional. Debido a la inconsistencia de pruebas y contradicciones en el testimonio de la menor agraviada, la instancia decidió reducir la pena impuesta a solo cinco años y confirmar el monto de dos mil soles por concepto de reparación civil. Llegada la casación a la Corte Suprema, los jueces declararon infundado el recurso y ratificaron la sentencia de segunda instancia.

La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior

con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su “consentimiento”. No se discute en este proceso la protección legislativa a la “indemnidad sexual”. Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena.

De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 – 2012 – PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal “[...] ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución”

Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumir el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena.

No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor de edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

CAPÍTULO II

2.1. MARCO TEORICO REFERENCIAL.

2.1.1. Antecedentes de la Investigación.

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 incrementó drásticamente la penalidad de los incisos 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 cuál 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 2001¹, fueron restituidos los marcos

¹ **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

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 Ley N° 28251, pero fue en definitiva con la sanción de la Ley N° 28704, la que significó 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.

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".

➤ **DOCTRINA JURÍDICA RESPECTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.**

VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD²

- DESCRIPCIÓN TÍPICA

Que, de acuerdo a la conducta incriminada, para la configuración del tipo penal previsto en el artículo **173° inciso 2) del Código Penal- " Violación sexual de menor de edad"**, modificado por el artículo I de la Ley N° 30076, publicado el 19-08-2013, que señala:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal 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: (...)

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 años.

- TIPICIDAD OBJETIVA

El delito más grave previsto dentro del rubro "delitos contra la libertad sexual" en nuestro Código Penal lo constituye el ilícito penal denominado acceso carnal sexual sobre un menor. Este hecho punible se configura cuando el agente tiene acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de dieciocho años de edad cronológica. En otros términos, "la conducta típica se concreta en la práctica del acceso o acto sexual o análogo con un menor, ello incluye el acto vaginal anal o bucal realizado por el autor, o por el menor a favor del autor o de un tercero".

²[www.academia.edu/.../MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ES...](http://www.academia.edu/.../MANUAL_DE_DERECHO_PENAL PARTE ES...) Libro: "MANUAL DE DERECHO ESPECIAL PARTE I".

De igual forma, comprende también la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima menor.

De la redacción del tipo penal se desprende, con claridad, que la verificación del delito de acceso sexual sobre un menor no se necesita que el agente actúe haciendo uso de la violencia, la intimidación, la inconsciencia o el engaño. En tal sentido, así la víctima preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual u análogo, el delito se verifica, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores, cuya edad se encuentre entre el acto del nacimiento hasta los dieciocho años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo. En la jurisprudencia se tiene claro esta circunstancia. De ese modo, la Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1999 declaró: "si bien es cierto que las cópulas carnales llevadas a cabo entre la agraviada y el encausado fueron de mutuo acuerdo, también lo es que dada la minoría de edad de la agraviada, no tiene la capacidad plena para disponer de su libertad sexual, por lo que la ley tiende a tutelar esta libertad de los menores de edad, así como también su inocencia cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por ciertos comportamientos delictivos". En igual sentido se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 7 de julio de 2003, cuando afirma que "el supuesto consentimiento presentado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de 'violación presunta' no admite el consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos 'de reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores".

Asimismo, no tiene ninguna trascendencia para calificar la conducta delictiva ni menos para liberar de responsabilidad penal al agente, el hecho que la víctima-menor se dedique a la prostitución o que la propia víctima haya seducido al agente o que aquella, con anterioridad, haya perdido su virginidad.

En otro aspecto, no le falta razón a Villa Stein, al enseñar: como quiera que lo determinante es la edad de la víctima, la concurrencia adicional de violencia o intimidación es indiferente aunque debe servir al juzgador para graduar la pena entre los polos máximos y mínimos, como debe servirle, para el mismo propósito, el consentimiento psicológico de la Víctima.

Del mismo modo, en cuanto al último aspecto, Castillo Alva sostiene que "un sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo-generales que deben

presidir toda construcción o planteamiento jurídico-penal nos obligan a mantener un criterio flexible y abierto en este punto. Si bien ello no supone de alguna manera la exoneración de responsabilidad penal al autor del hecho, no existe ningún inconveniente para que en la fase de la determinación o individualización judicial de la pena reciba un tratamiento más benigno y se le imponga una pena atenuada". No obstante, todo queda a criterio y prudencia del juzgador.

Conclusión: Respecto de la Casación se trata de una supuesta violación sexual a una menor agraviada de trece años y veinticinco días de edad, en relaciones sexuales "consentidas" con un sujeto de diecinueve años de edad, es decir con responsabilidad restringida de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal; sin embargo, en dicho artículo prohíbe esta supuesta responsabilidad restringida a los involucrados en delitos de violación de la libertad sexual, pero la Suprema Corte a través de la Sala Permanente haciendo control de Constitucionalidad, establece que no puede dejar de aplicarse este criterio de responsabilidad restringida a este infractor. Asimismo, inaplica la pena tasada del Artículo 173 Inciso 3º del mismo cuerpo de leyes, cuya sanción es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad y le impone cinco años de pena privativa de libertad.

- El consentimiento del menor en la jurisprudencia

En cuanto al consentimiento de la víctima-menor, es lugar común en la doctrina jurisprudencial sostener que tal variable es irrelevante en la comisión del delito de acceso carnal sexual sobre un menor. En la Ejecutoria del 17 de diciembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema fundamentó que es "irrelevante el consentimiento de la misma si fuere el caso, dada su minoría de edad, quien no tiene capacidad plena para disponer de su libertad sexual". Del mismo modo la Sala Penal Permanente en la Ejecutoria Suprema del 9 de septiembre de 2004 argumentó que "el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante por cuanto la figura de 'violación presunta' no admite el consentimiento como acto exculpatario ni para los efectos de la reducción de la pena, dado que en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, pues lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores".

Sin embargo, por falta de ilustración de algunos magistrados, encontramos precedentes jurisprudenciales que se apartan de aquel criterio dogmático haciendo uso de razonamientos antojadizos y sin ningún amparo legal razonable. En efecto,

siguiendo la doctrina del derecho penal moderno, por resolución del 11 de septiembre de 1997, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, argumenta: "Que de las pruebas actuadas en el proceso a nivel policial y judicial se ha llegado a establecer que el acusado [...] ha sostenido relaciones amorosas con la menor agraviada [...], a quien la visitaba frecuentemente en su domicilio ubicado en la calle Independencia sin número, de la ciudad de Palpa, provincia del mismo nombre, e incluso [. . .] [la] madre [de la menor] tácitamente aceptó dichas relaciones afectivas al permitir la presencia constante del procesado en su hogar, quien sacaba a la menor a pasear por las calles en la camioneta de propiedad de su patrón [...]; es así que el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, el citado acusado se encontraba a bordo del vehículo y al observar a la ofendida en las inmediaciones de su vivienda la invitó a pasear dirigiéndose al túnel del cerro denominado 'Pichango', donde en primer lugar se prodigaron caricias y luego bajaron de la camioneta, colocando, [el acusado], un costal en el suelo, y le impuso el acto sexual desflorándola y una vez consumada la agresión sexual, la condujo de retorno a su domicilio; cópula carnal que volvieron a repetir en horas de la noche en la casa de la abuela de la agraviada y como producto de dichas relaciones sexuales, quedó embarazada, dando a luz una niña [. . .] al estar de la partida de nacimiento presentada en el desarrollo de la audiencia; el acusado, [...] se ha declarado convicto y confeso del delito imputado, aseverando que el trato sexual con la menor ha sido practicado de manera voluntaria y con el pleno consentimiento de la agraviada [...] por haber sido enamorados, situación que resulta irrelevante por su minina de edad, pues a la fecha del injusto penal contaba con apenas doce años de edad, según se aprecia de su partida de nacimiento de fojas treinta y dos, por lo que el consentimiento prestado resulta inválido y sin relevancia jurídica" .

Invocando, atinada y razonablemente, la confesión sincera del acusado y la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos, el colegiado le impuso ocho años de pena privativa de libertad y fijó en dos mil soles el pago por reparación civil en favor de la agraviada. No estando conforme con tal sentencia, el fiscal superior interpuso recurso de nulidad. Nuestro máximo tribunal de justicia, por Ejecutoria Suprema del 26 de octubre de 1997, por sus fundamentos, declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida.

Como precedente jurisprudencial que se apaña del criterio mayoritario cabe citar la resolución del 27 de enero de 2000, por la cual la misma primera Sala Penal de la Corte Superior de lea (con diferentes vocales), argumenta "que el acusado [...], en su

condición de homosexual pasivo, ha mantenido relaciones sexuales contra natura, con el menor agraviado de trece años de edad, cuyo nombre se preserva, quien actuó de sujeto sexual activo en tres oportunidades, siendo la primera vez en el mes de octubre, el seis y diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, las subsiguientes oportunidades, realizando previamente actos obscenos con la finalidad de lograr su objetivo [. . .]; que en autos se encuentra acreditado que el menor de trece años, [...] ha practicado el acto sexual, en calidad de sujeto sexual activo, con el acusado [...], habiendo este tenido el acceso carnal en calidad de sujeto sexual pasivo, por lo que le corresponde la condición de agente infractor, sujeto activo del evento delictual que se le reprocha y en el que no medió una resistencia seria, porfiada y denodada por parte del agraviado, quien a lo largo del proceso no ha aportado prueba que acredite lo contrario [. . .]; que para la dosificación de la pena debe tenerse en cuenta la confesión sincera y arrepentimiento del acusado, [. . .] correspondiéndole el derecho establecido en el artículo ciento treinta seis del Código de Procedimientos Penales y que para la graduación de la pena, y su rebaja, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis [del Código Penal], especialmente la conducta del acusado y del agraviado, que propiciaron los hechos por móviles de satisfacción y de experimentación e iniciación sexual respectivamente y que por el examen médico-legal realizado en el agraviado, respecto del delito de violación de un menor de trece años, no se advierte ningún tipo de violencia que se haya ejercido sobre el mismo, ya que no presenta signos traumáticos recientes como resultado del examen a sus órganos genitales masculinos, ni mucho menos al examen anal por lo que en tal sentido, no han concurrido en el ilícito denunciado el empleo de violencia, es decir fuerza alguna ejercida sobre la víctima, ni tampoco grave amenaza sobre el agraviado, ya que este ha tenido relaciones en tres oportunidades pudiendo haberse escapado cuando realizaba el acto sexual, pues en ninguna de las oportunidades ha estado imposibilitado de hacerla ni privado de su libertad ambulatoria y, alguna vez, en presencia de su menor amigo".

Aquí, invocando arbitrariamente, en forma poco razonable, la condición de la confesión sincera, los modos y circunstancias en que ocurrieron los hechos, y haciendo uso de posiciones doctrinarias retrógradas respecto de los delitos sexuales, el colegiado impuso al acusado cuatro años de pena privativa de libertad condicional y fijó en 500 soles el pago de la reparación civil en favor del agraviado. Pese que el fiscal superior en su acusación escrita solicitó que se imponga al procesado la pena privativa de libertad de 25 años, no interpuso recurso de nulidad. Tal proceder del defensor de la

legalidad hizo imposible que nuestra Corte Suprema se pronuncie sobre el interesante hecho instruido.

Conclusión: Sobre el caso concreto, se trata de una relación consentida entre una pareja de enamorados que con su voluntad y consentimiento tiene relaciones sexuales, ella de trece años y veinticinco días y el de diecinueve años de edad, su edades etarias permite hacer el razonamiento a la Sala Suprema de que no ha existido violencia, que no ha existido daño psicológico a la menor agraviada puesto que estas relaciones sexuales no han sido casuales, ni de momento, sino por el contrario producto de un sentimiento de afectividad, de una relaciones que se proyectaba al futuro como pareja como unión de personas hacia una familia, y por supuesto que se evalúa que la menor no estaba en capacidad de prestar consentimiento de estas relaciones, pero se evalúa lo volitivo y los valores que están en juego en situaciones de esta naturaleza. No hay la intención de relaciones sexuales fugaces, sino unas estables, pero la prohibición legal es aplicable, incluso la tipicidad del delito lo confirma la Sala Suprema, pero solo confirma la pena de cinco años de privación de libertad al infractor haciendo valoración del principio de proporcionalidad contenido en la Constitución Política del Estado en la Segunda parte del artículo 200 y dispone que estos principios aplicados son de obligatorio cumplimiento para los jueces de la República, es decir no se deje de aplicar la no prohibición de la responsabilidad restringida a los involucrados en delito que cuenten entre dieciocho y veintiún años de edad, así como la necesidad de hacer un control de la penas que están previstas en el Código Penal a partir del principio de oportunidad, que debe aplicarse lo que está en nuestra norma sustantiva. la pena debe corresponder a la responsabilidad del delito, esto es que las penas abstractas que están contenidas en nuestro Código Penal están inflacionadas, que no son las que corresponden proporcionalmente a la protección de bienes jurídicos de acuerdo a lo que la propia sociedad valora como importantes, pues hace una comparación con el bien jurídico más importante como es la vida cuya penalidad es entre seis y treinta años de pena privativa de libertad, y sin embargo, bienes jurídicos de menor valor, jurídico tal vez, en esta comparación tiene penas mayores, indudablemente producto de la coyuntura de violencia social.

- Pena más drástica cuando menor es la edad de la victima

En otro aspecto, el legislador ha previsto que la sanción será más grave cuando menor sea la edad de la víctima. Así se ha dividido en tres grupos las conductas, que solo se

diferencian debido a la mayor gravedad de la pena que se impondrá al agente cuando menos edad tenga la víctima.

De ese modo, la pena privativa de libertad será mayor (cadena perpetua) cuando la víctima tenga una edad comprendida entre el acto del nacimiento y menos de 10 años de edad. En el caso que la víctima cuente con una edad comprendida entre los 10 y menos de 14 años, la pena tiene una escala menor que la prevista para el primer grupo (no menor de 30 ni mayor de 35 años). Finalmente, si la víctima tiene una edad comprendida entre 14 y menos de 18 años, la sanción será menor a la que corresponde a los dos primeros grupos (no menor de 25 ni mayor de 30 años).

Para establecer la edad de los menores y determinar cuándo estamos ante un supuesto y cuándo en otro, la partida de nacimiento aparece como documento trascendente dentro del proceso penal. Solo con tal documento puede saberse absolutamente la edad cronológica de los menores. La prueba de la edad no es solo la demostración de un dato más en el proceso donde se instruye un acceso sexual sobre un menor que puede o no cumplirse; sino representa una condición sine qua non, sin la cual no puede expedirse sentencia condenatoria, puesto que la edad constituye un elemento principal del tipo objetivo. Ello ha sido aceptado en forma unánime por la jurisprudencia peruana. Como ejemplos podemos citar los siguientes precedentes judiciales:

"En el delito de violación de la libertad sexual debe establecerse, de manera clara e inequívoca, la edad de la agraviada, por lo que debe solicitarse de oficio la partida de nacimiento".

En su defecto y de modo excepcional, cuando sea imposible conseguir la partida de nacimiento en las municipalidades, sea porque el menor no fue inscrito o por cualquier otra razón, será necesario un reconocimiento médico legal para establecer la edad aproximada del menor. Así también lo tiene por aceptado la jurisprudencia nacional, tal como se argumenta en las dos Ejecutorias Supremas siguientes:

"Para que se acredite fehacientemente el delito contra la libertad y el honor sexual debe tenerse a la vista la partida de nacimiento o, en su defecto, el reconocimiento médico legal que determiner la edad de la ofendida".

"Si bien de la revisión del proceso se advierte que no se ha adjuntado la partida de nacimiento de la agraviada, del certificado médico se desprende que su edad aproximada es de 14 años, sin embargo, el referido instrumental indica que la edad mental de la agraviada corresponde a una persona de 18 años; sin embargo, estando al tiempo transcurrido debe aplicarse lo más favorable al reo".

No obstante, el reconocimiento médico legal para determinar la edad de la víctima no vincula al operador jurídico, toda vez que la edad que indican los especialistas es meramente presuntiva. De esa forma se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 28 de mayo de 1999, al argumentar que "en la doctrina se ha uniformizado, el criterio de que el reconocimiento médico legal por parte de los especialistas en la materia es netamente estimatorio, a fin determinar la edad con un margen de error de dos años más o menos, en este orden de ideas, al haber dudas respecto a la fecha de nacimiento de la menor agraviada por el delito de violación de la libertad sexual, debe estarse a lo más favorable al reo en aplicación del inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, por lo que la conducta del procesado debe encuadrarse en numeral 170 del Código Penal -violación real-; ello en atención al principio de la determinación alternativa que permite que el órgano jurisdiccional puede encuadrar la conducta del encausado en el tipo penal genérico, específica finalidad de evitar injustos fallos al existir una errónea calificación jurídica de hecho imputado".

Se suscita aquí la interrogante en tomo a la posible aplicación del contenido del artículo 170 del Código Penal. Esta disposición solo se podrá aplicar si el sujeto activo empleó violencia o amenaza para acceder sexualmente a la víctima, caso contrario, dicha conducta quedará impune por delito de acceso sexual.

Conclusión: Vale la aclaración, la Casación no pretende despenalizar, ni propiciar las relaciones sexuales con menores de catorce años de edad, pues manifiesta que si es un delito tener relaciones sexuales con personas incapaces, y por ello es que sí lo sanciona al infractor, pero lo hace con una pena que le permite resocializarse, reincorporarse a la sociedad sin malograrle su proyecto de vida, pues la Sala Suprema considera que la finalidad de la pena es la resocialización, la venganza, como algunos creen, sino que el que ha infringido la ley, sea sancionado pero con una pena proporcional al delito, proporcional al hecho cometido y no con una pena simbólica como en la mayoría de casos que tiene penas altísimas y que hacen perder la perspectiva de la reforma que es el fin de la sanción.

- BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En estos delitos lo que en realidad se protege es la indemnidad sexual de la víctima. De manera que en el caso concreto del delito de violación de menores, lo que se protege es la indemnidad sexual del menor, siendo este la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o la salvaguarda de la integridad física y psíquica del menor ante los ataques que puedan ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual.

Se protege en este delito la indemnidad sexual. Desde esta perspectiva, se estima que debe protegerse el libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores³.

El bien jurídico es la indemnidad o intangibilidad sexual, el cual tiene por objeto proteger “el desarrollo normal de la sexualidad de los menores” dado que “el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ellos alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro”⁴. En otras palabras, la indemnidad sexual es la incapacidad valorativa para comprender la trascendencia del acto sexual, por lo que al vulnerarse este bien jurídico, se afectan, pues, “las condiciones de orden físico-psíquico normal y sin perturbaciones que permiten el futuro ejercicio sexual en libertad...”⁵.

Con el delito de acceso carnal sexual sobre un menor se pretende proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de dieciocho años de edad. Esta se entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

Francisco Muñoz Conde, razonablemente, sostiene que en el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar al

³MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte Especial. Dr. Luis Bramont Arias Torres, Editorial Rodhas, Lima-Perú, año 1994. Págs 186 y 187.

⁴SALINAS SICCHA, RAMIRO. “Derecho Penal. Parte Especial”. Ed. IDEMSA. Lima Perú. 2004. Págs. 579 y 580.

⁵REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, Lima, Jurista Editores, 2005, Pág. 133.

desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

En igual sentido, en la Ejecutoria del 15 de enero de 2004, la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte sostiene que el bien jurídico protegido en este delito es la indemnidad sexual, toda vez que "lo que la norma protege en los impúberes es su libre desarrollo sexual y psicológico en relación con los mayores, debido a su incapacidad para discernir y el estado de indefensión dado por su minoría de edad".

Asimismo, la Ejecutoria Suprema del 24 de junio de 2003, sostiene" que en los delitos de violación sexual de menores se tutela no solo la libertad y el honor sexual, sino principalmente la inocencia de un menor cuyo desarrollo psicoemocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbres de la familia y la sociedad'.

Finalmente, con José Luis Castillo Alva; creemos que la indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todos, como seres humanos, tenemos a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda su vida. La Ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia.

- ACCION TIPICA

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).

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

La acción típica consiste en acceder carnalmente a un menor de edad. El acceso puede ser por vía vaginal, anal o bucal. También, realizando otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo en la vagina o ano del menor.

Al delito de violación de menores también se le conoce con el nombre de violación presunta porque no admite prueba en contrario.

En el tipo no entra en ningún momento en consideración el consentimiento del menor, pues éste carece de validez. Tampoco tiene trascendencia si el menor se dedica a la prostitución o si ha perdido la virginidad. La discusión más importante en torno a este delito se centra en el límite de edad, es decir, hasta qué edad debe protegerse el desarrollo sexual del menor. El Código Penal, siguiendo las tendencias de mayoría de las legislaciones, ha preferido fijar la edad del sujeto pasivo en lugar de correr el riesgo de dejar al Juez la facultad de apreciar caso por caso, la capacidad de la persona ofendida⁶.

- SUJETOS DEL DELITO

- o **Sujeto Pasivo:** puede ser un hombre o una mujer.

También víctima o sujeto pasivo de los supuestos delictivos previstos en el artículo 173 del Código Penal, pueden ser tanto el varón como la mujer, con la única condición trascendente de tener una edad cronológica menor de dieciocho años. Muy bien puede tener alguna relación sentimental con el agente o también, dedicarse a la prostitución. Tales circunstancias son irrelevantes para calificar el delito.

⁶MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte Especial. Dr. Luis Bramont Arias Torres, Editorial Rodhas, Lima-Perú, año 1994. Págs 186 y 187.

El tipo penal solo exige que el sujeto pasivo tenga una edad cronológica menor de 18 años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psicofísica que haya alcanzado o de si ha tenido antes experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. El Derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior del menor revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos. De ahí que el delito igual se configura así se llegue a determinar que la menor o el menor se dedique a la prostitución, o si ha tenido con anterioridad al hecho concreto experiencia de acceso carnal sexual.

- o **Sujeto Activo:** tiene que ser un menor de edad.

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

- TIPO SUBJETIVO

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

Es inadmisibile la culpa.

De la redacción del tipo penal se desprende que se trata de un delito de comisión dolosa y que no cabe la comisión imprudente. Por la naturaleza del delito es posible que se configure el dolo en el delito en sus tres clases: dolo directo, indirecto y eventual.

En efecto, se configura el dolo directo o indirecto cuando el agente tiene conocimiento de la minoría de edad de su víctima y, no obstante, libre y voluntariamente le practica el acto o acceso carnal sexual, ya sea por la cavidad vaginal, anal, bucal o en todo caso, le introduce objetos (prótesis sexuales, etc.) o partes del cuerpo (dedos, mano, etc.) en su cavidad vaginal o anal, con la evidente finalidad de satisfacer alguna de sus

apetencias sexuales. Si no se identifica esta última circunstancia en el actuar del agente, la figura delictiva no aparece. Es decir, como en todos los delitos sexuales aquí analizados, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo en la conducta sexual desarrollada por el agente.

En cambio, el dolo eventual se presentará cuando el sujeto activo, en el caso concreto, pese a representarse la probabilidad de disponerse a realizar el acceso carnal sexual con una menor de catorce años, no duda ni se abstiene y, por el contrario, sigue actuando y persiste en la realización del acto sexual. Aquí, el autor más que incurrir en un error, obra con total indiferencia respecto al peligro de realizar acceso carnal con un o una menor y le da lo mismo, pese a la duda que pueda tener (circunstancia que es consustancial al dolo eventual) sobre la edad de su víctima.

La jurisprudencia nacional es unánime respecto que el delito de acceso carnal sobre menores es netamente doloso. El precedente jurisprudencial del 2 de octubre de 1998, de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Arequipa, indica: "Tratándose de afirmaciones que el propio acusado formula, fluyen de las mismas que él era consciente tanto de la conducta que realizaba como de la minoridad de la agraviada y de su posición respecto de ella, sirviendo de sustento probatorio del momento subjetivo lo que se tiene referido para el objetivo".

- ERROR DE TIPO

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

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

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

En la ejecutoria del 1 de octubre de 2004, la Primera Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte fundamenta el error de tipo afirmando que u del estudio y análisis de autos se desprende que la agraviada, en la época de ocurridos los hechos contaba con un poca más de trece años de edad; apreciándose además su declaración preventiva ... , en la que esta declara y reconoce no solo haber sido enamorada del acusado, sino haberlo inducido a error en cuanto a su verdadera edad, al mentirle que contaba con dieciséis años de edad al momento de suscitados los hechos, agregando inclusive que las relaciones sexuales las ha mantenido voluntariamente y sin ningún tipo de violencia. Estas versiones, por lo demás, se ven corroboradas con la declaración instructiva del procesado [...] donde sostiene que efectivamente tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada porque está la manifestó que tenía dieciséis años de edad, lo cual ha sido debidamente compulsado por la Sala Superior".

En suma, tanto si el error es invencible como vencible no podrá sancionarse al sujeto activo por el artículo 173° del Código Penal: si es invencible, se eliminaría el dolo y la culpa; y si es vencible, se elimina solo el dolo quedando subsistente la culpa, no obstante, al no admitirse en nuestro sistema jurídico el delito de acceso sexual por

imprudencia o negligencia, dicha conducta será atípica y por lo tanto irrelevante penalmente.

- ANTIJURICIDAD

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

- CULPABILIDAD

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

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

- ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO

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

En efecto, la Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1999 expone un caso real en el cual, para su solución jurídica, los magistrados razonablemente hicieron uso de la figura del error culturalmente condicionado. Allí se argumenta "que, de la revisión de los autos aparece que se imputa al encausado Juan López Martínez, el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de un menor, en perjuicio de una menor cuya identidad se reserva en virtud de la ley veintisiete mil ciento quince; que, en efecto, la conducta del mencionado acusado es típica objetivamente, porque su accionar describe el tipo penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, que reprime al que mantiene relaciones sexuales con una menor de catorce años; que, sin embargo la conducta del encausado debe ser analizada teniendo en cuenta sus condiciones personales, la forma y circunstancias de la realización del evento, y sobre todo considerando el medio social en que se desenvuelve, relevándose el hecho que es hijo de una nativa ashaninca del Valle de Pangoa de la Selva de Satipo, que ha vivido en una comunidad nativa en su niñez, habiendo por ello interiorizado las costumbres propias de su pueblo, donde las mujeres están en capacidad de tener pareja luego de su primera menstruación, lo que significa que mantienen relaciones sexuales siendo muy jovencitas, citándose al respecto a: (Stefano Veresse: "La Sala de los Cerros", mil novecientos setenta y dos), apreciándose que en estas comunidades, la mujer, al contraer una pareja, no sale del hogar o de la familia, la que se ve incrementado con el ingreso del conviviente nativo, quien debe trabajar para la familia, de allí que dentro de los ashanincas, la mujer sea entregada a un varón siendo muy joven para lograr que este ayude a la familia de la mujer, todo ello nos lleva a la aplicación del artículo quince del Código Penal, que consagra el error de comprensión culturalmente condicionado, es decir, el error en que cae quien por su cultura, por pertenecer a un grupo social [distinto], no puede interiorizar o no puede comprender por qué la sociedad occidental y cristiana prohíbe mantener relaciones sexuales con una mujer que ya menstrúa y puede tener hijos".

- TENTATIVA

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

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

La tentativa acabada llamada también **delito frustrado**, tentativa perfecta, agotada o delito fallido, comprende el caso de “quien conforme su plan personal ha realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito, faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado”, nuestro código pasa por alto la tesis del delito frustrado y tanto la tentativa acabada e inacabada las trata como una sola mera tentativa, la cual, según nuestro ordenamiento jurídico es penada según su gravedad y la afectación del bien jurídico protegido por la ley penal y en relación con la voluntad del autor.⁷

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

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

⁷R.N. N° 604-04-Ucayali (24-11-04), SPSSP. CASTILLO ALVA, José Luis, Op. cit., T.1, p. 502.

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

Si bien en teoría resulta fácilmente identificable la tentativa del delito de violación de un menor, en la práctica judicial resulta cuestión o tarea difícil y muchas veces se le confunde con el delito de actos contra el pudor, cuando, de acuerdo a la redacción de los tipos penales 173 y 176 son figuras totalmente diferenciadas.

Ante tal aparente confusión, nuestra Suprema Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado en forma clara y pedagógica, y ha señalado ciertos presupuestos que deben tener en cuenta los demás operadores jurídicos para saber cuándo están ante la tentativa del delito de acceso sexual contra un menor y cuando ante el delito de actos contra el pudor de menor. En efecto, por Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 1994, nuestro máximo tribunal de justicia, declarando haber nulidad en la sentencia recurrida que condenó al procesado por el delito de actos contra el pudor de menor, la reformó y condenó al procesado por el delito de acceso sexual sobre un menor en el grado de tentativa, argumentando "que, durante la secuela del proceso, se ha llegado a establecer que la resolución delictiva del agente fue la de violar la libertad sexual de su menor hija, habiendo realizado todos los actos tendientes a la infracción contenida en el artículo ciento noventa y nueve del Código Penal abrogado".

En el mismo sentido, la Ejecutoria Suprema del 19 de septiembre de 1996, afirma que: "la conducta del procesado estuvo dirigida a practicar el acto sexual con la menor agraviada, el que no se consumó, quedando solo en tentativa, ilícito previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, por el cual el órgano colegiado lo condena, sin embargo, simultáneamente también lo condena por el delito de actos contrarios al pudor en perjuicio de la misma agraviada, y en base a los mismos hechos, decisión que resulta implícita respecto al delito inicialmente glosado, pues este que se encuentra contemplado en el artículo ciento setenta y seis del Código acotado, requiere para su configuración que la intención o propósito del

agente no esté dirigida a practicar el acto sexual u otro análogo, quedando solo en el ámbito de actos impúdicos, lo que no corresponde al caso de autos en que la orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a practicar el acto sexual en la agraviada, subsumiéndose la conducta desplegada con tal intención en tentativa del delito de violación de menor para el presente caso".

- CONSUMACION

Respecto a la consumación, ésta se realiza con la penetración total o parcial del pene (o cualquier parte del cuerpo o cualquier objeto) en la vagina, ano o boca del menor. Es decir con el acceso carnal u otro acto análogo.

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

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

En la praxis judicial ha quedado establecido que para consumarse el delito de acceso sexual sobre un menor es suficiente la penetración parcial. De ese modo, nuestra Suprema Corte, por Ejecutoria Suprema del 20 de octubre de 1997, sostuvo" que, de la revisión del proceso, se tiene que si bien es cierto que el acusado [...] admite haber intentado abusar sexualmente de la [. ..] [luego] desistió voluntariamente, para [después] solo frotarle su miembro viril en los glúteos [. ..], también lo es que la menor [. ..] comenzó a manar sangre por el ano, la que incluso manchó su prenda íntima; que, siendo esto así, se debe concluir que tal hecho configura un delito consumado de violación, que de ninguna manera puede ser considerado como tentativa, pues el certificado médico legal de la agraviada [. ..] es concluyente [al] indicar que esta presentaba laceración anal en horas diez y doce, a lo que se debe agregar que los

médicos legistas, al momento de su ratificación en el acto oral y al ser interrogados por el [órgano]colegiado si ha existido o no coito contra natura, respondieron afirmativamente, precisamente porque ha existido acción física de penetración, la que, como consecuencia de ello ha producido laceración anal por presión ejercida de fuera hacia dentro; que, siendo esto así, para efectos de la consumación es irrelevante que la penetración contra natura haya sido parcial". Igual criterio, pero por vía vaginal, aparece en la Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 2004, cuando la Sala Penal Permanente del Supremo Tribunal alega " que el delito de violación no requiere para su consumación penetración total, eyaculación o la culminación del propósito lascivo del agente, basta una penetración así sea parcial que importe la introducción del pene en el introito vaginal".

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

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

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

- AUTORÍA y PARTICIPACIÓN

El delito de acceso carnal sexual sobre menores puede perfeccionarse por cualquiera de las formas de autoría previstas en el Código Penal. Así puede presentarse la autoría directa cuando una sola persona realiza los elementos del tipo. La autoría mediata aparece cuando el agente aprovecha o induce a error a un tercero para que realice el acceso sexual con un menor de catorce años haciéndole creer que este

posee una edad superior. "Asimismo, dicha modalidad de autoría se da, por ejemplo, cuando se manipula a que dos menores de edad de 14 años practiquen relaciones sexuales o, en otra variante, que uno de 15 realice un acto sexual con un niño de 11 años". En la autoría mediata el agente (hombre de atrás) instrumentaliza al ejecutor material aprovechando su error o en su caso, haciendo uso de la amenaza grave en su perjuicio.

La coautoría se perfecciona cuando dos o más personas, en concierto de voluntades y con pleno dominio del hecho y reparto de roles y funciones, logran consumir el acceso sexual sobre su víctima-menor de 18 años. Igual como ya dejamos establecido, aquí no se trata de un delito de propia mano. En tal lógica, será coautor del delito aquel sujeto que, cumpliendo su rol, se limita a sujetar al menor a fin que otro le acceda sexualmente; o también, cuando aquel sujeto, cumpliendo su rol previamente planeado, se limita a que terceros (haciendo uso de la violencia o amenaza grave, por ejemplo) eviten que otro sujeto acceda sexualmente al menor.

La Ejecutoria del 11 de diciembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte, da cuenta de un hecho real de acceso carnal sexual sobre un menor consumado en coautoría. En efecto, allí se expresa que" en la comisión de este delito participaron los cuatro procesados de manera activa, distribuyéndose roles a desarrollar al momento de los hechos, conforme se colige de la declaración preventiva de la agraviada y las propias declaraciones de los procesados [...] quienes desde un primer momento han aceptado su responsabilidad [...]".

Así también, es perfectamente posible que en el delito de acceso carnal sexual sobre menores de catorce años de edad se materialice la participación en sus modalidades de inducción, complicidad primaria o secundaria. Por ejemplo, la participación por inducción se configura cuando el agente inductor motiva y hace nacer en el autor, la intención de cometer el acceso sexual sobre el sujeto pasivo menor de 18 años.

En cambio, se configura la complicidad cuando el sujeto ayuda o brinda apoyo a fin que el agente logre su propósito de acceder sexualmente a su víctima. La modalidad de complicidad primaria se configura cuando el cómplice, por ejemplo, en forma dolosa, presta la habitación donde el agente realiza el acceso sexual sobre el menor o, en el peor de los casos, personalmente conduce al lugar donde el autor impondrá el acceso carnal sexual, etc. La Ejecutoria Suprema del 20 de julio de 2004 resuelve un caso real donde aparece la complicidad primaria.

En efecto, allí la Sala Permanente del Supremo Tribunal sostiene que "un correcto juicio de imputación sobre su participación delictiva permite colegir que actuó en calidad de cómplice primaria (...) al haber brindado auxilio doloso determinante para su ejecución, aprovechando su familiaridad con la víctima, coordinando su entrega de las sumas de dinero y llevándola personalmente a la habitación del centro de hospedaje donde se concentraron los vejámenes, actos que no se habrían materializado sin su contribución; que es bajo tal título de imputación por el que debe responder la citada encausada Acho Pizango".

En tanto que se configura la complicidad secundaria cuando, por ejemplo, el sujeto presta su vehículo al agente a fin que traslade a su víctima menor al lugar donde consumará el delito. En este último ejemplo estaremos ante la complicidad secundaria, siempre y cuando se llegue a establecer que así, el cómplice no haya prestado su vehículo, el agente igual había cometido su delito haciendo uso de otro.

No está de más recordar que se configura la complicidad primaria o secundaria siempre que el cómplice o colaborador tenga conocimiento que está prestando ayuda para la realización del delito de acceso carnal sexual sobre un menor.

Si se determina que no tenía idea de tal situación, su conducta será irrelevante penalmente, así se determine que en su habitación se consumó el delito o si en su vehículo se trasladó a la víctima al lugar donde se realizó el delito. Si el supuesto cómplice no sabe o desconoce que se está cometiendo o se está por consumir un delito de acceso sexual sobre un menor, su colaboración o ayuda queda fuera de la norma prohibitiva.

2.1.2. Definiciones Teóricas.

VASQUEZ BOYER, Carlos Alberto (2003)⁸, en su investigación titulada “La pena aplicable a los delitos de violación sexual en la tendencia de los índices delictivos”, llegó a las siguientes conclusiones:

1. La dogmática penal dominante admite que no sólo la capacidad de reproche del sujeto agente del delito, sino su grado de culpabilidad, deben

⁸Tesis para optar el Grado Académico de: Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales.

ser valorados por el órgano jurisdiccional al sancionar el ilícito tipificado como delito. Consecuentemente, se debe advertir si el sujeto es imputable (capacidad de culpabilidad), conocía la antijuricidad del hecho o se le pudo exigir una conducta distinta a la cuestionada.

2. Es admitido por la dogmática que la necesidad de pena se condice con sus fines de prevención general y especial, que en un Estado Social y Democrático de Derecho debe tener límites referidos a la proporcionalidad de la pena que corresponde precisamente a la culpabilidad y/o grado de la misma.
3. Los agentes del delito de violación sexual son sujetos que si bien es verdad presentan ciertas psicopatologías (parafilias sexuales) en su personalidad, formada a lo largo de su vida, estas no afectan su capacidad intelectual ni volitiva (no dejan de ser culpables), por lo que en líneas generales se le puede reprochar su conducta típica.
4. Los mismo agentes del delito de violación sexual tienen disminuida su culpabilidad por lo que el juicio de reproche que sobre ellos nos formemos debe ser acorde con dicha disminución de culpabilidad, que debe ser expresada cuando se trata de punir la conducta típica de violación sexual, salvo que se trate de sujetos que cometieron el delito por otras motivaciones. Ejemplo: reacción vindicativa.
5. El incremento del índice delictivo en los delitos de violación sexual refleja que las penas severas últimamente no han jugado su rol preventivo general intimidando a los potenciales violadores; consecuentemente el Estado debe optar por asumir otras políticas dirigidas a reducir dichos índices.
6. Si la necesidad de pena afirma el sentido preventivo general y especial en un Estado Social Democrático de Derecho, la proporcionalidad de la pena debe ser acorde con el grado de culpabilidad antes mencionado y teniendo en cuenta el bien jurídico afectado. La pena jamás debe dejar de ser proporcional al grado del injusto y de la culpabilidad del sujeto.

7. El Estado, en cuyo ámbito de influencia se han ido delineando las psicopatologías de los violadores sexuales, debe poner mayor énfasis en asumir directamente el tratamiento terapéutico (Psicológico y/o Psiquiátrico) del violador sexual; pues, éste ejercerá mayor influencia que la pena en la recuperación de la personalidad del sujeto violador, habida cuenta que la base del comportamiento sexual del violador está dada por la personalidad afectada por las parafilias que sufre.
8. El Estado debe optar por derogar las penas previstas para los delitos Contra la Libertad Sexual; pues sus efectos son nocivos para la rehabilitación del delincuente violador, ya que la realidad penitenciaria en nada contribuye a dicha rehabilitación debido al carácter criminógeno de las cárceles. Aquellas penas deben ser reemplazadas por otras cortas, acompañadas –como ya se ha dicho- de un programa rehabilitador especializado.
9. En las Universidades del país debe ponerse énfasis en la difusión de las Teorías de las Consecuencias Jurídicas del Delito, particularmente en la pena, actualizando el contenido silábico del curso de Derecho Penal General, ya que para los futuros operadores del Derecho Penal es indispensable la información de los fines del Derecho Penal y de la Pena en un Estado Social y Democrático de Derecho.
10. Debe empezarse una proficua campaña de actualización en Dogmática Penal entre los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público a fin de hacer comprender que la necesidad de pena tiene por objeto el restablecimiento del Derecho y que si efectiva aplicación sirve para demostrar la vigencia plena de la norma, así como hacer comprender que ante la información de un hecho presuntamente delictivo debe establecerse la concurrencia rigurosa de los elementos del delito informados por la Teoría del Delitos.
11. El Estado debe elaborar y operativizar una política criminal eficiente y eficaz para afrontar la criminalidad en relación a los delitos sexuales, la que debe asentarse en un profundo estudio criminológico del problema y abarcar el ámbito familiar, económico, educativo, de la comunicación social, recreacional, etc.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2007)⁹, en el “Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena”, llegó a las siguientes conclusiones:

Se me ha asignado el tema de determinación judicial de la pena, y para desarrollarlo es pertinente que podamos determinar un concepto operativo, vale decir, una definición concreta que nos permita entender en qué consiste la determinación judicial de la pena, cuál es la función que se le asigna dentro del derecho penal, y por qué es importante para el trabajo del operador jurisdiccional.

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

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

Ingresamos a esta actividad probatoria a través de un segundo juicio–**segundo momento**– que es más trascendente, porque lo que nos toca ahora verificar es si esa presencia de imputación formal tiene una base fáctica que nos permita

⁹Información extraída de la página web: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES

realizar un juicio contradictorio, con lo que acompaña al sujeto imputado, *la famosa presunción de inocencia*, si efectivamente este juicio determina que la presunción de inocencia se ve afectada por la carga probatoria que se encuentra acumulada, por tanto, llegamos a sostener si la persona imputada, es autora de un hecho punible, y si es a su vez responsable del mismo, pues concluimos, con el segundo momento importante dentro del trabajo jurisdiccional.

Lo señalado en el párrafo precedente es la antesala del tercer momento, que es justamente el que nos interesa, porque a partir de esa afirmación de culpabilidad, nos toca representar al Estado en el caso concreto, a efectos de afirmar la sanción penal; esto es, en ese **tercer momento**, vamos a sostener que esa persona es autora de un hecho punible de relevancia social, que carece de esa presunción de inocencia, que se puede calificar como autora de un delito, como persona culpable y debe ser objeto de una reacción punitiva.

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

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

El órgano jurisdiccional debe definir de modo cualitativo y cuantitativo, cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, pero no solamente se trata de llegar a una determinación formal, sino que debe responder a un razonamiento lógico, que a partir de silogismos principales y complementarios permita justificar de manera interna, pero también de manera externa la decisión adoptada. La sanción tiene que explicarse técnicamente y lógicamente por el operador, aquí es donde las cosas se colocan en un punto

neurálgico, donde comienzan las dificultades para la representación social del resultado obtenido por el quehacer judicial, aquí es donde comienzan las críticas, donde se cuestiona nuestra profesionalidad, donde se pone en discusión la habilidad que tenemos para hacer bien nuestro trabajo. La experiencia nos demuestra que el operador, en realidad, desarrolla un proceso bastante mecánico, y escasamente fundamentado con los resultados, de manera que, ni la persona que recibe la sanción, ni el alterno receptor de la misma, encuentra muchas veces una explicación lógica que le convenza o que le proyecte a cómo llegó a ese resultado.

Si evocamos las sentencias penales, es frecuente que el operador desarrolle una especie de muletilla o un concepto preestablecido al momento de referirse a la pena y generalmente haga valer todo su razonamiento y toda su consecuencia final en un sólo artículo del Código Penal, que diga “*se gradué la pena de conformidad con el artículo 46*”, la pregunta es, si el artículo 46º realmente es un artículo que justifica técnicamente la sanción, técnicamente no lo va a ser, técnicamente el artículo 46º como veremos más adelante– es un listado de circunstancias, no es un procedimiento que deriva a un resultado definitorio de la sanción, sino que habilita mecanismos justamente para poder instrumentalizar un procedimiento que nos lleve a esa consecuencia. Entonces, a partir de allí encontramos que no hay base sólida, ni fáctica para el resultado obtenido. De lo que se trata entonces, es de poder dialogar y pensar; cómo hacer diferente ese procedimiento; qué mecanismos nos ofrece el marco normativo nacional para desarrollar una alternativa más sólida; en qué medida el trabajo judicial puede adaptarse justamente a esa posibilidad de mejorar el procedimiento; el resultado y la justificación de este resultado, eso es lo que yo quiero razonar a continuación.

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

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

- a) *La identificación de la pena básica*
- b) *La búsqueda o individualización de la pena concreta y,*
- c) *El punto intermedio* aunque aparece ahí como el número tres, pero creo es correlativo a los otros), que es la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso.

El problema para el Perú, para los jueces peruanos, es que *no tenemos un marco normativo que nos permita organizar sistemáticamente este procedimiento*, a fin de darle una construcción de sustento formal y normativo al paso que desarrollamos. Otros sistemas jurídicos han desarrollado un esfuerzo bastante detallado en resultados, para poder justamente organizar este esquema. Es el caso típico del Derecho Penal Español, donde el legislador ha procurado que sus jueces encuentren en la ley todo un camino, bastante preciso, de manera que la posibilidad de organizar un resultado, resulte en gran medida predecible; es decir, que si cualquier persona u operador realiza el que realizó el operador jurisdiccional –en función de esas normas– se va a aproximar a un resultado punitivo muy similar; y por qué esa preocupación del legislador español en hacer esto; es, porque en España a diferencia de nuestro país, la pena puede ser discutida constitucionalmente, esto es, la pena que impone un órgano jurisdiccional puede dar lugar a lo que aquí llamaríamos un proceso constitucional de hábeas corpus, y debatir la legitimidad de la sanción aplicada; algo que para nosotros puede sonar -en este momento- peligroso en líneas de estabilidad o seguridad jurídica; en cambio en España, es un criterio que se ha afirmado ya desde hace muchos años; nosotros no tenemos ese marco normativo. (...)

CASTAÑEDA DEZA, María Teresa. (2016¹⁰), en su investigación titulada “El Principio de Seguridad Jurídica en la Determinación de la Pena en las Circunstancias Atenuantes Privilegiadas del Código Penal Peruano” llegó a las siguientes conclusiones:

¹⁰ Tesis para obtener el título profesional de Abogada.

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

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

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

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

señala que cuando la pena es de cadena perpetua, en caso de atenuante privilegiada la pena es tasada en diez a quince años.

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

2.1.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES.

La determinación judicial de la pena como señala PRADO (2000:96), es toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice, en donde se procede a evaluar y decidir sobre la clase, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia.

- DERECHOS FUNDAMENTALES

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

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

➤ LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

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

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

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

Sin embargo, no le falta razón a María Del Carmen García Cantizano, cuando sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, viene limitada por dos requisitos fundamentales: En primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto, del contenido y alcance de una relación sexual, lo que evidentemente implica que éste a de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que implica que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

Ahora bien. En el caso de los menores o incapaces, de modo alguno 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 sexual; Entendida esta como la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o la salvaguarda de la integridad física y psíquica del menor ante los ataques que pueden ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual. De allí que el menor tenga el derecho de estar exento o libre de cualquier daño de orden sexual, el que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, precisamente porque su consentimiento no es válido.

La idea de “indemnidad sexual” se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aun no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, a priori, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual.

En términos del maestro español Muñoz Conde, podemos deducir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales.

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

➤ **RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SUB TIPO PENAL**

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

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

➤ **RESPECTO AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en la carta magna del Estado, como el derecho de toda persona a conseguir mediante acciones personales que se encuentren dentro de la ley el desarrollo íntegro de su personalidad. Además de constituir una condición elemental del derecho a la vida; y es que la vida humana no es un hecho puramente biológico, sino que se busca que haya efectiva realización dentro de adecuadas circunstancias sociales. Este derecho nos remite entonces a la connotación bio-sico-social que tiene la existencia de la persona humana.

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

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiere haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no haya recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a

cualquier intervención estatal, que no sean razonables ni proporcionales, para la salvaguarda y la efectividad del sistema de valores que la misma constitución consagra.

Es por ello que el derecho constitucional al libre desarrollo es uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, que implica diversos aspectos de la personalidad: de orden religioso, psicológico, formativo, y por supuesto de carácter sexual. Entonces así entendido, el derecho al libre desarrollo se enmarca dentro de las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona. En este sentido, cualquier norma legal que intente regular el orden social debe respetar stricto sensu los mandatos de orden constitucional.

En efecto, el derecho penal, para la restricción o limitación de un derecho fundamental debe basarse en criterios razonables, por lo que no es posible mediante una norma penal o de otro tipo restringir el derecho del adolescente a desarrollar su personalidad en todos los ámbitos. No basta una ley para la restricción de los derechos fundamentales, sino que esta cumpla con ser adecuada con las expectativas de progreso de la sociedad. Luego, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por el protegidas para que estas se consideren validas en si mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente, podemos concluir que, toda norma que restringe derechos, como es el caso de la ley veintiocho mil setecientos cuatro publicada el cinco de abril del año dos mil seis, que modifico el articulo ciento setenta y tres, inciso tres del código penal, no puede aplicarse para los supuestos de hecho, en que existen potestades constitucionales a las libertades, porque si no se vulneraria preceptos constitucionales.

En efecto, los adolescentes mayores de 14 años, quienes en esta edad o etapa cronológica, ya atravesaron la etapa de la pubertad (y por lo tanto ya adquirieron la capacidad de reproducción) empiezan a ejercitar y a desarrollar sus capacidades sexuales, lo que es un hecho o fenómeno inherente a su naturaleza humana pero que sin embargo el derecho o la ley busca desnaturalizar.

➤ RESPECTO AL DERECHO A LA LIBERTAD

La libertad es la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita; es decir, es la prerrogativa que tiene la persona de realizar, sin obstáculos, sus actividades en el mundo de las relaciones. En mayor rigor, es el principio rector de la historia de la humanidad, que nos puede llevar a alcanzar el bien común y la justicia social. La libertad no constituye un derecho, sino un valor personal y social (al igual que la justicia, la honradez y la verdad) que está vinculado a la confianza y al orden público. Un sistema democrático, un legítimo Estado de Derecho, está sustentado en la libertad y en la igualdad de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es el derecho a la libertad y a obrar de la manera en que uno desee, dentro de los marcos establecidos por la sociedad, un derecho esencial de la persona, que debe ser respetado por el Estado.

Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que uno crea conveniente, y poder disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, así también tiene el derecho de disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre en la capacidad física y psicológica para hacerlo; en este sentido la ley debe ir de manera paralela con la realidad social y no establecer marcos normativos inadecuados con la mismas. Corresponde al Estado (a sus organismos pertinentes) y a la familia desplegar los esfuerzos y adoptar las medidas para la debida formación integral de los niños, y desde luego, en cuanto al ámbito sexual, informando y orientando oportuna y debidamente para preparar a tiempo a los que serán adolescentes para el desempeño racional de sus potestades sexuales.

Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de la sexualidad, debido a ello, ha de ser libre para decidir el momento y la persona con quien entablara relaciones de carácter sexual. El derecho a la libertad tiene sustancia constitucional y puede ser usado de manera negativa o positiva en el tema bajo el análisis, para negarse el adolescente a la relación sexual o para consentir en la misma.

Es así como se podría concluir a la luz de los Derechos Constitucionales y al amparo de la dogmática penal que, los adolescentes mayores de 14 años, debido a sus ya desarrolladas condiciones bio-psico-sociales se encuentran en capacidad de poder autodeterminarse para la realización o no de actos que se desarrollen dentro de un

contexto sexual. Por consiguiente, el adolescente se ya encuentra en capacidad de entender el contenido u alcance del acto sexual, quien en ejercicio de su libertad, podrá decidir libremente si ejercita o no esa libertad. No debe por tanto vulnerarse su derecho en aquella edad del desarrollo a decidir libremente sobre temas que guardan relación estricta con un ámbito de su desarrollo en sociedad.

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

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

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

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

de las leyes penales al procedimiento establecido en la ley fundamental, de proyectarse el propósito de ley, de sustentarse su justificación en el parlamento vía la discusión en el foro respectivo, su aprobación por mayoría calificada y su promulgación vía la publicación en el medio comunicativo oficial de la nación. Pero realmente esto es suficiente, pues nosotros pensamos que tendrían que plantearse las siguientes interrogantes ¿es suficiente con cumplirse la garantía formal de reserva de ley, como perspectiva política criminal, para dar como legítima una determinada norma? O ¿es que acaso se requiere algo más, de acuerdo con la idea de un Estado Social y Democrático de Derecho? En efecto, no debemos confundir el aspecto formal en la formación normativa de las leyes penales, con su legitimidad ante el colectivo, en cuanto a su correspondencia y adecuación con los valores jurídico – constitucionales. La ley penal solo es legítima en cuanto tiene una conducta que supone una afectación a un bien jurídico penalmente tutelado, en cuanto perturbación material de un derecho fundamental (principio de ofensividad); como se sostuvo, el derecho penal no puede ser considerado como el resorte garantístico de posiciones trasnochadas y deformadas de la sexualidad humana.

Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que crea uno conveniente, y poder disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, así también tiene el derecho de disponer libremente la sexualidad cuando se encuentre en la capacidad física y psicológica para hacerlo, en este sentido la ley debe ir de manera paralela con la realidad social y no establecer marcos normativos inadecuados con las mismas”. La libertad viene dada al hombre, como portador de derechos subjetivos caracterizados en su propia ontología, de tal forma que ya depende del mismo individuo como hace uso de dicha libertad, y si aquella se concretiza en respeto a las libertades ajenas, no existe legitimación alguna de que se ejerza coacción sobre dicha disposición. El despertar de la sexualidad es una de las manifestaciones más importantes del ser humano que se condice a veces con los sentimientos puros del hombre.

En este sentido, en nuestro país, desde el cinco de abril del año dos mil seis (fecha de publicación de la ley veintiocho mil setecientos cuatro) que modifico el parámetro típico precedente (bajo el cual se reconocía el derecho a la libertad sexual de las personas de catorce años en adelante) proscribire hoy las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante), bajo sanciones penales diversas. Sin embargo nuestro Código Civil permite el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años en adelante bajo ciertas reglas, de modo tal que la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal y genera

una antinomia (negación de normas) que junto con la colisión de normas o derechos constitucionales dan lugar a lo que el maestro argentino Raúl Eugenio Zaffaroni conoce como “escándalo jurídico”.

Luego, el reconocimiento de la antijuricidad en la conducta presupone considerar al orden jurídico como un todo unitario para cuya totalidad la conducta es ilícita, porque no se puede dar lugar al “escándalo jurídico” de negar y afirmar algo al mismo tiempo y por ello “una conducta ilícita en un ámbito del derecho, no puede ser lícita en otro” salvo que se trate de comportamientos diferentes. Ello obliga a la razonable búsqueda de la coherencia normativa en el conjunto del acervo legislativo, dado que no resulta jurídicamente aceptable que unas normas permitan lo que otras prohíban, mucho menos, bajo aflicciones de privación de libertad.

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

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

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

Si se hubiere empleado violencia física o intimidación

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

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

Como se puede apreciar en el Código Penal Boliviano se hace referencia al concepto de “Pubertad”. Etapa del desarrollo humano con la cual se inicia la adolescencia, entre

los 12 o 13 años de edad, tiene una duración aproximada de dos años y termina cuando la persona es capaz de reproducirse. Por lo tanto se entiende que en la legislación penal Boliviana los adolescentes de 14 años ya pueden realizar un libre ejercicio de su libertad sexual.

En segundo lugar, tenemos a la Legislación Penal Chilena que en el artículo 363° prescribe que: “Será castigado con reclusión menor en sus grados medio o máximo, al que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de 12 años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno. Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral.

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

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

Cuando la víctima fuera menor de doce años.

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

Cuando se usare la fuerza o intimidación

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

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

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

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

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

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

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

Sobre menores de doce años

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

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

➤ **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

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

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

El principio de proporcionalidad tiene su origen en la jurisprudencia alemana. Según Castillo Córdova su origen se remonta a las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de policía (2008: 114). Luego, es el Tribunal Constitucional Alemán quien lo eleva a rango constitucional, en tanto se deriva del principio de Estado de Derecho. Con posterioridad, el principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español sobre la base de tres razones fundamentales: i) que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad, ii) que es una expresión el principio de Estado de Derecho y iii) tiene una justificación material.

Para Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad “admite varias fundamentaciones complementarias, a saber: (i) la propia naturaleza de los principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad”¹¹.

Entonces diremos que el principio de proporcionalidad tiene su base o fundamento valorativo en el orden constitucional, en tanto se convierte en el criterio de equilibrio o modulación entre las acciones que el Estado realiza en el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Lo que significa que el principio de proporcionalidad adquiere plena justificación en el ámbito de la actuación de los poderes públicos, en tanto se explicita como filtro de armonía que impide que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles para la consecución de los intereses colectivos cuando los derechos individuales son afectados o menoscabados infundadamente. Se trata, entonces, de conceder justificadamente a cada principio confrontado lo que razonadamente le corresponde. En efecto, como indica Alexy: El principio de proporcionalidad forma parte de los principios estructurales, cuya aceptación es necesaria para la satisfacción (óptima) del sistema jurídico. De ahí resulta que, a medida que una regla ofrece menos libertad de movimiento, la razón que la legítima tiene que ser más fuerte. Esto es lo que ocurre en la metodología de los límites de los derechos fundamentales. De ahí resulta que una

¹¹ citado por Grández Castro 2010: 339.

regla no puede ser una relación estática del 'si-entonces', sino que carga en su interior su propia posibilidad de superación. De lo dicho, se puede concluir señalando que el principio de proporcionalidad es una manifestación racional de lo 'óptimo' y que, siendo el ordenamiento constitucional estructural, necesariamente el principio de proporcionalidad es innato en el método de la interpretación constitucional¹².

Empero, el principio de proporcionalidad se define y comprende a partir de dos dimensiones. Por un lado es entendido en un sentido amplio y, por otro, en un sentido estricto. En el sentido amplio, cuando se trata de evaluar si una intervención en un derecho fundamental o en un interés jurídico es una medida adecuada, necesaria y equilibrada con el orden de cosas; debiendo cada supuesto ser evaluado independiente, concatenada y armónicamente, bajo lo que se ha denominado el triple juicio de proporcionalidad y que comprende: (i) un juicio de adecuación o idoneidad de la medida, (ii) un juicio de necesidad o indispensabilidad de la medida y (iii) un juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de los principios confrontados. En el sentido estricto, por el contrario, se trata de un juicio valorativo que se limita al ámbito de la ponderación de los principios encontrados y que juegan en sentido contrario como se explicará detalladamente más adelante.

➤ **LOS SUB PRINCIPIOS O TEST DE PROPORCIONALIDAD**

Como se dijo el principio de proporcionalidad supone un triple juicio. El Tribunal Constitucional ha establecido que:

Debido a la propia naturaleza el principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos).

En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que

¹² citado por Fernández Nieto 2009: 310

limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal¹³.

- **Examen o test de idoneidad o adecuación**

Según el Tribunal Constitucional “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin (...)”¹⁴.

En efecto ha precisado que: Este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución.

En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental¹⁵.

Como señala Castillo Córdova, “el juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional prima facie de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad”

Por consiguiente, cuando se habla de idoneidad o adecuación se está haciendo alusión a un tema de utilidad, de eficacia del medio empleado. Se trata pues de que la

¹³ Expediente N° 0012-2006-PI/TC. f.j. 32

¹⁴ Expediente N° 00045-2004-PI/TC. f.j. 38

¹⁵ Expediente N° 0030-2004-AI/TC. Fj.3

medida sea capaz de alcanzar materialmente el fin constitucional que persigue. De modo que el principio se presenta como expresión estrictamente factual y, por consiguiente, su optimización corresponde al ámbito de las posibilidades fácticas.

- **Examen o test de necesidad**

Según el Tribunal Constitucional:(...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental¹⁶.

Entonces se colige que este test tiene como finalidad principal verificar la existencia o no de medios alternativos al elegido y, de haberlos, si son menos gravosos que este último. Se trata, como señala Clérigo, citada por el Tribunal Constitucional¹⁷ del análisis de una relación medio-medio. Lo que significa que el juicio de necesidad supone un proceso de comparación entre el medio elegido y aquellos que hipotéticamente se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin constitucional; debiéndose entender que los otros medios disponibles al momento de la elección de la medida también deben ser idóneos. Por tanto el examen de necesidad del medio o medida supone verificar la presencia de otros medios hipotéticos alternativos idóneos y si son menos gravosos que el elegido.

Al respecto Fernández Nieto, señala que “la norma será necesaria si no hay otra más suave que tenga igual o mayor eficacia (sea, en su intensidad, extensión o duración). El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad (...) es decir, presume la existencia de varios medios útiles entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición necesario puesto que no habrá elección ni contraste posible”.

Al respecto, cabe precisar que el juicio de necesidad no tiene por objeto seleccionar el medio más eficaz o más idóneo, por el contrario solamente persigue expulsar al innecesario. Por ello se trata de una valoración negativa que sólo enjuicia si el medio elegido es necesario para alcanzar el fin concreto trazado, mas no tiene como objeto

¹⁶ Expediente N° 0030-2004-AI/TC F.j. 6

¹⁷ Expediente N° 0045-2004-PI/TC. F.j. 39

determinar si la medida en sí misma es o no necesaria; el juicio positivo corresponderá al de ponderación. Por tanto, se afirma que en el sub principio de necesidad no solamente se acepta el fin de la intervención en un sentido neutro, sino también el concreto grado de efectividad de la medida¹⁸. Por tanto, siguiendo la teoría alexiana diremos que, considerando que el principio de necesidad corresponde al orden fáctico, su optimización también lo será de esta naturaleza: fáctica.

- **Examen o test de proporcionalidad estricta o juicio de ponderación**

El principio de proporcionalidad en sentido estricto presupone que la intervención en los derechos fundamentales para que ostente legitimidad constitucional debe tener un objetivo de satisfacción por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En este sentido, Alexy enseña que la proporcionalidad en sentido estricto hace alusión a una técnica de ponderación, que debe ser entendida de la manera siguiente: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Esta técnica es denominada, por el autor mencionado, como “ley de la ponderación” y tiene como finalidad la optimización de las posibilidades jurídicas, a diferencia de la idoneidad y necesidad que tienen como propósito la optimización de las posibilidades fácticas.

Se trata entonces, de resolver conflictos entre principios. Tal situación conflictiva se presenta cuando dos principios constitucionales se encuentran contrapuestos. En tal hipótesis, en la ponderación habrá siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto. En la ponderación, como indica Prieto Sanchis: (...) hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente se impondría el de más valor.

¹⁸ Fernández Nieto 2009: 359 y 375

La ponderación, según Alexy, puede dividirse en tres pasos. En un primer paso se debe definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. En el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

El Tribunal Constitucional, siguiendo el enfoque alexiano, ha señalado que: (...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso (...).¹⁹

El Tribunal Constitucional plantea, con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad de la manera más óptima, una metodología que puede comprender tres criterios y que serían los siguientes: i) un primer criterio, que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja; ii) un segundo criterio, que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, iii) como tercer criterio, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva²⁰.

Para Fernández Nieto, “el test de proporcionalidad en sentido estricto (...), introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo (...) impide o bloquea la persecución del fin a través de ese medio”. Para esta autora “el juicio de proporcionalidad actúa, una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación (...). Sólo entonces, procederá a examinar, acto seguido, si ello, no obstante, la medida es inútil, innecesaria o desproporcionada en sentido propio, esto es, si dada su repercusión sobre otros

¹⁹ Expediente N° 0030-2004-AI/TC f.j. 9

²⁰ Expediente 0030-2004-AI/TC f.j. 9

derechos, surte efectos exorbitantes a los que la consecución de tal objeto requeriría y, en consecuencia, lo justificaría”.

Lo expuesto hasta aquí y que tiene que ver con la optimización jurídica de los principios, admitiendo la teoría de que los mismos son mandatos de optimización, responde a lo que doctrinariamente se conoce como la propuesta conflictivista de los principios. Esta postura sostiene que los principios suelen estar en tensión constante, sobre todo en su vertiente de actividad, llegando incluso a colisionar. Situación que da lugar para que cuando eso suceda se tenga que recurrir a la técnica de la ponderación conforme a los criterios metodológicos que se ha planteado al respecto, como sería en nuestro caso, los establecidos por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la postura doctrinaria no es uniforme, menos se acepta con unanimidad la tesis conflictivista de los principios y, por ende, los criterios metodológicos del principio de proporcionalidad, en lo referido a su dimensión estricta, por lo menos. Así, por ejemplo, Castillo Córdova, no admite la colisión entre principios. Este autor sostiene que: Concebir los derechos fundamentales como realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión, la cual se resuelve a través de mecanismos que jerarquizan derechos (en abstracto o en concreto), trae como consecuencia la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Esto significaría que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado. De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos. (2008: 53-54)

Por otro lado, Rodríguez Calero, cuando se pronuncia sobre la ponderación en la colisión de derechos, indica que:

La ponderación entre principios ius fundamentales no permite al juez constitucional elegir libremente como se ha de dar prioridad a un derecho frente a otro. Éste ha de tener en cuenta, en primer lugar, que debe dar la máxima amplitud a todos los principios (derechos) que entran en conflicto, tiene que procurar que éstos tengan la mayor eficacia en la colisión planteada. Los principios se conforman como mandatos de optimización que deben ser aplicados en la medida en que sea posible jurídica y fácticamente, por lo que el intérprete debe otorgar la máxima eficacia a todos los derechos fundamentales que entran en conflicto.

Como solución a la falencia que presentaría la teoría conflictivista de los derechos, Castillo Córdova propone una “interpretación armonizadora de los derechos fundamentales”. Basa su teoría en el afirmado de que: Si los derechos son realidades esencialmente no contradictorias entre sí, entonces la primera de las conclusiones a las que se debe arribar es que los llamados “conflictos” entre derechos fundamentales (...) no existen o, en todo caso, son sólo aparentes. Ningún derecho fundamental que realmente sea tal, puede tener un contenido constitucional que exija y legitime una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro derecho también fundamental

Por tanto, tomando como punto de partida la visión de la teoría de la interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, la ponderación o principio de proporcionalidad en *strictu* sensu se encarga de sopesar pretensiones de derechos, mas no los derechos en sí que por su naturaleza óptica no pueden estar en conflicto. Entonces, en el plano de la ponderación, se debe sopesar tanto los distintos intereses o pretensiones en juego como las circunstancias que tengan mayor peso por ser expresión del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental²¹.

Desde nuestro punto de vista, diremos que el test de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación supone que ante una correlación de principios, es decir en una relación de antagonismo, donde uno invade la esfera del otro, tiene por finalidad restablecer el equilibrio jurídico a través de las razones de peso que justifican la injerencia de un principio sobre el ámbito de otro principio. De allí que mientras más alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la realización del otro. Por tanto, solamente cuando quede justificada la intervención sobre el contenido de un principio por parte de otro, el equilibrio jurídico queda restituido. De manera que la ponderación supone inexorablemente tres pasos: i) Un primer paso: constatar el grado de incumplimiento o perjuicio del principio que estaría siendo menoscabado; ii) El segundo, se debe proceder a comprobar la importancia de la realización del principio contrario y, iii) Finalmente, en un tercer paso, se debe determinar si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro; de forma que no se incurra en un sacrificio innecesario. Todo esto significa un proceso de optimización del contenido esencial de cada uno de los principios que se encuentran dentro de un escenario aparentemente antagónico, de forma tal que cada uno sea plenamente

²¹ Cástillo Córdova 2010: 316

efectivo. Por consiguiente, la ponderación no tiene como propósito relegar o excluir a un principio, sino que, ante razones de peso, reordena el escenario jurídico y, como tal, restablece el equilibrio jurídico aparentemente alterado.

- CONTROL DIFUSO

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

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

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

2.2. OBJETIVOS.

2.2.1 Objetivo General.

- Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal la CasaciónN° 335-2015 Del Santa – Caso: GEANCARLOS VEGA MEJÍA.

3.3.2. Objetivos Específicos.

- Determinar si en los delitos contra la libertad sexual cometido por personas mayores de 18 y menores de 21 años es posible atenuar la pena prevista en el articulado.

- Identificar cuáles son los principios por los cuales se aplica la proporcionalidad de la pena a imponerse.
- Establecer cuáles son los criterios para la reducción/graduación de la pena concreta a imponerse.
- Determinar si existe cuestionamiento entre la Sentencia emitida con el sistema de pena del Código Penal vigente.

2.3. VARIABLES.

2.3.1. Identificación de las variables

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

El Derecho de Libertad Sexual.

- **VARIABLE DEPENDIENTE:**

Reducción/graduación de la pena concreta a imponerse según el principio de proporcionalidad.

2.4. SUPUESTOS.

- Cuáles son los principios por los cuales se aplica la proporcionalidad de la pena a imponerse en los delitos de Violación Sexual.
- Cuáles son los criterios para la reducción/graduación de la pena concreta a imponerse.
- Existe cuestionamiento entre la Sentencia emitida con el sistema de pena del Código Penal vigente.

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA de tipo socio-jurídico.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la CasaciónN° 335-2015 Del Santa – Caso: GEAN CARLOS VEGA MEJÍA.

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 DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre la CasaciónN° 335-2015 Del Santa – Caso: GEAN CARLOS VEGA MEJÍA.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó el expediente del Tribunal Constitucional al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis de la CasaciónN° 335-2015 Del Santa., desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco constitucional general al específico.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.

4. La recolección estuvo a cargo del autor del método de caso.
5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código Penal y Código Procesal Penal vigentes, y la CasaciónN° 335-2015 Del Santa.
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto alaCasaciónN° 335-2015 Del Santa – Caso: GEAN CARLOS VEGA MEJÍA.

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.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

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

2. Contra la sentencia condenatoria el procesado Gean carlos VEGA MEJIA interpone recurso de apelación el cual fue consentido, elevando los actuados al Tribunal Superior, en la cual el Fiscal Adjunto al Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal del Santa solicitó se confirme la sentencia apelada, en tanto que la defensa técnica solicitó se revoque y se absuelva a su defendido de la acusación fiscal. Siendo de esta manera la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa señaló fecha de apelación el día 09 de Marzo del 2015, posteriormente el día 19 de Marzo del 2015 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa resolvió:
 - i. Implicar el mínimo y máximo de la pena conminada de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado;
 - ii. Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación;
 - iii. Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Gean carlos Vega Mejía; contra la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce;
 - iv. Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a Gean carlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.;

- v. Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y,
 - vi. Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.
3. No conforme con la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones, la señora Fiscal Superior interpuso recurso de casación -que fue concedido por dicha Sala- alegando que la pena de 5 años de pena privativa de libertad vulnera el principio de legalidad de la pena, por cuanto no aplica la pena tasada prevista en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal que establece un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de libertad y, además, que la Sala Penal aplicó la atenuante de la responsabilidad restringida pese a que el artículo 22, segundo párrafo del Código Penal lo prohíbe.
4. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró bien concedido el recurso de casación solo en el extremo siguiente:
- a) La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173, numeral 2), del Código Penal; y,
 - b) La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.
5. A su turno, el Fiscal Supremo en lo penal mostró su conformidad con la inaplicación de las normas penales señaladas líneas arriba, solicitando una sanción de ocho años de pena privativa de libertad, pues existen buenas razones para admitir el control difuso y la imposición de una pena por debajo del marco legal imputado, entre otros argumentos. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal del Santa y resolvió INAPLICAR los artículos 173.2 y 22 segundo párrafo del Código Penal; MODIFICAR la pena impuesta -treinta años- y REFORMÁNDOLA impuso al acusado cinco años de pena privativa de libertad efectiva.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Con respecto al análisis de la casación estudiada, se ha podido determinar claramente que 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”.

Siendo que el caso concreto, se trata de una relación consentida entre una pareja de enamorados que con su voluntad y consentimiento tiene relaciones sexuales, ella de trece años y veinticinco días y el de diecinueve años de edad, su edades etarias permite hacer el razonamiento a la Sala Suprema de que no ha existido violencia, que no ha existido daño psicológico a la menor agraviada puesto que estas relaciones sexuales no han sido casuales, ni de momento, sino por el contrario producto de un sentimiento de afectividad.

Por lo que es importante precisar que el “control difuso” de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22º. Primer párrafo, del código Penal siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2º, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional, ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de

proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual para acceder al acto sexual. De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en las relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrato o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

B. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años. La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su “consentimiento”. No se discute en este proceso la protección legislativa a la “indemnidad sexual”. Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008-2012-PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173º del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal “(...) ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución” – fundamento jurídico quincuagésimo primero -. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los

catorce y dieciocho años. La determinación del rango etéreo de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes – con edades, entre catorce y dieciocho años -, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuando mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C. Afectación psicológica mínima de la víctima. Evidentemente, al existir consentimiento, aun cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de “indicaciones estresor de tipo sexual”, según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484-2013-PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento la perito Katia Consuelo RamirezGarcia ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual precisando que la “ruborización” es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D. Diferencia etérea entre el sujeto activo y pasivo. Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. en el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea: no era

proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por “control difuso”, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29º del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los fundamentos 31 y 32 de la sentencia de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de Homicidio, previsto y penado en el artículo 106º del Código Penal. no se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho distinto del delito de violación sexual de menor de edad, sino además porque transgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, **por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero de la Casación N° 335-2015.**

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1. La Casación no pretende despenalizar, ni propiciar las relaciones sexuales con menores de catorce años de edad, pues manifiesta que si es un delito tener relaciones sexuales con personas incapaces, y por ello es que sí lo sanciona al infractor, pero lo hace con una pena que le permite resocializarse, reincorporarse a la sociedad sin malograrle su proyecto de vida, pues la Sala Suprema considera que la finalidad de la pena es la resocialización, la venganza, como algunos creen, sino que el que ha infringido la ley, sea sancionado pero con una pena proporcional al delito, proporcional al hecho cometido y no con una pena simbólica como en la mayoría de casos que tiene penas altísimas y que hacen perder la perspectiva de la reforma que es el fin de la sanción.
2. El derecho penal moderno debe orientarse a posibilitar las diferentes opciones personales en el ámbito sexual, sobre la base de principios dogmáticos, político-criminales y lejos de concepciones moralistas. Así mismo, el derecho penal sexual debe garantizar un ejercicio de la sexualidad en libertad, sin olvidar el principio de intervención mínima en el que se ha de mover el derecho penal, despenalizando por un lado determinadas conductas que impiden la actividad sexual libre de ciertas personas –como por ejemplo la de los adolescentes mayores de 14 años- y que no conllevan limitaciones apreciables a la libertad sexual de las demás, y por otro lado, prohibiendo conductas en los que el sujeto activo involucra a otra persona, sin su consentimiento, en su acción sexual.
3. Es importante concluir que desde el punto de vista médico y psicológico los adolescentes mayores de 14 años física y psicológicamente, ya se encuentran aptos para poder autodeterminarse en relación a ejercitar libremente su libertad sexual, por encontrarse en condiciones de entender el contenido y alcance del acto sexual.
4. En este sentido, también es importante señalar que desde ningún punto de vista (médico, psicológico, jurídico ni social) existen razones o fundamentos para prohibirles a los adolescentes mayores de catorce años ejercitar libremente su libertad sexual, peor aún cuando existen más razones o

fundamentos para facultarles y permitirles ejercitar su libertad sexual, que para prohibírseles.

5. También es necesario precisar que por el respeto inquebrantable del principio de legalidad, una norma no se justifica así misma, -como suele suceder en los países que acogen el modelo de “mera legalidad”- sino que por el contrario encuentra su justificación en la realidad social, debido a ello, una Ley como la 30076 en su afán de cumplir su función simbólica no puede vulnerar derechos fundamentales regulados en la constitución.
6. Por lo tanto cuando una ley nace desnaturalizada, ya sea porque vulnera derechos fundamentales o porque desconoce o niega normas del mismo ordenamiento jurídico, es viable por parte de los magistrados del Perú, la realización de un control difuso sobre la mencionada ley, a fin de determinar su inaplicabilidad, por ser inconstitucional e ilegal.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

1. 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.
2. Se restituya, en relación a la edad de la víctima, que esta tenga menos de 14 años de edad, conforme lo establecía el artículo derogado (Artículo 173.3 del Código Penal).
3. Cuando se busque solucionar un caso, a través del principio de proporcionalidad, el intérprete debe conocer cada uno de los sub principios o test que comprende, identificando la naturaleza de cada uno; de modo que, en primer lugar, se debe dar respuesta a una real o aparente colisión o tensión entre dos o más principios, en el orden práctico o casuístico, pues es en dicho ámbito donde se advierte tal alteración, mas no en el ámbito abstracto que supone una relación de plena coherencia y armonía. Por tanto, previamente se tiene que identificar la causa generadora de la tensión; es decir el medio que ha provocado el desorden normativo concreto o, más específicamente la afectación o no satisfacción de un principio jurídico de orden iusfundamental, así como la finalidad constitucional perseguida; de manera que se determine, por un lado, el principio que busca proteger u optimizar y, por otro, el principio intervenido, afectado o no satisfecho. Será entonces, cuando el intérprete determinará si la medida es en sí misma capaz, idónea, apta, adecuada o eficaz para garantizar la consecución de la finalidad constitucional que persigue.

CAPÍTULO VIII

BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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

- 2. SALINAS SICCHA, Ramiro.** Libro: “Derecho Penal – parte especial”. IDEMSA – Lima – Perú.

- 3. REYNA ALFARO, Luis Miguel.** 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.

- 4. ARIAS TORRES, Luis Bramont.** Libro: “Manuel de Derecho Penal, Editorial Rodhas, Lima-Perú, año 1994.Pgns 186 y 187.

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: “CRITERIOS PARA APLICAR LA PENA EN DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD. SALA PENAL PERMANENTE – CASACIÓN N° 335-2015 DEL SANTA – CASO: GEANCARLOS VEGA MEJÍA”

AUTOR: MARIN ALVEAR, Cristian Enrique.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
¿Cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena.?	<p>GENERAL: Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal la Casación N° 335-2015 Del Santa – Caso: GEANCARLOS VEGA MEJÍA.</p> <p>ESPECÍFICO: - Determinar si en los delitos contra la libertad sexual cometido por personas mayores de 18 y menores de 21 años es posible atenuar la pena prevista en el articulado. - Identificar cuáles son</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Cuáles son los principios por los cuales se aplica la proporcionalidad de la pena a imponerse en los delitos de Violación Sexual. - Cuáles son los criterios para la reducción/graduación de la pena concreta a imponerse. - Existe cuestionamiento entre la Sentencia emitida con el 	<p>INDEPENDIENTE: - El Derecho de Libertad Sexual.</p> <p>DEPENDIENTE: - Reducción/graduación de la pena concreta a imponerse según el principio de proporcionalidad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Primacía de derechos fundamentales. - Análisis de los derechos fundamentales vulnerados. - Racionalidad del fallo. - Congruencia en el fallo Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa. - Análisis de la doctrina jurídica del delito de violación sexual 	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental</p> <p>MUESTRA: Expediente.</p> <p>TECNICAS: Análisis Documental</p> <p>INSTRUMENTOS: Expediente.</p>

	<p>los principios por los cuales se aplica la proporcionalidad de la pena a imponerse.</p> <ul style="list-style-type: none">- Establecer cuáles son los criterios para la reducción/graduación de la pena concreta a imponerse.- Determinar si existe cuestionamiento entre la Sentencia emitida con el sistema de pena del Código Penal vigente.	sistema de pena del Código Penal vigente.			
--	---	---	--	--	--



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 335 – 2015
DEL SANTA

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Sumilla: La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. 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, se tendrán en cuenta, entre otros factores: i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y iv) Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, primero de junio de dos mil dieciséis.-

VISTOS; en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; **ii)** Modificar la pena impuesta – treinta años –, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra GEANCARLOS



VEGA MEJÍA, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.

De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa Del Santa, mediante requerimiento de fojas setenta y cuatro, formuló acusación contra GEANCARLOS VEGA MEJÍA como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación Sexual de Menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha agraviada.

SEGUNDO: Realizado el control de acusación – fojas ciento treinta y uno, ciento treinta y seis del tomo I –, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre de dos mil catorce – fojas ciento veinticinco –. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el treinta de octubre del mismo año – fojas ciento setenta y uno –. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a GEANCARLOS VEGA MEJÍA como autor del delito contra la libertad sexual,



en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: Contra la sentencia condenatoria, el procesado GEANCARLOS VEGA MEJÍA interpuso recurso de apelación – fojas doscientos veinte –; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas doscientos veintiséis, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, señaló fecha de audiencia de apelación el día nueve de marzo de dos mil quince. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia – fojas doscientos ochenta y dos –. Compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal Del Santa, así como el abogado defensor del sentenciado GEANCARLOS VEGA MEJÍA. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

- I) Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuesta [pretensión acusatoria]; y,
- II) Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor sólo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agraviada incurrió en diversas contradicciones respecto a



las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo del mínimo legal [pretensión defensiva].

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada [de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado; **ii)** Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; **iii)** Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado GEANCARLOS VEGA MEJÍA; contra la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce; **iv)** Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a GEANCARLOS VEGA MEJÍA, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; **v)** Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y, **vi)** Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.



QUINTO: Los hechos declarados probados por la Sala Penal Superior, desde la perspectiva jurídica, constituyen tópicos inalterables para este Supremo Tribunal, respecto de los cuales no cabe su impugnación en sede casatoria. En este sentido, de la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

- A.** Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el Certificado Médico Legal número 001461 – EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de: *"lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes"*.
- B.** Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 – 2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta: *"personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado al motivo de investigación (...) indicadores de estresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad, ruborización)"*.
- C.** Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento criminoso (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.
- D.** Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado GEANCARLOS VEGA MEJÍA fue consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.

§. DEL RECURSO DE CASACIÓN.-



SEXTO: La señora FISCAL SUPERIOR, a fojas trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, en los extremos que: **a)** Inaplicó el mínimo y máximo de la pena conminada [de 30 a 35 años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del código acotado; y, **b)** Modificó la pena de 30 años de pena privativa de libertad, impuesta al acusado GEANCARLOS VEGA MEJÍA, y reformándola, le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales 1) y 3), del Código Procesal Penal. El recurso fue concedido por resolución de fojas trescientos sesenta y dos.

SÉTIMO: Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria Suprema de fecha 05 de octubre de 2015, obrante a folios 48 en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal prevista en el artículo 429°, numeral 3), del Código adjetivo acotado, cuyo texto es el siguiente: "*Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación*". Mientras que fue declarado inadmisibles por la causal prevista en el inciso 1°, del artículo 429° del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: "*Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías*". En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:



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

OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación – notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo –, se expidió el decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis. El señor **FISCAL SUPREMO EN LO PENAL**, mediante escrito de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, presentado un día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distintos; sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: **i)** Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una pena por debajo del marco legal para el delito imputado; **ii)** Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias fácticas constitucionalmente relevantes para influir en



En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio de dos mil dieciséis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

DÉCIMO: La Fiscalía Superior impugnante considera que la Sentencia de Vista, materia del presente recurso de casación, que reduce la pena impuesta al procesado Geancarlos Vega Mejía, de 30 años de pena privativa de libertad a 5 años de pena privativa de libertad, vulnera el principio de legalidad de la pena, por cuanto no aplicó la pena tasada prevista en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, que establece un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Asimismo, aplicó la atenuante por responsabilidad restringida prevista en el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, a pesar de que el segundo párrafo del mismo artículo, lo prohíbe para el delito de violación de la libertad sexual; cuestionando el test de proporcionalidad efectuado por el Colegiado Superior, tanto para la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, así como para la graduación de la pena. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará el test de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de Apelaciones.

DÉCIMO PRIMERO: Es pertinente dejar sentado que el Colegiado Superior, dio por probado el supuesto de hecho (acceso carnal con una menor de 13 años de edad, previsto en el primer párrafo del artículo 173) pero no aplicó la pena privativa de libertad conminada prevista en el artículo 173.2 del Código penal (Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años). En este sentido, la Sala Penal de Apelaciones no se ha apartado del principio de legalidad del hecho típico, por cuanto la conducta desarrollada por el procesado Vega Mejía, como es la de haber tenido acceso carnal con la agraviada, sí ha sido subsumida en el primer párrafo del mencionado tipo penal

DÉCIMO SEGUNDO: La Sala Penal de Apelaciones que dictó la sentencia de vista impugnada, no aplicó tanto el artículo 173°, inciso 2°, así como el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, que se refieren a la pena aplicable para el supuesto de hecho correspondiente; es decir, se apartó del principio de legalidad de la pena. Dicho Colegiado Superior hizo uso de su facultad constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que prescribe: “ *En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera*”. Es decir, realizando un control de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso concreto, consideró que dichos artículos son incompatibles con otros principios y derechos constitucionales, por lo que utilizó lo que en doctrina constitucional se conoce como el “control difuso” de las leyes; no aplicándolas solo en este caso concreto.

DÉCIMO TERCERO: A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión

del PRINCIPIO DE LEGALIDAD, previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: *"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; **ni sancionado con pena no prevista en la ley**"* (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173º, inciso 2º, y artículo 22º, segundo párrafo, del Código Penal; y los PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, previsto en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: *"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho"* y DE RESOCIALIZACIÓN DEL REO, previsto en el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

DÉCIMO CUARTO: La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado "indemnidad sexual"; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años.

Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el



campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional "Sólo están sometidos a la **Constitución** y la ley" (art. 146.1 de la Const.).

DECIMO QUINTO: De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario, sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, en especial a las clases de penas y sus magnitudes, ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas no desocializadoras podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya "reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado", debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una quimera. Justamente, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", por lo que el mandato constitucional referido al régimen penitenciario, deberá ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.



DECIMO SEXTO: El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 5.2 de la CADH), que se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e inhumanas (v. gr. producto del hacinamiento carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria) como a las penas que en su configuración legislativa, ya sea por su modalidad o por su duración, sean materialmente lo mismo. Los Estados americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la CADH se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos (art. 1° de la CADH que establece la obligación de respeto), sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la CADH. Al respecto, vale recordar que el artículo 2° de la CADH prescribe que: "*los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*".

DÉCIMO SEPTIMO: El principio de proporcionalidad busca lograr una concordancia razonable entre la entidad del injusto (lesión al bien jurídico, gravedad o no de las modalidades de ataque, etc.); la culpabilidad (accesibilidad normativa, imputabilidad etc.) y la entidad de la consecuencia jurídica aplicable, incluyendo, en su ámbito de influencia, la prohibición del exceso. La proporcionalidad implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción; la cual se asienta en una ponderación fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta), y en la valoración que el Juez realiza en el caso concreto

(proporcionalidad concreta) [1]. Si bien la proporcionalidad abstracta es *prima facie* complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o, bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado Constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH).

Se reconoce que el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, limita el ejercicio adecuado del *ius puniendi* estatal y refuerza el principio de la proscripción de la arbitrariedad estatal.

DÉCIMO OCTAVO: Corresponde al legislador diseñar típicamente los comportamientos antijurídicos y la fijación de los marcos penales abstractos estipulados para cada delito en la ley Penal [criminalización primaria], mientras que la labor jurisdiccional se torna significativa y de carácter sumamente delicado, pues sobre ella recae la responsabilidad de la imposición final de la sanción punitiva [criminalización secundaria]. Los Jueces Penales, en sus diversas jerarquías, deben orientar su actuación funcional justamente a mantener un equilibrio óptimo entre legalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vigencia de los principios constitucionales, entre los que se cuenta el principio de proporcionalidad.

En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años

[1] Castillo Alva, José Luis. Principios de Derecho Penal Parte General. Gaceta Jurídica. Lima 2002, pp. 280.



de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la "indemnidad sexual" de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.

DÉCIMO NOVENO: Entonces, al haber surgido un conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales así como principios de rango convencional; éstos serán objeto de ponderación. Si bien es cierto, el legislador al establecer una pena privativa de libertad tan drástica para la protección del bien jurídico "indemnidad sexual", ha intervenido en la libertad individual del sujeto activo, criminalizando su comportamiento; sin embargo, se debe analizar si existe en el caso concreto una sobrecriminalización, que redunde en una sobreprotección, en cuanto a la pena establecida para dicho bien jurídico, y si se respeta el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

VIGESIMO: Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Exp. N° 579-2008-PA/TC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente: " ...En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la

medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

VIGÉSIMO PRIMERO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en su jurisprudencia que un derecho humano puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (sentencia del caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; FONTEVECCHIA Y D'AMICO C. ARGENTINA de 29 de noviembre de 2011; PÁRR. 43) como también ha fijado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (sentencias de los casos KIMEL C. ARGENTINA, 2 de mayo de 2008, PÁRR. 52; CASTAÑEDA GUTMAN C. MÉXICO, 6 de agosto del 2008, PÁRR. 175). La reglamentación y limitación de los derechos humanos (v. gr. libertad personal, libertad de expresión, derecho al honor y a la intimidad, entre otros), como cualquier otra restricción de un derecho humano, debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (sentencias de los casos ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; PÁRR. 43; MÉMOLI C. ARGENTINA de 22 de agosto de 2013; PÁRR. 127; TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009: PÁRR. 76). En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 335 – 2015
DEL SANTA

dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención (sentencia del caso TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009: PÁRR. 76).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la restricción (de un derecho humano) debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (sentencia del caso YATAMA C. NICARAGUA, 23 de junio del 2005, PÁRR. 206).

Dicha Corte ha sostenido, además, que entre varias opciones para alcanzar el interés público imperativo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho en cuestión (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, PÁRR. 46).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en el artículo 173º, inciso 2º del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen

menos de catorce años" (R.N. N° 1915-2013-LIMA del 09 de diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; habiéndose establecido que los adolescentes de catorce años de edad sí tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años".

VIGÉSIMO TERCERO: Sin embargo, este Supremo Tribunal estima, respecto al subprincipio de necesidad, que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad al autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad, (la agraviada tenía trece años y veinticinco días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico "indemnidad sexual", por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel, pena prevista en el artículo 173.2 del CP, sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de base constitucional (art. 200 de la Constitución) como de su fundamento convencional (art. 30 de la CADH).

En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad; sin embargo,

la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.

En este extremo cabe mencionar la ilógica del 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 pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de 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.

VIGÉSIMO CUARTO: En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; si bien es cierto, el segundo paso del test de proporcionalidad (necesidad) no se cumple en el caso concreto, por lo que carecería de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test; sin embargo, consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley de la ponderación; en este sentido decimos "*Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la dignidad y libertad personal*



del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad”.

VIGÉSIMO SEXTO: Para medir los grados de afectación y los niveles de satisfacción que persigue el artículo 173.2 del Código Penal, hay que valorar las intensidades, estableciendo una escala triádica (Sentencia del Tribunal Constitucional ya acotada, fundamento 31) catalogándose como grave, medio o leve. Cuando es posible establecer, de manera racional, que una medida de restricción de baja o leve intensidad, logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley), ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima, desde la perspectiva constitucional (fundamento 34 de la Sentencia citada). Contrario sensu, si la afectación a un derecho fundamental es grave y el nivel de satisfacción que se logra es medio o leve, entonces, la ley no habría pasado dicho test de proporcionalidad.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En el caso de autos, este Supremo Tribunal considera que la imposición de una pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, que se impondría al procesado Vega Mejía (de 19 años de edad) como autor del delito de violación sexual de menores de 13 años y veinticinco días de edad; es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado, como ya se ha anotado; y el nivel de satisfacción que se logra con esta medida, sobre la protección del bien jurídico protegido de la menor agraviada; consideramos que es de grado medio. En efecto, las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que han prestado



su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (artículo 173.2 del Código Penal).

VIGÉSIMO OCTAVO: En el mismo sentido, la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21 años de edad, establecida por el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante. La exclusión de la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena; entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado: lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables.

VIGÉSIMO NOVENO: No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de manera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años (el imputado tenía 19 años); se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta



prohibición, fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: "*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*".

TRIGÉSIMO: De otro lado, la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad que le impuso el Juzgado Penal Colegiado, al imputado Vega Mejía, quien contaba con 19 años de edad, por haber mantenido una relación sexual, lograda sin violencia e instrumentalización de la víctima por haber tenido una relación afectiva previa, y cuya diferencia de edades no era significativa; contraviene también el principio de resocialización, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución y el artículo 5.6 de la CADH; por cuanto dada la magnitud y drasticidad de la pena y la prohibición de beneficios penitenciarios, constituye una pena altamente lesiva, que lejos de colaborar en la reintegración social del reo, neutraliza cualquier intento de reincorporar al condenado a la sociedad democrática.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Por mandato constitucional (art. 139.22) y convencional (art. 5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda afirmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquiera que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos y que un Estado Social y Democrático, como el peruano, debe cumplir (art. 43 de la Constitución); en particular, en el diseño de toda



política criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: “la disposición constitucional, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer el *quantum* de ellas², y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *quántum* de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese *quántum* o de las condiciones en las que la pena se ha de cumplir; ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad. De éstas, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad³”.

² EXP. N° 7730-2005-PHC/TC; CASO: WILMER GONZALES IZUISA; EXP. N° 7724-2005-PHC/TC; CASO: NICOLÁS MARTÍN VALQUI CAHUAZA.

³ EXP. N° 803-2003-HC/TC; CASO: PEDRO FELIPE CUBA RAMIREZ O SALVADOR MAMANI QUISPE.



TRIGÉSIMO TERCERO: Por ello, este Supremo Tribunal considera que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo, no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir diversos Tratados de Derechos Humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos.

De igual modo, solo en la medida en que se cumpla y respete el principio resocializador, junto a los demás fines de la pena; es posible evitar una violación al principio que prohíbe instaurar en un Estado Constitucional, penas crueles e inhumanas (artículo 5.2 de la CADH) que es una expresión indiscutible del respeto al principio de dignidad de la persona humana, contenida en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.

§. PRONUNCIAMIENTO CASATORIO.-

TRIGÉSIMO CUARTO: La sentencia de vista impugnada arribó a una conclusión condenatoria; esta decisión es incuestionable para este Supremo Tribunal. Ciertamente, se cometió un delito contra la libertad sexual. Rige, en lo particular, el principio de intangibilidad de los hechos, por lo que solo se examinará si el fallo infringe o transgrede la Constitución o la Ley; es decir, a la *quaestio iuris* [4], no siendo procesal sustituir en la valoración de la prueba, al Tribunal de Apelación, a efectos de dictar un fallo sustitutivo. El fundamento del fallo

[4] San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima 2015, pp. 715.



impugnado, reside en la protección legal del bien jurídico "indemnidad sexual", entendido como la preservación de la sexualidad de una persona, cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, y que corresponde a los menores de menos de 14 años de edad; a diferencia del bien jurídico " libertad sexual", que corresponde a los adolescentes y mayores de edad, que superan los 14 años de edad; los mismos que tienen capacidad jurídica para disponer libremente de su sexualidad.

TRIGÉSIMO QUINTO: En efecto, la conducta del procesado GEANCARLOS VEGA MEJÍA, constituye un hecho típico, antijurídico y culpable, por cuanto realizó los elementos objetivos y subjetivos del ilícito imputado; vulnerando la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. Por lo tanto, es correcta su declaración de responsabilidad penal y de condena. No converge, a su favor, la presencia de alguna clase de error –de tipo o de prohibición–, a fin de negar la imputación subjetiva o la antijuridicidad de su conducta, consolidándose la posición judicial adoptada. En consecuencia, la pretensión impugnativa, debe ser resuelta bajo un esquema adecuado de determinación legal y judicial de la pena. Al respecto, es preciso señalar que la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal – La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho–, como los artículos 45° y 46° del citado código sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas; la primera, denominada "**DETERMINACIÓN LEGAL**", y la segunda, rotulada como "**DETERMINACIÓN JUDICIAL**". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

TRIGÉSIMO SEXTO: En este tópico, se aplicaría la pena conminada prevista para el delito de Violación Sexual Presunta, que de acuerdo al artículo 173°, numeral 2), del Código Penal – en su formulación vigente en la época de los hechos, según Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis –, sería no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; sin embargo, al haberse inaplicado dicha norma sustantiva al caso de autos (en cuanto a la pena tasada), acudiremos a la norma general que regula la pena privativa de libertad (artículo 29° del CP), como veremos más adelante. No concordamos, al respecto, con el argumento del Colegiado Superior de acudir a otro tipo penal, como el homicidio simple (artículo 106° del CP), para tener como referencia su marco punitivo (de 6 a 20 años de pena privativa de libertad), por cuanto se vulneraría el principio de legalidad de la pena de cada figura delictiva en particular. No es compatible con la Constitución (art. 2°, inciso 24, literal d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9°) imponer una pena que corresponde a otro tipo penal, distinto del que fue materia de condena. Finalmente, usar una pena conminada de otro tipo penal distinto del que es materia de la acusación, vulnera el principio de proscripción de la analogía de la ley penal.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En esta fase, el Juez competente determinará la pena concreta que en justicia y en derecho le corresponde al infractor de la ley. Se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al imputado, diferenciándose caso por caso. En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el quantum; además del marco legal punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45° del Código Penal – texto original –, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres –en el caso de autos el



acusado tiene de instrucción: segundo año de secundaria, ocupación: ayudante de construcción—. Asimismo, se examinará si existen otras circunstancias atenuantes genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad.

TRIGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones impuso al procesado la pena concreta de 5 años de pena privativa de libertad efectiva, basado en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) y la atenuante por responsabilidad restringida; en este último caso, inaplicó la prohibición contenida en el segundo párrafo del referido artículo 22 del Código Penal, que excluye del beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual. Para ello se valió de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el "control difuso" de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado.

TRIGÉSIMO NOVENO: El principio constitucional de proporcionalidad concreta y la atenuante por responsabilidad restringida, sirvieron para imponer una pena atenuada, muy por debajo de la pena tasada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal; priorizándose tal principio sobre el de legalidad de la pena, para lo cual realizó el test de proporcionalidad. Al respecto, se evaluaron los tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto [ponderación].

Sobre la prohibición de aplicar la atenuante por responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22º, segundo párrafo, del Código Penal; efectuaremos el siguiente examen de proporcionalidad:

I. **EXAMEN DE IDONEIDAD.**- Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concerniente a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite. Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aún cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios – generalmente enfocados en reducciones punitivas, sin afectar la pena básica del delito –, no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia



de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances del principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.

II. EXAMEN DE NECESIDAD.- Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: **i)** Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y **ii)** Si tales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo – en especial cuando se trata de penas privativas de la libertad– debe ser excepcional y utilizarse en los casos absolutamente necesarios.

La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro de los límites necesarios.

El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la

aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria, no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.

III. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.- La idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto [5]. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad [proscripción de aminoración punitiva], y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado. Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un "peso" esencialmente mayor que aquél interés orientado a preservar la aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio-

[5] Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008, pp. 72.

derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional [6] ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto al derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados. Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcadas en una línea de respeto por la dignidad humana. Éste es el pilar sobre el que se funda todo Estado Democrático y Social de Derecho. La delincuencia en cualquiera de sus formas genera dañosidad social. El ataque a los diversos bienes jurídicos puede contener diversos grados de intensidad, significándose que no todas las acciones punibles representan una grave afectación. En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no precede a la proporcionalidad, sino a la inversa.

[6] STC número 045 – 2004 – PI/TC.



CUADRAGÉSIMO: Sobre la responsabilidad restringida por razón de la edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido jurisprudencia solventando la aplicación de tal reducción punitiva. Es preciso destacar, entre otros, **i)** La sentencia dictada en el Recurso de Nulidad número 3287 – 2013/CAJAMARCA, de fecha diecisiete de junio de dos mil catorce, donde se señala que la proscripción de tal atenuación, colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica, prevista en el artículo 2º, numeral 2), de la Constitución Política del Estado, toda vez que *"(...) el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato – propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal – fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional (...)"* [fundamento jurídico décimo segundo]; y, **ii)** La sentencia dictada en el Recurso de Casación número 403 – 2012/LAMBAYEQUE, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece, que avalando un supuesto fáctico similar, justificó la reducción punitiva, rebajando la pena impuesta de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales del agente (incluida su edad: veintiún años), la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o peligro causado; todo lo cual, sirvió de sustento para justificar dicho fallo judicial.



CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En este sentido, teniendo en consideración la línea jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal, es evidente que en el caso analizado, resulta adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario, la aplicación de la circunstancia atenuante de la pena prevista en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, a todo agente de 18 a 21 años de edad que cometa delito de violación sexual; por lo que la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo de dicha norma, en la sentencia impugnada, haciendo "control difuso" se encuentra arreglada a la Constitución (artículo 138°); debiendo ser aprobada. A mayor abundamiento, en el Acuerdo Plenario número 04 – 2008/CJ – 116, se establece, de manera expresa, la posibilidad de que los Jueces apliquen control difuso respecto de la prohibición de la responsabilidad restringida, en caso se advierta un tratamiento diferenciado. Es de enfatizar que su aplicación se encuentra recogida como una facultad, mas no tiene un carácter imperativo, según los términos del acotado Acuerdo Plenario, que establece: "*Los jueces penales (...) están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente –, que impide un resultado jurídico legítimo*" [fundamento jurídico décimo primero]

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°; primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el

principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional [7], ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL. De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en las relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó,

[7] STC número 751 – 2010 – PHC/TC, de fecha 15 de junio 2010, FJ cuarto.

maltrató o se dió un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

B. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS CATORCE AÑOS. La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su "consentimiento". No se discute en este proceso la protección legislativa a la "indemnidad sexual". Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 – 2012 – PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal "(...) *ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución*" – fundamento jurídico quincuagésimo primero –. Está claro que, en clave constitucional, se

ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etéreo de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes – con edades entre catorce y dieciocho años –, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA. Evidentemente, al existir consentimiento, aún cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de "*indicadores de estresor de tipo sexual*", según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 –2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito Katia Consuelo Ramírez García ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la "ruborización" es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en

aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D. DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO. Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, siendo el artículo 173.2 del Código Penal (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, así como con la dignidad del imputado; la inaplicación efectuada por la Sala Penal de Apelaciones, en este caso concreto, se encuentra ajustada a la



Constitución, mereciendo ser aprobada; por lo que los agravios formulados por la Fiscal Superior casacionista no son de recibo, máxime si su superior jerárquico (Fiscal Supremo) ha opinado que el control difuso realizado por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a la Constitución.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los fundamentos 31 y 32 de la sentencia de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de Homicidio, previsto y penado en el artículo 106° del Código Penal. No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor de edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente



es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En cuanto al pedido del Señor Fiscal Supremo, quien en su escrito de fecha 17 de mayo del año en curso, solicita el incremento de la pena impuesta al procesado Vega Mejía, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad; este Supremo Tribunal considera que los tres años adicionales que solicita el Ministerio Público, en este caso concreto, en nada contribuirá a lograr los objetivos constitucionales que se persigue con las penas drásticas a los autores o partícipes del delito de violación sexual de adolescentes de 13 años de edad; con mayor razón en el caso del procesado Vega Mejía, quien tiene responsabilidad restringida. Un año y días antes de los hechos, este último, hubiera sido inimputable, por lo que con cinco años de prisión efectiva, con ingreso a un Establecimiento Penitenciario, tal como ha sancionado la Sala Penal de Apelaciones, puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agraviada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista



de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; **ii)** Modificar la pena impuesta – treinta años –, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra GEANCARLOS VEGA MEJÍA, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal.

III. EXONERARON a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación.

IV. DISPUSIERON dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial "El Peruano";



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 335 – 2015
DEL SANTA

notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley;
y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN 

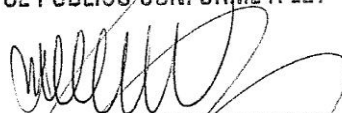
RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI 

NEYRA FLORES 

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

10 AGO 2016

CHP/ecb.