

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REGULAR UNA PENA
PRIVATIVA DE LA LIBERTAD NO MENOR DE CUATRO Y NO MAYOR
DE VEINTE AÑOS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL, DE
AGENTE CON RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA Y VÍCTIMA ENTRE
12 Y MENOS DE 14 AÑOS CON EXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO
POTENCIALMENTE VÁLIDO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentado por:

EDWAR FAUSTO QUILICHE PAREDES

Asesor:

Mg. LUIS MARTÍN LINGÁN CABRERA

Cajamarca, Perú

2024



**Universidad
Nacional de
Cajamarca**
"Norte de la Universidad Peruana"



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador: Edwar Fausto Quiliche Paredes
DNI: 47347442
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Maestría, Mención: Derecho Penal y Criminología.
2. Asesor: Mg. Luis Martín Lingán Cabrera
3. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
3. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
4. Título de Trabajo de Investigación:
Fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte años en los delitos de violación sexual, de agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años con existencia de consentimiento potencialmente válido
5. Fecha de evaluación: **14/10/2024**
6. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
7. Porcentaje de Informe de Similitud: 5%
8. Código Documento: **3117:392731552**
9. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: **14/10/2024**

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>
 Mg. Luis Martín Lingán Cabrera DNI: 27990659

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2024 by
EDWAR FAUSTO QUILICHE PAREDES
Todos los derechos reservados



Universidad Nacional de Cajamarca
 LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
 CAJAMARCA - PERU



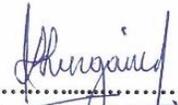
UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 17:30 horas, del día 02 de octubre de dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR**, **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **Mg. LUIS MARTIN LINGAN CABRERA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REGULAR UNA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD NO MENOR DE CUATRO Y NO MAYOR DE VEINTE AÑOS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL, DE AGENTE CON RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA Y VÍCTIMA ENTRE 12 Y MENOS DE 14 AÑOS CON EXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO POTENCIALMENTE VÁLIDO**, presentada por el Bachiller en Derecho, **EDWAR FAUSTO QUILICHE PAREDES**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bachiller en Derecho, **EDWAR FAUSTO QUILICHE PAREDES**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 6:30pm horas del mismo día, se dio por concluido el acto.



Mg. Luis Martín Lingan Cabrera
 Asesor



Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor
 Jurado Evaluador



Dr. Alcides Mendoza Coba
 Jurado Evaluador



Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
 Jurado Evaluador

A:

Mi familia quienes han sido mi apoyo y estímulo emocional.

Agradecimiento

A mis padres, por su apoyo incondicional y desinteresado, al momento de apoyarme en mis estudios, el mismo que se logró con cada esfuerzo realizado en sus diferentes trabajos, y por el apoyo emocional con el que nunca dejaron que me rinda ante las adversidades y dificultades que te ofrece la vida.

A mis maestros, por todo el conocimiento impartido dentro de las aulas universitarias, quienes dedicaron tiempo, esfuerzo y dedicación en mi formación académica y profesional.

A mi esposa e hija, quienes son la razón de continuar logrando mis metas y proyectos.

Epígrafe

La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su Derecho

(Justiniano)

TABLA DE CONTENIDO

Agradecimiento	vi
Epígrafe	vii
Lista de abreviaturas.....	xii
Resumen.....	xiii
Abstract.....	xv
INTRODUCCIÓN	xvii
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática	1
1.1.2. Descripción del problema.....	9
1.1.3. Formulación del problema.....	10
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.3. OBJETIVOS	12
1.3.1. General	12
1.3.2. Específicos.....	12
1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES.....	13
1.4.1. Delimitación Espacial	13
1.4.2. Delimitación Temporal	14
1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS	14
1.5.1. De acuerdo al fin que persigue	14
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	14
1.5.3. De acuerdo a los métodos que se utilizan	16

1.6. HIPÓTESIS	17
1.7. MÉTODOS	17
1.7.1. Métodos genéricos.....	17
1.7.2. Propios del Derecho.....	20
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	22
1.8.1. Técnicas.....	22
1.8.2. Instrumentos	22
1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN, MUESTRA	23
1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN	23
CAPÍTULO II	26
MARCO TEÓRICO	26
2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO.....	26
2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS	32
2.2.1. Principios del Programa Penal Constitucional.....	32
2.2.2. La dignidad de las personas en un Estado Constitucional de Derecho	49
2.2.3. Las sanciones penales en el estado constitucional de derecho.....	51
2.2.4. El Derecho Penal mínimo desde la perspectiva del Derecho Penal peruano.....	60
2.2.5. Seguridad jurídica y el deber del Estado.....	64
2.2.6. Teoría del delito	70
2.2.7. El delito de violación sexual de menor de edad	81
2.2.8. El consentimiento de la víctima de violación sexual.....	89
2.2.9. La responsabilidad restringida por la edad desde la C.	94

2.2.10.La resocialización del condenado desde la C.....	96
2.2.11.Visión de las ciencias de desarrollo humano respecto a la integridad sexual.....	98
2.2.12.Doctrina en el Derecho comparado	101
CAPÍTULO III	104
DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	104
3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	105
3.1.1. Análisis del fundamento jurídico que justifica la dignidad de la persona humana como fin supremo del Estado Constitucional de Derecho en relación a la regulación a la pena privativa de libertad.....	105
3.1.2. Explicación de la optimización del principio de proporcionalidad como sustento jurídico para imponer una pena privativa de libertad entre 4 y 20 años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.	111
3.1.3. Análisis de la aplicación del principio de merecimiento y necesidad de pena como base para evaluar la privación de libertad entre 4 y 20 años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.	114
3.1.4. Justificación de la aplicación del principio de lesividad en la necesidad de imponer una pena privativa de libertad entre 4 y 20 años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.....	116
3.1.5. Análisis de la materialización del principio de resocialización del condenado en casos de cadena perpetua y en penas privativas de	

libertad entre 4 y 20 años, en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.	123
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	125
3.2.1. Materialización de la dignidad de la persona humana	131
3.2.2. Optimización del principio de proporcionalidad y sus sub principios al momento de determinar la pena.	134
3.2.3. Concretización del principio de merecimiento y necesidad de pena .	136
3.2.4. Valoración del principio de lesividad del bien jurídico protegido	137
3.2.5. Concretización del derecho de resocialización del condenado	150
CAPÍTULO IV.....	157
PROPUESTA LEGISLATIVA	157
IMPLEMENTACIÓN DEL TIPO ATENUADO PARA LA CONDUCTA TIPIFICADA EN EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO	157
CONCLUSIONES	160
RECOMENDACIONES	162
LISTA DE REFERENCIAS.....	163

Lista de abreviaturas

C.P. : Código Penal

C. : Constitución

Art. : Artículo

D.P. : Derecho Penal

Resumen

El presente trabajo de investigación tuvo como problema ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte años en los delitos de violación sexual de menor de edad, de agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años con existencia de consentimiento potencialmente válido?, y como hipótesis: Los fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte en los delitos de violación sexual de menor de edad, con agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años con existencia de consentimiento potencialmente válido, son: optimización del principio de proporcionalidad y sus sub principios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto) al momento de determinar la pena; concretización del principio de merecimiento y necesidad de pena; valoración del principio de lesividad del bien jurídico protegido; materialización de la dignidad de la persona humana; y, concretización del derecho de resocialización del condenado. Los métodos utilizados en la presente investigación fueron, como generales: el deductivo, inductivo, el analítico – sintético; como métodos propios del derecho: el método de la dogmática jurídica y el método hermeneúutico. Las técnicas utilizadas fueron la recopilación documental y el análisis de contenido. La conclusión principal a la que se arribó es que los fundamentos jurídicos justifican la imposición de una pena privativa de libertad no menor de 4 y no mayor de 20 años en delitos de violación sexual de menores de edad, con agentes de responsabilidad restringida y víctimas entre 12 y menos de 14 años con consentimiento potencialmente válido. Este marco asegura una adecuada proporcionalidad, respetando los derechos del

agente y de la víctima.

Palabras clave: principio de proporcionalidad, principios de merecimiento y necesidad de pena, lesividad, derecho fundamental de la dignidad y resocialización del condenado, consentimiento potencialmente válido, casos específicos.

Abstract

The present research addressed the following problem: What are the legal foundations for regulating a prison sentence of no less than four and no more than twenty years for the crime of sexual assault of a minor, committed by an offender with restricted responsibility and a victim between the ages of 12 and under 14, with the existence of potentially valid consent? The hypothesis proposed is: The legal foundations for regulating a prison sentence of no less than four and no more than twenty years for the crime of sexual assault of a minor, committed by an offender with restricted responsibility and a victim between the ages of 12 and under 14 with the existence of potentially valid consent, are: the optimization of the principle of proportionality and its sub-principles (suitability, necessity, and proportionality in the strict sense) in determining the sentence; the concretization of the principle of deserved punishment and necessity of the penalty; the assessment of the principle of harm to the protected legal good; the materialization of the dignity of the human person; and, the concretization of the right to the resocialization of the offender.

The methods used in this research were, as general methods: deductive, inductive, and analytical-synthetic; and as specific methods in law: the method of legal dogmatics and the hermeneutic method. The techniques employed were document collection and content analysis. The main conclusion reached is that the legal foundations justify the imposition of a prison sentence of no less than four and no more than twenty years for crimes of sexual assault against minors, committed by offenders with restricted responsibility and victims between the ages of 12 and under 14 with potentially valid consent. This framework ensures appropriate proportionality while respecting the rights of both the offender and the victim.

Keywords: *principle of proportionality, principles of desert and need for punishment, harmfulness, fundamental right to dignity and resocialization of the convicted, potentially valid consent, specific cases.*

INTRODUCCIÓN

La gravedad de los delitos de violación sexual se considera uno de los más lesivos y reprochables por la sociedad. Este repudio es aún mayor cuando se trata de la violación sexual de menores de edad. Por ello, se sanciona con la pena más severa, como la cadena perpetua. Esta medida responde a la notable vulneración de los derechos fundamentales de los niños, cuyo desarrollo se ve gravemente afectado por estos actos. En algunos países, estos delitos son castigados incluso con la pena de muerte. En el caso de Perú, la realidad no es ajena a esta problemática. Ante el incremento de casos, el legislador ha considerado necesario aumentar las penas, por lo que el ordenamiento jurídico peruano ha establecido la cadena perpetua como sanción para este delito.

Conforme a la normativa vigente, cuando los menores de entre catorce y dieciocho años son víctimas del delito de violación sexual, este se configura, en la mayoría de los casos, mediante el uso de violencia física o psicológica, grave amenaza, o el aprovechamiento de un entorno de coacción u otras circunstancias que impidan el libre consentimiento de la víctima. Sin embargo, si no se emplea alguna de estas modalidades, podría tratarse de un acto sexual consentido, el cual no está sujeto a sanción penal, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8-2012-PI/TC. En esta sentencia se precisó que las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes de 14 a 18 años están exentas de responsabilidad penal, ya que estos tienen la capacidad de decidir y disponer de su libertad sexual. El Tribunal Constitucional subraya que es fundamental distinguir entre las conductas que vulneran la libertad sexual y aquellas que representan el ejercicio legítimo de

esta libertad por parte de los adolescentes. Esta interpretación no exime de responsabilidad a quienes, mediante coacción o engaño, vicien el consentimiento, ya que, en tales casos, el acto debe ser sancionado.

Esto no sucede con los menores de catorce años, ya que, independientemente de si se emplea o no algún tipo de violencia física o psicológica, o de si existe consentimiento por parte de la víctima, están plenamente protegidos por la ley penal. Cualquier forma de contacto o agresión que afecte directamente este bien jurídico es severamente sancionada. El artículo 173 del Código Penal, que regula el delito de violación sexual de menores de edad, establece penas extremadamente drásticas para castigar estas conductas y proteger la integridad de estos menores. Es importante tener en cuenta que el Perú es una sociedad pluricultural, caracterizada por la diversidad de culturas y costumbres que coexisten en el país. Esta pluralidad genera una nación conformada por diversas realidades, lo que ha dado lugar a casos en los que menores de edad experimenten un desarrollo prematuro en su sexualidad u otros ámbitos debido a distintos factores. Estas circunstancias específicas motivan el presente trabajo de investigación, ya que se establece que la sanción de cadena perpetua no está alineada con el principio de proporcionalidad ni con sus subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Además, esta sanción ignora principios fundamentales como el merecimiento y la necesidad de la pena, la lesividad, así como los derechos fundamentales a la dignidad y la resocialización del condenado, particularmente en casos donde, según las ciencias auxiliares del derecho, las víctimas no presentan afectaciones psicológicas o alteraciones en su desarrollo psicosexual. Estos factores justifican

una reflexión más profunda sobre la adecuación de la pena en situaciones específicas que no se ajustan a la aplicación generalizada de la cadena perpetua.

El presente trabajo consta de cuatro capítulos.

En el capítulo I, se abordan todos los aspectos relacionados con la metodología de la investigación, incluyendo la formulación del problema de investigación, la hipótesis, los objetivos, así como los métodos, técnicas e instrumentos utilizados.

El capítulo II desarrolla el marco teórico y el marco iusfilosófico, sistematizando la información y los conocimientos necesarios para sustentar y contrastar la hipótesis.

En el capítulo III, se realiza la contrastación de la hipótesis, estructurada en dos secciones: por un lado, los resultados vinculados a los objetivos; y por otro, la validación de las categorías que sustentan la hipótesis.

El capítulo IV presenta una propuesta legislativa para la implementación de un tipo penal atenuado en relación a la conducta tipificada en el artículo 173 del Código Penal.

Finalmente, se exponen las conclusiones, recomendaciones y las referencias bibliográficas.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

El delito de violación sexual, previsto en el Art. 173 del C.P., contempla una pena de cadena perpetua, a razón de ser considerado uno de los delitos más reprochables, a nivel nacional e internacional, pues, afecta directamente los derechos de las personas, exactamente de los menores de edad, y las consecuencias en la víctima son irreparables, además, un acto sexual forzado genera graves perjuicios en la salud emocional y física de la persona (Recurso de Nulidad 415-2015-Lima Norte, en el fundamento 23), el cual es más indignante al tratarse de personas que por su edad se encuentran en un contexto de vulnerabilidad, es por ello que este delito se hace merecedor de una sanción penal drástica, que conforme el Art. 29 del C.P., se trata de una pena privativa de libertad de cadena perpetua.

Circunstancia que a pesar de contemplar esta pena, no disminuye en su comisión, pues de la información que se ventila por todos los medios de comunicación posibles, estos son cometidos continuamente, siendo que, a pesar de los esfuerzos realizados por el Estado, por medios de sensibilización, tales como; información de prevención delincencial, información de violencia contra la mujer, planificación familiar, entre otros, que son transmitidos por medios radiales, televisivos, redes sociales, entre otros, estos delitos no cesan.

Además, queda demostrado conforme los estudios realizados por el jurista Víctor Arbulú Martínez, en su libro Delitos Sexuales en agravio de menores de edad, en el Perú, que según el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, se ha encontrado que: “En el periodo 2000-2017, se registraron 263 584 casos de violación sexual, lo que equivale a 20 000 (sic) violaciones por mes, y que, en este periodo, el 76 % de las víctimas fueron menores de edad” (2019)

Es innegable que el Estado Peruano está conformado por una diversidad de culturas y realidades diferentes, conformando una sociedad pluricultural, en donde no es posible una sola forma de analizar el derecho y las realidades existentes, hay casos en los cuales el derecho tiene que adecuarse a una sociedad con valores, costumbres y circunstancias dispares, en las cuales se incrustan cosmovisiones desiguales de un hecho en concreto; tales como, las relaciones sexuales que pueden sostener dos personas, que concretamente se encuentran en edades próximas y son parte de una relación sentimental, sin producirse un tipo de afectación psicológica, conforme se ha desarrollado en la Sentencia de Casación 335-2015, del Santa, de la Corte Suprema de Justicia, en la que se estableció que deben cumplirse cuatro requisitos, para la disminución de la pena, que al momento de su vigencia, tenía una pena no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, los cuales son: “a) Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual; b) Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años; c) Afectación psicológica mínima de la

víctima y d) Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo". Siendo así, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante, los presupuestos establecidos para la disminución de la pena, al momento de la condena por este delito, por esta razón, fue la primera casación que trató de brindar una solución a los casos que presentan circunstancias diferenciadas.

Siendo así, se puede precisar que en algunos casos existirá un desarrollo de una menor o menor de catorce años, que se encuentra bajo factores de un desarrollo superior o prematuro, con la posibilidad de sostener relaciones sexuales, lo que se relaciona con lo señalado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú, en un estudio realizado en el año 1998, donde concluyó que un 19.8% de las mujeres entrevistadas tuvieron relaciones sexuales entre 10 a 14 años de edad, acreditándose un porcentaje alto de menores de edad que mantuvieron relaciones sexuales prematuramente, en el mismo sentido el Consejo Nacional de la Juventud, en el mismo año, estableció que en Lima Metropolitana la edad de inicio sexual fue en un 34.9% de 10 a 17 años. Por otro lado, se tiene el Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú de la Universidad Peruana Cayetano Heredia del año 2005, en la cual se reportó que los adolescentes de 15 a 19 años ya habían tenido relaciones sexuales, en mujeres en un 20% y en varones en un 40% (Recurso de Nulidad 415-2015-Lima Norte). Eventualmente, se denota notablemente, una diferencia entre las edades, pero esto conlleva a

plantear la posibilidad de que existe un acceso anticipado en el desarrollo sexual de los adolescentes.

En razón a ello, se verifica que existen menores de edad, que desde los 10 años ya comienzan su vida sexual, hecho que establece un adelantamiento de esta etapa y que se puede dar por diferentes factores; como son los factores económicos, en razón que en la mayoría de hogares que no cuentan con estos recursos, se puede ver que los menores buscan formas de vida diferentes, tales como un trabajo forzoso, la vida en la calle, pandillaje, entre otras situaciones, en donde se llegan a contactar con personas de su edad o mayores que ellos, que se dedican a diferentes actividades, entre las cuales puede incursionar el alcohol o drogadicción, entre otros aspectos. Ello ocasiona que despierten estímulos diferentes en su normal desarrollo físico y psicológico, siendo el caso, que pueden llegar a entender o determinarse a sostener una relación sexual con estas u otras personas, pero en las cuales ellas o ellos participan conscientemente. Circunstancia que no se toma en cuenta por el legislador, en tanto, el consentimiento del menor de catorce años, en la legislación actual a pesar de presentarse circunstancias como las explicadas, la pena es de cadena perpetua, y no existe posibilidad alguna de rebajar la misma. Respecto a ello, se precisa que existen diversos factores que podrían conllevar al temprano desarrollo del estímulo sexual por parte de menores que se encuentran entre doce y catorce años, como puede ser un factor psicológico, en el cual se puede verificar, por medio de las

ciencias auxiliares al derecho, como una pericia psicológica, que algunas menores que participan de actividades sexuales y que se encuentran en una edad próxima a la edad de catorce años, tienen desarrollado este campo psicológico más que otras personas, por ejemplo, en menores en las cuales se presente una menstruación temprana, o adolescentes que pertenecen a algunas ciudades, en las cuales se presentan circunstancias que hacen que el desarrollo de las menores (o menores) se realice más rápido que en otros lugares, o puede ser por la misma costumbre innata a un desarrollo o sociedad que los rodea, conforme lo ha señalado el especialista en Medicina Interna Pediatra, quien señala que los niños que maduran temprano son más propensos que sus pares a participar en conductas de riesgo, tales como el consumo de alcohol o comportamientos delictivos (Silva S. G., 2015).

Asimismo, se tiene un factor de educación, en tanto en el Perú, la educación, precisamente la educación sexual, es uno de los problemas centrales y medulares, puesto que, conforme se ha dejado constancia por el Centro de Desarrollo e Investigación (CIDE), se establece que en un contexto de pobreza, la falta de oportunidades de desarrollo, en relación a la educación y los servicios de salud necesarios para ejercitar el derecho a la salud, especialmente la salud sexual y reproductiva, y centralización, se deben diseñar políticas integrales que promuevan el máximo posible de bienestar y desarrollo de las y los adolescentes (INEI, 2002)

Por lo que hasta la actualidad no se tiene una educación adecuada respecto a la sexualidad de los menores, pues es de conocimiento público el aumento del índice de embarazos en menores de edad, y esto se debería a la falta de información y desinformación que se puede encontrar dentro de las redes sociales o el uso continuo del Internet, que es un acceso más fácil para cualquier persona, incluso menores de edad, donde los mismos por curiosidad pueden llegar a buscar información relacionada a un contenido sexual, o la propia información que se puede encontrar como parte del contenido de estos medios y que puede generar en ellos un despertar temprano de este tipo de información.

Respecto a los factores políticos, se debe considerar que se puede dar en el sentido de la falta de prevención o educación eficaz, respecto a la educación sexual de menores de edad, así como políticas dirigidas a prevenir las relaciones sexuales tempranas de los adolescentes, siendo el caso que esta educación no llega hasta lugares que se encuentren alejados de las ciudades, se sabe también, que en algunos lugares, se permite que menores mantengan relaciones sexuales con personas mayores de edad, o sean comprometidas a una edad muy disminuida, como es el caso de la costumbre denominada *Servinakuy*, que es definida por la Real Academia Española, como “Unión de tipo concubinato de derecho consuetudinario practicada en la región andina del Perú” (2020). Situación en la cual se celebra la unión de cuerpos de dos personas en donde la mujer es una menor de edad, conforme se

puede ver en su gran mayoría en los lugares alejados de la ciudad o ciudades del territorio nacional; es decir, en comunidades que conforman el país, datos que han sido señalados en el Recurso de Nulidad 415-2015/Lima Norte, en donde en el considerando 19, cuarto párrafo, citan un estudio realizado por el INEI, en el año 1998, en donde se precisó que: “el 19.8 %, de mujeres entrevistadas tuvieron relaciones sexuales entre los 10 a 14 años de edad”. Haciendo posible inferir que estos hechos se han suscitado dentro de la legislación interna, y se pueden dar hasta la actualidad.

En relación a un factor médico, se puede comprobar en algunos casos, que física y biológicamente el cuerpo de una menor que se encuentre entre los doce y catorce años de edad, puede tener el desarrollo de una adolescente de una edad superior de esta, conllevando a la posibilidad real de que la menor pueda llegar a conocer que es un acto sexual y poder llegar a tener relaciones sexuales, en una forma que no afecte su libre desarrollo, o que genere consecuencias negativas, conforme se ha establecido también en el Recurso de Nulidad 415-2015/Lima Norte, en donde en el considerando 19, tercero párrafo, citan a Freud, el mismo que señala que:

La sexualidad se divide en estadíos o etapas, la de latencia dura desde los seis años de edad hasta la pubertad. En este periodo el niño reprime los impulsos sexuales de edad hasta la pubertad. En este periodo el niño reprime los impulsos sexuales y dedica su tiempo y energías al aprendizaje y actividades físicas y sociales. Pero la etapa genital empieza en la pubertad con la maduración sexual, después de la cual la persona joven busca estimulación y satisfacción sexual. La adolescencia es el periodo de

transición entre la niñez y la vida adulta durante el cual acontece la maduración sexual.

Precisándose además, que el código de los niños y adolescentes, publicado el siete de agosto del año 2000, en el Art. I, del Título Preliminar, establece que: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”, siendo así, se puede intuir que en base a lo señalado, la pubertad a la que hace referencia se iniciaría según lo referido, a los doce años, siendo posible un entendimiento por parte de estos menores de un acto sexual.

Finalmente, como factor jurídico se tiene que el delito de violación sexual de menor de edad, se encuentra contemplado dentro del ordenamiento jurídico, con la sanción más alta, como es la de cadena perpetua, conforme la última actualización del Art. 173 del C.P., por medio de la Ley 30838, publicada el 04 de agosto del 2018, prerrogativa normativa que no tiene en cuenta circunstancias, como las descritas preliminarmente, a pesar de formar parte de una sociedad pluricultural, en donde pueden suscitarse casos diferenciados, en los cuales exista consentimiento por parte de la menor presuntamente agraviada, que puede llegar a ser potencialmente válido, libre de algún vicio; siendo así y al tratarse actualmente de una pena privativa de libertad de cadena perpetua, y al tratarse de un hecho diferente al delito de violación sexual en los cuales en su mayoría existe violencia o grave amenaza, esta pena vulnera principios tales como el principio de proporcionalidad,

lesividad, humanidad de las penas, así como el principio a la resocialización del condenado, además de los derechos fundamentales del mismo, al derecho a una sanción justa, a la dignidad del ser humano, estos casos no deben ser equiparados a los casos comunes de violación sexual; si bien es cierto, el legislador ha establecido que los menores de catorce años de edad, no disponen de libertad sexual y presentan indemnidad sexual, por lo que cualquier consentimiento en la relación sexual, no es válido, siendo considerado como violación sexual, esto no es acorde a la conducta desplegada por el sujeto activo, y las consecuencias del delito, en estos casos diferenciados, con relación a lo que se puede suscitar en un caso típico de violación sexual.

1.1.2. Descripción del problema

En el Perú, el delito de violación sexual de menor de edad, tiene como finalidad la protección de la indemnidad sexual de la víctima, la cual es protegida de todo tipo de agresión, es por ello, que existe el artículo 173 del C.P.; sin embargo, es una circunstancia evidente, que si bien tienen menos de catorce años, existe casos, donde la víctima presta su consentimiento para la realización de una relación sexual, y de esta no se produce una afectación física o psicológica a la víctima, pues se encuentra cerca a la edad de catorce años, o tiene un desarrollo prematuro, comprobable por las ciencias auxiliares al derecho, tales como la psicológica, la medicina general, entre otras. Relaciones sexuales que en su mayoría se dan con personas que se encuentran con responsabilidad restringida, según el ordenamiento jurídico interno,

existiendo factores que diferencian este tipo de delito, hecho que no es tomado en cuenta por el C.P., siendo así, se estaría contrariando en la sanción aplicable a los principios del D.P.

El problema epistemológico en este contexto radica en la tensión entre la protección absoluta de la indemnidad sexual de los menores de catorce años, tal como lo establece el artículo 173 del Código Penal, y la realidad de ciertos casos donde la víctima, cercana a esa edad o con un desarrollo prematuro, presta su consentimiento para una relación sexual sin sufrir un daño físico o psicológico evidente.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte años en los delitos de violación sexual de menor de edad, de agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años con existencia de consentimiento potencialmente válido?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación contribuye de manera significativa al conocimiento jurídico, pues se propone analizar los fundamentos jurídicos que sustentan la necesidad de una pena diferenciada para casos de violación sexual de menores de edad, donde la víctima se encuentra entre los 12 y menos de 14 años y ha otorgado un consentimiento que podría ser considerado válido. Este trabajo amplía la comprensión de conceptos como la responsabilidad restringida del agente y la autonomía progresiva de los adolescentes,

brindando una base teórica sólida para la adecuación del derecho penal en contextos donde las realidades sociales y biológicas no siempre son claras o uniformes. Al explorar circunstancias diferenciadas en cada caso, de lo que se contribuye un marco más justo y proporcional en la aplicación de una sanción.

Desde la perspectiva de la administración de justicia, la investigación aborda un problema práctico y urgente: la falta de criterios uniformes en la sanción de delitos de violación sexual de menores de edad, lo que ha generado inconsistencias en las decisiones judiciales. Este trabajo ofrece a los magistrados una guía fundamentada para resolver estos casos de manera más coherente y equitativa, considerando las particularidades de cada situación. Al proponer una sanción que toma en cuenta factores como el consentimiento válido, la edad de la víctima y la responsabilidad restringida del agente, se facilita una administración de justicia más equilibrada y respetuosa de los derechos tanto de la víctima, así como del agresor.

En cuanto a su contribución al ámbito legislativo, esta investigación establece una base sólida para la propuesta de una reforma en el Código Penal peruano. Se plantea la necesidad de incluir una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de veinte años, en lugar de la cadena perpetua, en aquellos casos donde existan circunstancias atenuantes, como el consentimiento válido de la víctima y la responsabilidad restringida del agente. Este enfoque legislativo permite una mayor flexibilidad en la imposición de penas, promoviendo la adecuación de la sanción a las particularidades del caso y asegurando una mayor justicia y proporcionalidad en las leyes.

Por último, en cuanto a la solución de un problema jurídico concreto, esta investigación enfrenta la laguna existente en el tratamiento penal de casos donde la violación sexual involucra a menores de edad con un consentimiento que puede ser válido y agentes con responsabilidad restringida. La legislación actual, al no diferenciar entre estas situaciones, genera fallos que no siempre reflejan la gravedad real del delito o el daño causado. Proponer una sanción diferenciada contribuye a resolver este vacío normativo, permitiendo que el derecho penal evolucione hacia un sistema más justo y acorde con los principios de proporcionalidad, idoneidad y resocialización, y garantizando una respuesta adecuada.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. General

Establecer los fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte en los delitos de violación sexual de menor de edad, con agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años con existencia de consentimiento potencialmente válido.

1.3.2. Específicos

A. Explicar la optimización del principio de proporcionalidad como sustento jurídico para imponer una pena privativa de libertad entre 4 y 20 años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.

B. Analizar la aplicación del principio de merecimiento y necesidad de pena como base para evaluar la privación de libertad entre 4 y 20

años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.

C. Justificar la aplicación del principio de lesividad en la necesidad de imponer una pena privativa de libertad entre 4 y 20 años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.

D. Analizar el fundamento jurídico que justifica la dignidad de la persona humana como fin supremo del Estado Constitucional de Derecho en relación a la regulación a la pena privativa de libertad.

E. Analizar la materialización del principio de resocialización del condenado en casos de cadena perpetua y en penas privativas de libertad entre 4 y 20 años, en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida.

F. Elaborar una propuesta legislativa que implemente un tipo atenuado para la conducta tipificada en el artículo 173 del Código Penal peruano.

1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES

1.4.1. Delimitación Espacial

El ámbito espacial estará determinado por el territorio nacional, puesto que el tema de investigación se centra en el análisis del Art. 173 del C.P. peruano, el cual es de aplicación en todo el territorio nacional.

1.4.2. Delimitación Temporal

El ámbito temporal está definido desde la entrada en vigencia del Art. 173 del C.P.

1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS

1.5.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

La presente investigación es de tipo básica, en tanto, se centró en dar un aporte de conocimientos doctrinarios sobre la sanción penal, acorde a los principios que regulan el D.P., y los derechos inherentes al ser humano cuando es investigado por el delito de violación sexual de menor de edad, y existen circunstancias diferenciadas, así como analizar la realidad nacional respecto a la aplicación de la política criminal en este tipo de delitos. Una investigación es básica, tal como afirma Carruitero Lecca (2014), en tanto sirve de base para otras investigaciones y tiene como propósito el incremento de conocimientos respecto a una determinada temática.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

De acuerdo al diseño de la investigación, el presente trabajo fue de naturaleza descriptiva, en tanto en un primero momento se ha identificado un determinado problema, esto es, la drástica sanción que tiene actualmente el C.P., para el delito de violación sexual de

menor de edad, y si es acorde a los principios que regulan el D.P., así como los derechos fundamentales del ser humano investigado por estos delitos, y si se toman en cuenta al momento de aplicar la sanción penal, cuando se trata de casos en específico.

Por eso, según Gordillo (1993), una investigación descriptiva en el ámbito jurídico se concentra en "el análisis de normas legales, la interpretación doctrinaria, y el estudio de los antecedentes jurisprudenciales" (p. 45); en otras palabras, tiene como objetivo principal examinar y detallar las características de un fenómeno legal, sin intentar explicar sus causas o efectos. Su enfoque se centra en describir, clasificar y sistematizar información sobre normas, doctrinas, jurisprudencia o instituciones jurídicas.

B. Explicativa

Asimismo, es de naturaleza explicativo causal, en tanto en la presente investigación se determinaron las causas del por qué se debió aplicar una sanción diferente al de cadena perpetua, en casos diferenciados, así como las razones por las cuales se realiza el presente trabajo de investigación, en el sentido de plantear una pena diferente en casos específicos. Por eso, una investigación explicativa, según Tantaleán Odar (2015), "Esta clase de estudio se orienta al descubrimiento de factores causales" (p. 12).

C. Propositiva

Además, es propositiva, puesto que al finalizar el trabajo se plantea una propuesta legislativa, en la cual se establece una pena acorde a la conducta señalada en los casos específicos, conforme a la legislación peruana.

1.5.3. De acuerdo a los métodos que se utilizan

A. Cualitativa

Esta investigación es cualitativa porque aborda el análisis detallado de normas legales, principios del derecho penal, y doctrinas que regulan la proporcionalidad de las penas, el consentimiento válido, y la responsabilidad restringida del agresor. Al tratarse de temas que implican un juicio de valor sobre el contenido normativo y sus posibles interpretaciones, el enfoque cualitativo permite examinar estas cuestiones a través del estudio de textos normativos, la doctrina jurídica y la jurisprudencia. La investigación tiene como objetivo formular una propuesta jurídica basada en la interpretación crítica de la legislación vigente, lo cual es propio del conocimiento.

Además, en el presente trabajo se aplicará los métodos inductivos y deductivos, en tanto, en un primer momento se partió de conceptos del delito de violación sexual de menor de edad, para luego centrarnos en casos específicos, en los cuales se encuentran conductas diferentes a la razón de ser de este delito, pero que se sanciona con el mismo tipo penal; asimismo, de casos específicos

que se encuentran dentro de la jurisprudencia, para llegar a la generalidad del delito de violación sexual de menor de edad.

1.6. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte en los delitos de violación sexual de menor de edad, con agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años con existencia de consentimiento potencialmente válido, son:

- A.** Optimización del principio de proporcionalidad y sus sub principios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto) al momento de determinar la pena.
- B.** Concretización del principio de merecimiento y necesidad de pena;
- C.** Valoración del principio de lesividad del bien jurídico protegido;
- D.** Materialización de la dignidad de la persona humana;
- E.** Concretización del derecho de resocialización del condenado;

1.7. MÉTODOS

1.7.1. Métodos genéricos

A. Deductivo

Este método permitió en la investigación, a plasmar nuestras ideas, pues partiendo de temas generales propuestos en el marco teórico, como son los conceptos generales de violación sexual de menor de edad, los principios penales del programa constitucional, entre

otros, permitió llegar a la formulación de nuestra hipótesis, es decir se partió de lo general a lo particular llegando a la formulación de nuestra hipótesis.

La presente investigación el método deductivo permite analizar la legislación vigente y los principios rectores del derecho penal, como los de lesividad, merecimiento de la pena y resocialización, para determinar cómo estos deben aplicarse en casos específicos de agentes con responsabilidad restringida y víctimas con consentimiento potencialmente válido. De esta forma, se parte del marco normativo general para proponer una modificación específica en la pena aplicable a estos casos, que resulte coherente con los principios más amplios.

B. Inductivo

Este método tuvo como finalidad, que, al momento de partir de casos en concreto, como son los que conforman la jurisprudencia nacional, respecto a las sanciones aplicadas en el delito de violación sexual de menor de edad, se llegó a lo general de los temas propuestos en el marco teórico, con lo que se realizó la búsqueda de jurisprudencia aplicable al planteamiento del problema, y se pudo llegar a la formulación de la hipótesis, es decir se partió de lo particular a lo general llegando a la formulación de la hipótesis.

El uso del método inductivo en esta investigación se justifica porque parte del estudio de casos particulares presentes en la jurisprudencia nacional, en los que se han aplicado sanciones por delitos de violación sexual de menores de edad. A través del análisis de estas decisiones judiciales y de las particularidades de cada caso, se identifican patrones, inconsistencias y problemas en la forma en que las sanciones son impuestas. A partir de estos casos concretos, la investigación busca generalizar principios aplicables a situaciones similares y llegar a una conclusión que permita proponer un marco teórico y normativo.

C. Analítico – Sintético

Este método permitió sintetizar de manera detallada cada uno de los componentes hipotéticos; los mismos que se estudiaron por separado de manera que al término del análisis de la investigación, se llegó a establecer la solución del problema planteado.

La investigación emplea el método analítico-sintético porque primero descompone y analiza los elementos clave del problema (normas, doctrina, jurisprudencia) y luego los integra para proponer una solución legislativa que responda a la problemática planteada. Esta integración permite una propuesta normativa que concilia los diversos aspectos del derecho penal involucrados.

1.7.2. Propios del Derecho

A. Método de la dogmática – jurídica

Este método ayudó en el estudio de determinadas corrientes doctrinarias, jurisprudenciales, entre otros, en las cuales se pudo identificar los puntos de discordancia, al momento de imponer la pena, en los delitos de esta naturaleza, lo que permitió entender por qué existen casos en los cuales se plantea una pena diferente para el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el Art. 173 del C.P., al margen de ser una conducta típica por parte del sujeto activo.

Parafraseando y contextualizando a Pereznieto Castro (2010), el método dogmático es fundamental en el ámbito del derecho porque se centra en la interpretación de las normas jurídicas dentro del marco del sistema legal vigente. En este caso, la investigación analiza el artículo 173 del Código Penal peruano, que regula el delito de violación sexual de menores de edad, y examina cómo se ha interpretado en la doctrina y la jurisprudencia. A través de este método, se identifican las diferencias doctrinarias y jurisprudenciales en la imposición de penas, lo que permite entender por qué en algunos casos se han propuesto penas distintas para un mismo delito, dependiendo de las circunstancias atenuantes, como la responsabilidad restringida del agresor.

En este sentido, el método dogmático se utiliza para interpretar y aplicar las normas existentes en relación con los casos donde el

agente tiene responsabilidad restringida y la víctima está en una franja etaria en la que puede existir un consentimiento válido. A través de este enfoque, se busca entender cómo se podría justificar una pena distinta a la cadena perpetua, tal como lo propone la investigación, y cómo esta interpretación podría armonizar con los principios fundamentales del derecho penal peruano.

B. Método hermenéutico

Este método permitió estudiar, analizar e interpretar el contenido del Art. 173 del C.P. y demás normas vinculadas con el tema de investigación de manera detallada y ordenada; así también permitió estudiar los conceptos, naturaleza jurídica y fundamento del delito de violación sexual de menor de edad.

El método hermenéutico se utiliza en esta investigación porque es fundamental para interpretar y aclarar el contenido del artículo 173 del Código Penal y otras normas relacionadas, permitiendo un análisis detallado y comprensivo de los conceptos, la naturaleza jurídica y el fundamento de los delitos de violación sexual de menores de edad. A través de la interpretación jurídica, este método contribuye a formular una propuesta normativa que sea coherente con los principios fundamentales del derecho penal y que se ajuste a las realidades sociales y jurídicas de los casos estudiados.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Técnicas

A. Recopilación documental

Esta técnica también se conoce como análisis de registro documental. En la presente investigación, esta técnica permitió recoger información documental más relevante respecto a elementos sustentatorios del objeto de estudio; en tanto, permitió seleccionar y sistematizar información contenida en la doctrina y las normas constitucionales.

B. Análisis de contenido

Es una técnica, que permitió describir sistemáticamente el fondo y forma en la investigación, teniendo en cuenta, la interpretación de textos del tema investigado, ya sean escritos o grabaciones, pero apoyados en el instrumento de cuadro de registro y clasificación de las categorías.

1.8.2. Instrumentos

A. Ficha de recopilación documental

Se utilizó las fichas virtuales, las cuales sirvieron para registrar y seleccionar la información más relevante de la doctrina respecto a la determinación de la pena en los delitos de violación sexual de menor de edad, y las diferentes casaciones en las cuales se dispuso aplicar condenas diferentes, aplicando criterios diversos.

B. Ficha de análisis de contenido

Se utilizó para analizar los textos escritos o grabados respecto al tema de investigación teniendo en cuenta la doctrina, lo cual sirvió para seleccionar los textos más importantes respecto del delito de violación sexual de menor de edad, y las diferentes casaciones en las cuales se dispuso aplicar condenas diferentes, aplicando criterios diversos.

1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN, MUESTRA

Por la naturaleza de la presente investigación no se aplica, por tratarse de un estudio dogmático; sin embargo, como unidad de observación se considera el Art. 173 del C.P.

1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En relación a la presente investigación, existe en el repositorio de la Universidad Nacional de Hermilio Valdizán, un trabajo de investigación de la escuela de Posgrado, que se titula; “Despenalización del delito de violación sexual en niñas de 13 y 14 años por haber consentido el acto sexual – en la Selva Central (Satipo-Oxapampa-La Merced-Chanchamayo)”, la misma que plantea la postura de que a pesar que el Tribunal Constitucional haya planteado en el expediente N 008-2012-PI/TI, que las adolescentes de catorce años hasta los dieciocho, tienen la facultad de decidir respecto a tener relaciones sexuales, en tanto gozan de libertad sexual, esto no es suficiente, pues en la Selva Central se ha comprobado que menores de más de doce y menos de catorce años, tienen relaciones sexuales, y estas son consentidas,

incluso se ha demostrado de que tienen un desarrollo, prematuro, por lo que plantea que se despenalice el delito de violación sexual de menor de edad, regulado en el Art. 173 del C.P. Peruano, por esos fundamentos (Liz Capcha, 2015)

Trabajo de investigación que ha servido para demostrar que el inicio de las relaciones sexuales de menores de edad, en la Selva Central, se realiza de forma prematura, lo que no solo se presenta en esta Región, sino en varias del Perú, existiendo con ello la postura de que estas no deben ser sancionadas con la pena de cadena perpetua, que establece el código penal.

En el mismo sentido, existe en el repositorio de la Universidad Nacional de Cajamarca, de la escuela de Posgrado, un trabajo de investigación que se titula; “Principio de proporcionalidad y determinación de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años donde ha mediado consentimiento, Cajamarca, 2013 – 2017”, la misma que luego de revisar determinados expedientes de sentencias emitidas en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, ha podido verificar que los derechos y principios que respaldan la sanción de la violación sexual de menor de edad en la teoría, jurisprudencia y normativa penal; no se limitan únicamente al principio de legalidad y a la indemnidad sexual; sino que se extienden hacia otros principios como la proporcionalidad, el interés superior del niño, y derechos fundamentales como la dignidad, el acceso a la familia, alimentos, entre otros. Asimismo, ha podido verificar que la casuística presentada en el distrito judicial de Cajamarca, ha aplicado el principio de proporcionalidad basado en

la Casación N.º 335-2015 - Del Santa solo en cinco casos; mientras, que en los otros seis han usado otros criterios.

Asimismo, precisa que a nivel nacional se han dado supuestos similares en cada caso, sin embargo, se ha impuesto una pena totalmente diferente, haciendo que las penas que se imponen en este tipo de casos, sean gravosas y perjudican a la familia constituida entre el sujeto activo y pasivo. Por ende, la pena debe ser gradual. Esto significa, que la pena a aplicarse no debe ser una pena privativa de libertad, sino convertida en prestación de servicio comunitario, con reglas de conducta; bajo apercibimiento de revocarse la conversión e imponerse una pena privativa de libertad efectiva (Marco Terán, 2022)

Esta investigación aporta esencialmente al presente trabajo, en razón de que desarrolla y evidencia la realidad de la sociedad Cajamarquina, respecto a la forma en cómo se han impuesto sanciones y qué principios se han desarrollado, que, si bien no precisa alguna propuesta para este conflicto, esta sirve para poder evidenciar los principios que se vulneran al momento de imponer penas, así como la diferencia en el cómputo de pena.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO

La existencia y preponderancia del ser humano dentro de una sociedad a lo largo de los años es resultado del respeto inherente a las normas, las cuales facilitan la convivencia en un entorno común. Estas reglas sirven para controlar las conductas y comportamientos externos de los ciudadanos, lo que a su vez evidencia la presencia del derecho. Según Calsamiglia (1988), el derecho puede entenderse como un conjunto de normas dictadas por autoridades humanas que surgen de una fuente social específica. Esta perspectiva se inscribe dentro de la teoría positivista del derecho, que se enfoca en la existencia de reglas cuya finalidad es ofrecer un ambiente armónico, equilibrado y equitativo para las personas y su desarrollo social. Este cuerpo normativo se concreta en un Estado constitucional de derecho, plasmado en la Constitución, que consagra los derechos fundamentales de cada individuo. En ella se define el contenido esencial de cada derecho, así como la forma en que deben ser protegidos y ejercidos. En un sistema basado en la división de poderes, corresponde al poder legislativo la creación, modificación y regulación de las leyes que rigen una sociedad democrática, social y de derecho.

Dentro de un Estado constitucional de derecho, la norma fundamental es la Constitución. El jurista Landa, citando a De Vega García, señala que la Constitución no es solo un nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de

valores con un contenido histórico y político definido. Este enfoque valorativo establece que la Constitución debe ser la última instancia desde la cual se interprete y comprenda la justicia constitucional (Landa, 2011). Por lo tanto, la Constitución se concibe como la garantía jurídica de todo el ordenamiento legal, siendo el fundamento de la existencia de las demás normas. Asimismo, actúa como una protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, al consagrar la salvaguarda de cada uno de ellos. En este sentido, los principios que emanan de su desarrollo deben ser aplicados en cada instancia del derecho, incluyendo las decisiones de los magistrados tanto ordinarios como constitucionales. Estos deben considerar el desarrollo de cada regla y principio utilizado en la resolución de conflictos, con el objetivo de proporcionar soluciones justas, razonables y ajustadas a la realidad.

Desde esta perspectiva, toda norma que sea promulgada y que obtenga vigencia de aplicación, debe estar acorde al contenido esencial de la C., puesto que, de no ser así, contrariaría este contenido y serían inconstitucionales en su validez, en el mismo sentido estas normas, no pueden ser integradas, modificadas o derogadas, sin el cumplimiento que la misma norma señala; en tanto, la C. tiene como principal finalidad la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, que son el fin supremo de la sociedad y el Derecho. Es por ello, que los operadores de justicia al momento de resolver un conflicto, no solo deben aplicar la norma o regla que subsuma la conducta de un ser humano, sino también, debe tener en cuenta los principios y valores expresos en la C., optimizando así, una correcta aplicación

y solución al conflicto del cual tenga que resolver.

En relación al iuspositivismo, Fernández del Valle, teniendo en cuenta lo señalado por Savigny, señala que la positividad del Derecho no proviene de las individualidades nacionales, sino de la necesidad de ordenar racionalmente la sociedad, tomando en cuenta el tiempo y el lugar. Es decir, el derecho contempla un todo, como parte del derecho, no generando excepciones para algunos dentro de la sociedad, siendo que las normas aplicables son para todos por igual. Además, el Derecho es contemplado como un instrumento, como una voluntad organizadora, como un "mandato". Todo ser racional desea que el otro se conduzca de un modo determinado, bajo amenaza de sanción (Fernández del Valle, 2001). El ser humano, como ser pensante y ser social, tiene como una de sus finalidades al interrelacionarse con el resto de integrantes, el ser protegido por las normas, de ahí que esta integración no se destruya, es necesario que el resto de ciudadanos, se conduzca de un modo determinado, hecho que se logra con la regulación normativa que apunta a la defensa de la persona, que se hace efectivo al lograrse el respeto de los derechos fundamentales de cada individuo.

El respeto a la protección de la dignidad, conlleva a la protección del normal desarrollo del ser humano, dentro de una sociedad, en la cual se genere las condiciones necesarias para el normal desarrollo de la persona, que permita el aseguramiento de la vida y la continuidad de la misma, puesto que es el eje central del desarrollo de los demás derechos, como son: la vida, la salud, la libertad, entre otros, que se relacionan directamente al desarrollo de la

dignidad enmarcada en cada uno de ellos, por lo que, la C. debe contener una protección real de los derechos fundamentales.

En ese sentido, también se precisa que toda acción que atente con este ordenamiento jurídico, como acto contrario a la C., realizado por un individuo y calificado como ilícito debe ser sancionado; por ello, Kelsen, en resumen, manifiesta que un comportamiento humano corresponde, o no corresponde, a una norma objetivamente válida, plantea que la proposición de que es conforme a derecho sancionar a un ladrón con la horca, es falsa, cuando conforme al derecho válido sólo debe ser castigado con privación de libertad, pero no con privación de la vida. Una norma, en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino sólo válida o no válida (2002).

De ello, se ilustra que la sanción aplicable, debe ser acorde al acto que contraria la norma vigente, o lo que es calificado como delito, debe ser sancionado con la pena proporcional al hecho realizado, de modo que de esta forma se estaría respetando los derechos de la persona sancionada, y defendiendo el derecho del ofendido, de tal forma que esta sanción conlleva a emitir un mensaje al resto de ciudadanos como es el de prevención general negativo o positivo, que busca que el resto de integrantes no cometan el mismo hecho ilícito.

La C., en su Art. 139, establece los principios de administración de justicia, dentro de los cuales se regula el principio de régimen penitenciario que tiene como objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la

sociedad, esto implica que la sanción que se pueda emitir a un determinado ciudadano, sea acorde al hecho contrario a la norma que se ha ocasionado, y no busca plantear una sanción que difiere de lo que establece la C. en relación al derecho del sancionado, y que busca que se proteja el derecho del afectado o afectada del ilícito penal realizado.

El positivismo centra su atención en un derecho normado, corriente filosófica que contempla al individuo como ente que necesita ser guiado por normas, que provengan del mismo ser humano, luego de haber logrado ser organizado, para el respeto de las conductas individuales, y con ello no se afecten los derechos de los otros integrantes de esa sociedad.

En el mismo sentido, Kelsen respecto a esta línea filosófica, plantea que, el derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos, estos siempre y cuando sean parte de los poderes del Estado, por otro lado, la costumbre construida por actos de seres humanos. Puesto que las normas del derecho positivo son creadas por actos de voluntad de seres humanos, pueden modificarse arbitrariamente, y efectivamente son diferentes en distintos tiempos y entre pueblos diferentes (2002). Conllevando ello, ha establecer que toda conducta de un ciudadano, integrante de una sociedad, debe estar limitada por las normas creadas por actos humanos, las mismas que sirven para regular la conducta de todos los integrantes, que pueden modificarse con el tiempo, por las realidades distintas que pueda darse o existir, logrando una estabilidad normativa.

En efecto, estas normas-reglas que protegen a los seres humanos, conforme lo establece el Ius Positivismo, se encuentran plasmadas en un cuerpo normativo que busca que cualquier conducta realizada por un ciudadano, se subsuma dentro de esta norma-regla que contempla una sanción respectiva para cada hecho, sin embargo, el operador de justicia, conforme al Post-Positivismo, debe ser parte de una norma principio que no solo contemple la sanción subsumida por la norma regla, sino también los principios que están consagrados en la C. política, de modo que estos buscan que la sanción o la resolución del conflicto sea acorde a los principios que contemplan la expresión material de los derechos fundamentales, proclamando una sanción acorde o proporcional al hecho ilícito realizado.

Considerando que la aplicación de una sanción, en cumplimiento del mandato expreso planteado por una norma-regla, busca un equilibrio en un ambiente adecuado y seguridad para el desarrollo de la sociedad, al hacer efectiva una sanción, esta conlleva al respeto del ordenamiento, sin embargo, esta sanción, debe ser acorde al derecho, teniendo en cuenta la rehabilitación, reeducación y reincorporación de un sentenciado a la sociedad, sanción que debe estar acorde a la dignidad del ser humano, de manera que al ser considerado como tal, tiene derecho a ser protegido y sancionado acorde a la C. y protección de sus derechos fundamentales.

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS

2.2.1. Principios del Programa Penal Constitucional

A. Principio – Derecho de Dignidad Humana

Primigeniamente, es menester para poder comprender los principios constitucionales en relación a la defensa irrestricta de los derechos del ser humano, tener en cuenta lo previsto en el Art. 1 de la C. Política del Perú, el mismo que establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, por lo que, si la dignidad es el fin supremo de la sociedad, es necesario evaluar en qué forma la sanción penal de cadena perpetua, prevista en el Art. 173 del C.P., no afecta el principio de dignidad humana, siempre y cuando se trate de casos en los cuales el agente cuenta con responsabilidad restringida y la víctima tiene una edad que oscila entre 12 y menos de 14 años, aunado a ello, se tiene la existencia de consentimiento potencialmente válido.

La dignidad del ser humano, en términos de Peces Barba, es conceptualizada como un conjunto de criterios que organizan la sociedad, apoyados en los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad; dicho fin, se fundamenta cuando los individuos pueden autónomamente desarrollar su ética privada, esto es, las conductas que les permitan alcanzar la salvación, entendida esta como la virtud o la felicidad, o la búsqueda de un ambiente adecuado para

materializar sus derechos fundamentales, se logrará al encontrar una verdadera protección (2008). Señala también, que permite justificar la idea integral de los derechos, entendida como el instrumento que sirve para limitar el Poder, pero también para compartirlo y para exigir de él una actuación promotora de los derechos, considerándose que el ser humano tiene dignidad, puesto que es libre, estando facultado para el perfeccionamiento en el ejercicio de sus derechos implícitos y explícitos, contenidos en la C. Política del Perú.

El principio de la dignidad de la persona humana, precisa Nogueira (2010), que es parte de todas las personas y señala que estas no pueden ser tratadas de manera indigna, por más vil que hubiese sido el comportamiento, hecho, circunstancia o delito cometido. La dignidad humana entonces se constituye en una barrera o límite inminente a toda reforma constitucional, que busque desconocer, suprimir, degradar o desnaturalizar, esta finalidad, siendo que esta barrera tiene como fin una protección a la dignidad del ser humano, es entonces, un presupuesto invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, puesto que nunca pueda llegar a legitimarse un menosprecio del ser humano en la protección de su dignidad.

A esto se agrega, que el principio del respeto a la dignidad del ser humano, conlleva entonces, a la protección de los derechos fundamentales que están contenidos en la C., y este principio

contempla, la defensa de la libertad, la que se concretiza, cuando su restricción solamente se aplica al tener en cuenta todos los principios rectores del Derecho, ahora, si bien el delito de violación sexual afecta gravemente al bien jurídico de la indemnidad sexual o libertad sexual, es necesario que en la aplicación de una sanción, ésta debe ser acorde al delito, sin embargo, en casos límite, no solo se debe tomar en cuenta ello, sino también, debe ser acorde a la dignidad de la persona, logrando así la materialización del principio de la dignidad, que son parte del proceso penal.

B. Principio de legalidad

En relación a este principio, se debe precisar que tiene su origen en la frase en latín *“Nullum crimen, nullum poena sine lege”*, que traducido significa “no hay delito, no hay pena sin ley”. Esto quiere decir, solo se considera delito un hecho, que ha estado previamente establecido en la ley, y con una sanción penal (Arias, 2002). Este apotegma, implica una seguridad para la sociedad, el cual se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico, en el Art. 2, numeral 24, literal d, de la C. Política del Perú. En el mismo sentido, se encuentra previsto en el Art. II del Título Preliminar del C.P.

El fundamento del principio de legalidad, es la protección de la libertad, puesto que de pretender imponerse una sanción sin que la ley sea escrita, estricta y previa se estaría afectando la libertad de cualquier persona; respecto al delito de violación sexual de menor de

edad, se tiene el Art. 173 del C.P., en el cual se plasma en forma concreta la conducta delictiva y la sanción aplicable, debe tenerse en cuenta que las leyes aprobadas deben ser emitidas por los órganos políticos habilitados, y solamente así podrá adquirir su formalidad.

El principio de legalidad, se subdivide en dos expresiones respecto a su fundamento constitucional, la primera es considerada como un sistema democrático, puesto que la aprobación de la ley penal debe ser por un Congreso democráticamente elegido, de esta manera se confirma el principio constitucional que establece que la Administración de Justicia emana del pueblo, en tanto, solamente por medio de una ley aprobada, se expresa la voluntad general, considerando también las minorías, conllevando a un ejercicio formal de parte de los pueblos por medio de sus representantes dentro del congreso a tener una participación democrática en las decisiones adoptadas. Por el otro lado, se expresa como un mecanismo para evitar el abuso de poder estatal concentrado en perjuicio de los ciudadanos, en tanto se distribuye la potestad punitiva entre dos poderes estatales, entre los cuales se encuentra el poder legislativo, que tiene como frente el proponer y promover la decisión de criminalidad, y por el otro está el Poder Judicial, que tiene como fin la imposición de una sanción penal (Cavero, 2019).

De modo que, el principio de legalidad tiene como finalidad el cumplimiento de presupuestos establecidos en la ley, para poder

materializar la existencia de una sanción a un individuo, y que esta sea dentro del marco normativo y con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales previstos en a la C.

C. Principio de subsidiariedad

Se subdivide en dos planos, un plano cualitativo en relación a que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del D.P.; es decir, cualquier conducta que pretenda afectar la protección de estos bienes jurídicos, amerita la existencia de una sanción penal, como un mecanismo de control; además, desde un plano cualitativo, en el sentido de que si existen otros mecanismos de control menos lesivos que puedan controlar estas conductas disfuncionales, no podrá recurrirse al D.P., puesto que de existir mecanismo de control extrapenal, que sirven para mantener en niveles tolerables las conductas socialmente intolerables, no será necesario cargar las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales (Cavero, 2019).

Es entendido también, como un control social, así como último medio de control formal, dentro del cual se encuentra contenido el Principio de Ultima Ratio, el cual señala que el D.P. solamente debe intervenir cuando los otros medios de control formal e informal han fracasado, asimismo, este principio encuentra su fundamento en el hecho de preferir una sanción administrativa antes que una sanción penal obteniendo su carácter subsidiario (Arias, 2002). En el delito de

violación sexual de menor de edad, se sustenta una sanción máxima de privación de libertad, puesto que el bien jurídico protegido, es el de la indemnidad sexual, siendo uno que requiere una protección máxima, respecto a la afectación o daño que produce este delito, por lo que conlleva la aplicación de una sanción de cadena perpetua, la cual se encuentra debidamente sustentada, pues conforme a este principio solamente debe aplicarse una amenaza penal a las afectaciones más graves, sin embargo, este tipo penal no debe ser interpretado de una forma literal, sino también verificar la concurrencia de otros factores.

En efecto, el D.P. debe determinar su actuación no solo en la existencia del delito, sino en los factores que rodean a esta comisión, pues conforme se establece, el Estado por medio de sus organismos, solamente debería por el carácter subsidiario del D.P., plantear una sanción penal más grave, cuando el resto de instancias han fracasado, puesto que este constituye la última ratio del ordenamiento jurídico (Lascuraín, 2019). Esto quiere decir, que cuando se traten de ilícitos que no afecten gravemente a la sociedad en la protección de los bienes jurídicos, el D.P. no debe intervenir, dejando al resto de instancias del derecho, buscar una solución o respuesta al conflicto, pero si se vulnera el conjunto de derechos pilares del derecho, como la vida, la libertad, y propiedad, esta contempla su aplicación al momento de producirse la comisión del

hecho contrario a ley.

D. Principio de Proporcionalidad

Este principio, tiene un fundamento propio y se encuentra referido a la maximización de la libertad, en tanto la limitación que produce la imposición de una pena, solo puede encontrar sustento si se realiza al momento de imponer una medida proporcional a lo que protege, en el caso del delito de violación sexual de menor de edad, se materializa en la aplicación de la sanción penal de cadena perpetua, para proteger el bien jurídico de indemnidad sexual de un menor de edad, sin embargo, se precisa que la potestad punitiva no puede ser ejercida a través de sanciones desproporcionadas (Cavero, 2019). Siendo así, dentro del ordenamiento jurídico, no se materializaría al momento de imponer sanciones cuando existen casos diferenciados, sin antes valorarse la forma y circunstancias que conllevaron a la comisión del delito.

También implica, en términos de Castillo (2002) un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción, conllevando a una atribución punible de la conducta que contraviene un bien jurídico. Asimismo, señala que para el D.P. la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva. Esto debido a que el D.P., tiene como base al *Ius Puniendi*, el cual, si bien es el poder punitivo y sancionador del estado, va a tener límites como es este principio,

buscando que la sanción aplicable sea acorde al hecho consumado.

Al mismo tiempo, es definido por el tribunal constitucional, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional N.º 0012-2006-PI/TC, en la cual se precisa que es un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Es necesario precisar, que el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del Art. 200º de la C., por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la C. y de concordancia práctica, debe ser considerada como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad (2006).

Así pues, se precisa que es necesario aplicar un test de proporcionalidad, relacionado a determinar la idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad propiamente dicha, entendida esta desde el test de proporcionalidad, que se subdivide en tres sub principios, que servirán para determinar la prevalencia de un derecho sobre el otro, teniendo en cuenta los sub principios de idoneidad,

necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

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; buscando preservar el derecho más apto sobre el otro, en segundo término, luego de superado el primer nivel, lo siguiente es analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador, el medio elegido debe estar en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, siempre que la medida haya superado los pasos anteriores, se debe continuar con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto, 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 (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00579-2008-PI/TC, 2006).

Según el fundamento veintiocho de la Sentencia del Tribunal Constitucional que recae en el Exp. N.º 00579-2008-PI/TC, 2006, la subdivisión y análisis de cada elemento que conforma este test de proporcionalidad, sirve para determinar la proporcionalidad de la medida a utilizarse, que hace referencia al examen de la idoneidad del test de proporcionalidad, 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. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional.

En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) El de la relación entre la intervención en la igualdad - medio- y el objetivo, y (2) El de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00045-2004-PI/TC, 2004)

Asimismo, en la referida sentencia se hace alusión al análisis de la necesidad, respecto al test de proporcionalidad, precisándose en el fundamento número 39, en el cual se establece que este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, en efecto, esto se contempla cuando el legislador compra los medios para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00045-2004-PI/TC, 2004)

Finalmente, en relación al principio de proporcionalidad, se realiza el examen de ponderación o de proporcionalidad propiamente dicho, es así que el tribunal constitucional, se refiere a este extremo, en el fundamento 40, que la proporcionalidad en sentido estricto, está proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. Es decir, cuando el principio elegido conlleva a su máxima satisfacción para el conflicto de normas, menos gravosa debe ser la afectación al principio afectado (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00045-2004-PI/TC, 2004)

Centrándonos en el presente trabajo de investigación, se debe entonces, analizar conforme al test de proporcionalidad, y sus sub principios, la proporcionalidad de la sanción penal, con respecto a la aplicación de una pena privativa de libertad de cadena perpetua, cuando existen determinados supuestos que se encuentren bajo los alcances de un caso en específico.

E. Principio de Lesividad

El principio de lesividad, conforma uno de los pilares del D.P., en tanto la finalidad de este, es determinar qué tipo de conductas lesionan directamente a un bien jurídico, se señala que la imposición de una sanción penal, requiere que la conducta incriminada haya lesionado un bien jurídico, esto por justificar una pena en relación al

daño que se causa a una persona. Por el contrario, si la conducta no cuenta con esa lesividad, entonces no se justifica sancionarla penalmente, puesto que, al no existir una lesión al bien jurídico, no se justifica la imposición de una sanción (Cavero, 2019). Ahora, en el caso de violación sexual de menor de edad, se precisa que el bien jurídico protegido es la protección de la indemnidad sexual, conllevando a la protección de su intangibilidad sexual y proyección de la integridad sexual de la víctima, así como su normal desarrollo.

De ocurrir un hecho en el cual se suscita el acceso carnal, con una menor o menor de catorce años, esta circunstancia no bastaría para determinar fehacientemente que existe una lesión al bien jurídico, puesto que de presentarse factores o circunstancias diferenciadas por casos incomparables con la expresión de los verbos rectores del delito, esto se verificaría cuando se trata de casos límite, en donde no existe una afectación psicológica en la víctima y menos a su normal desarrollo sexual, por lo que el principio de lesividad no se cumpliría, no justificándose en estos casos, la imposición de una pena como la de cadena perpetua, que actualmente establece el C.P.

El bien jurídico como objeto de protección del D.P., debe ser lesionado o puesto en peligro para que, conforme al principio de lesividad el D.P. intervenga, en tanto, el fundamento de este principio se materializa cuando se impone una sanción, producto de un resultado lesivo, no solamente una oposición a una conducta y la

norma penal, puesto que ahí se lesiona la protección del bien jurídico (Villa, 2014).

En los delitos de lesión el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su vulneración, y en los delitos de peligro, es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido con la amenaza del mismo, a causa de un comportamiento idóneo para perjudicar el bien jurídico, adelantando las barreras de protección. Es por ello que, en lugar de esperar la producción del daño real, estima que es mejor antes de que se produzca el suceso con una situación de peligro, buscando preliminarmente se evite la lesión al bien jurídico (Reátegui, 2016).

La mera infracción normativa, no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta trasgresora de una norma jurídico penal, ni siquiera ha puesto en riesgo el objeto de protección, puesto que para que exista una sanción penal, debe plasmarse una transgresión al bien jurídico protegido. Es por ello que, en un D.P. democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, este ciertamente es importante, pero está complementado con la vigencia de la lesividad de los bienes jurídicos. En tal sentido la exigencia o lesión de puesta en peligro de un bien jurídico, está vinculada a la noción de antijurídico material,

que implica que el hecho es antijurídico no solo porque sea contrario a un precepto penal, sino porque, además, también lo pone en peligro (Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2004).

En modo de colofón, para la materialización del principio de lesividad dentro del delito de violación sexual, tendría que afectar directamente al bien jurídico; es decir, una afectación al bien jurídico de un menor de edad, conllevando a una lesión del mismo, llegando a causar un daño en la integridad sexual de la víctima y su normal desarrollo, no solo su puesta en peligro, sino la efectiva lesión a la indemnidad sexual de la víctima.

F. Principio de Necesidad o de mínima intervención

Con respecto a este principio, y en relación al delito de violación sexual de menor de edad, se establece la existencia de la imposición de una pena, la misma que se justifica, para obtener una convivencia pacífica por los integrantes de una sociedad, en tanto, como parte del Estado, solo se puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, con la finalidad de mantener el orden democrático y social establecido, en tanto, en un Estado Social, el D.P. se legitima solo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil entonces perderá su justificación (Villavicencio, 2006).

El D.P. solo protege fragmentariamente los bienes jurídicos, interviniendo en las formas más graves e insoportables de lesión que debilitan la confianza en la norma y ponen en peligro la convivencia pacífica, convergencia que conlleva la creación de delitos, sin embargo, es una realidad que no se hace política criminal, antes de promover más delitos dentro del Código Penal, pues una vez promovida la ley penal, recién se analiza si protege los bienes jurídicos, como son el caso del aumento de sanción en los delitos contra la libertad sexual, concretamente el delito de violación sexual que actualmente tiene una sanción de cadena perpetua, en su extremo de violación sexual de menor de edad (Reátegui, 2016).

El Estado no solo tiene la obligación de proteger a la sociedad con el D.P., creando delitos e imponiendo penas, sino también el no recurrir a las penas en casos innecesarios, puesto que existe la posibilidad de que el juez, para restringir teleológicamente un tipo penal aprobado por el legislador, se aparte de lo planteado por medio del control difuso o concentrado, asimismo, es de tener en cuenta que el principio de intervención mínima del D.P., se encuentra compuesta por el principio de fragmentariedad y subsidiariedad, ambos con la idea global de que se debe sancionar penalmente las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes (Cavero, 2019).

Este principio, contiene al principio de intervención mínima de las penas, el cual señala que se deben aplicar penas de corta duración,

ya que, éstas son más efectivas; pero, es una realidad que, en el país, no es así, en tanto existe la sanción de cadena perpetua, que incluso se plantea en los delitos de violación sexual de menor de edad, de este principio se extraen dos sub principios, el principio de humanidad de las penas, el cual plantea que las penas no tienen por qué ser inhumanas, pues deben tender a resocializar al sujeto y prevenir el delito, justificando la pena, pero con el cumplimiento de una resocialización del autor del delito, y por el otro extremo se encuentra el principio de proporcionalidad, el cual establece que la pena debe ser proporcional al daño causado y al desprecio del orden jurídico; planteando que la pena debe ser proporcional al daño causado (Arias, 2002). Es por ello, que las penas aplicables a los delitos que contempla el C.P., deben ser acorde al hecho dañoso cometido, al daño causado producto del delito y no tener como finalidad la de reprimir al autor del ilícito de una forma desproporcional.

En ese sentido el D.P. actual, debe evolucionar en un sentido tal que la pena se torne idónea para dañar gravemente el núcleo originario, conllevando a apartarse de la teoría retributiva del D.P., que tiene como finalidad la imposición de una sanción, que logre confinar a una persona por el delito cometido, con una pena no proporcional al hecho cometido. Respecto a ello, Fernández (2016), establece que la libertad del hombre no es total, nunca es tampoco absoluta su

culpabilidad por acto alguno, de aquí la necesidad de insistir en la proscripción no solo de penas inhumanas, crueles y denigrantes, pues esta no logrará el fin supremo del respeto a la dignidad del ser humano, solamente probará el fracaso del sistema penitenciario o del mismo D.P., no logrando la reincorporación del individuo a la sociedad, en el mismo sentido, también deben proscribir penas irredimibles o que asista a la persona de daños irreparables, dentro de las cuales deben incluirse la prisión perpetua absoluta.

La pena de cadena perpetua, en la legislación peruana, está contemplada como proporcional para algunos delitos, entre los cuales se encuentra el de violación sexual de menor edad, conforme se ha establecido en el Pleno Casatorio 1-2018/CI-433, como doctrina vinculante, en la cual se precisa que la pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos, y que este delito, no contempla una pena inconstitucional. No obstante, no se han tenido en cuenta casos límite o con contextos diferenciados, como son el que la víctima pueda encontrarse en un límite mínimo de cumplir la edad permitida para sostener relaciones sexuales con su consentimiento, que liberan de responsabilidad al investigado, o por el otro extremo, en el caso de que el sujeto activo adquiriera su mayoría de edad y sea parte de estos delitos, conforme lo sustenta la responsabilidad restringida en el C.P.

2.2.2. La dignidad de las personas en un Estado Constitucional de Derecho

La dignidad de la persona es uno de los pilares más importantes del ordenamiento jurídico a nivel universal, el cual debe estar en el contenido de la C. de todos los países, y no solo formar parte del derecho interno sino también de los convenios internacionales, pues la sola existencia de la persona, es el origen de todo lo que existe dentro de la realidad nacional e internacional, es por ello, que la persona y sus derechos fundamentales, deben ser contemplados como prismas para el desarrollo de la sociedad y merecen una protección especial, el ordenamiento interno no es la excepción, en tanto conforma parte de este amparo legislativo, de ese modo, la importancia de este derecho-principio, se regula en el Art. 1, de la C. Política del Perú, en el cual se establece la protección fundamental de este derecho, precisando que esta protección se debe ver reflejada en la persona en su normal desarrollo individual y social, y los derechos que se derivan de este, pues de no ser así, no podrían ser preservados.

En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, también protege a la dignidad de la persona en su Art. 1, y se establece que incluso justifica la existencia del ser humano, como un ente libre y con el respeto absoluto de su dignidad, contemplando incluso la libertad e igualdad entre las personas.

Por su parte, también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, afirma que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana, constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, explicando que los reconocimientos de estos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres. Como se puede ver, esta protección al ser humano se justifica porque con la existencia de esta, se concretiza la existencia y protección de los demás derechos reconocidos para el hombre.

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, del año 1984, establece que el reconocimiento de todos los derechos deriva de la dignidad inherente a los hombres. En el mismo sentido, se precisa en la Convención sobre los Derechos del Niño, que la dignidad es inherente a todos los miembros de la comunidad humana.

En palabras de Nogueira (2010), la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto a los demás seres vivos, pues conforme lo establece, es lo que se puede diferenciar de la protección al resto de seres vivos, pues lo que constituye a la persona como fin en sí mismo e impide que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, es el estar dotada de capacidad de autodeterminación, pues solo el ser humano tiene la posibilidad de expresar y defender sus ideales, además, es el único que tiene libre desarrollo de su personalidad. En otras palabras, la dignidad es un valor inherente a la persona humana, que se manifiesta a través de la autodeterminación

consiente y responsable de su vida, así pues, esta exige el respeto de ella por los demás, y viceversa.

El jurista Kant (1989), precisa que la humanidad tiene su fundamento en la dignidad, tomando ambos términos como iguales, pues establece que el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), pues el hombre tiene una existencia propia, que tiene su propia finalidad, y esta no puede ser utilizada por ninguna otra persona, en tanto siempre existirá como un fin, es por eso que en esto consiste la dignidad (la personalidad).

Entonces, la dignidad es entendida como la materialización de la humanidad, pues al momento de que se encuentre el respeto por los derechos fundamentales de una persona hacia otra, se estaría bajo un orden social de derecho, pues el ejercer cada uno sus derechos sin afectar a los demás, conlleva al respeto de las normas y su existencia jurídica.

2.2.3. Las sanciones penales en el estado constitucional de derecho

Uno de los derechos fundamentales de la persona humana, dentro de la carta magna, es a la libertad y a la seguridad personal, y es por ello, que ésta se protege dentro del ordenamiento interno, en el literal b, del Art. 2, inciso 24 de la C. Política del Perú, como son las planteadas como delito dentro del C.P., esta pena encuentra su sustento, en relación a las conductas que colocan en riesgo o lesionan bienes

jurídicos protegidos, y estas alteren el normal desarrollo de la sociedad, conllevando a la intervención del Estado, por medio del poder sancionador del cual se encuentra facultado.

Respecto al sustento de la pena, el profesor Alcócer Povis (2018), precisa que la discusión de la finalidad que debe cumplir la pena, por medio de la intervención punitiva, es una discusión clave, puesto que al determinarse la función que esboza en el D.P., en función al Estado Constitucional de Derecho, se considera la política aplicable al momento de imponer un sanción penal, y con ello se estará considerando el fin resocializador de la misma, esto quiere decir que por medio de la política de sanción que plantee el Estado se estará determinando si en relación a la persona sentenciada, se logrará o no un fin que busque resocializarlo para su reincorporación a la sociedad, o por el contrario solo buscará imponer una sanción sin cumplir ese fin, sino solamente un encierro por el delito cometido.

En ese sentido, las sanciones penales se sustentan en la aplicación de un daño o aflicción a la persona que decide contrariar el ordenamiento jurídico en el ámbito penal, cuando decide vulnerar o poner en peligro un bien jurídico protegido dentro de un orden social, sanciones que se diferencian a raíz del daño causado, los cuales pueden ser, conforme el D.P. interno, en penas privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derecho y multa, conforme lo establece el Art. 28 del C.P.; siendo el caso que para la investigación solamente se contempla una

pena privativa de libertad, pues la pena en el delito de violación sexual de menor de edad, plantea una sanción de cadena perpetua.

El doctrinario Zaffaroni (2006), en relación a las leyes penales, señala que existen tres tipos; la primera, va referida a las leyes penales manifiestas, orientada a las agencias, que, dentro del sistema peruano, sería en relación al Poder Legislativo, y tiene como finalidad la selectividad de la criminalización, la cual busca contemplar el estudio de las conductas como delito; la segunda, va referida a las leyes penales latentes, en relación a estas leyes, señala que los jueces son los que procurarán su interpretación, y que al determinarse que por medio de este poder punitivo se lesiona derechos, son los encargados de plantear su inconstitucionalidad, pues estos servirán como árbitros al momento de la manifestación de las leyes penales; finalmente, señala como tercera categoría, a las leyes eventualmente penales, las cuales los jueces procurarán determinar los momentos punitivos al amparo de las mismas leyes, para proceder como en el caso de las leyes latentes o excluirlas.

En ese entendido, el doctrinario Berdugo, como se citó en (Villavicencio, 2006), refiere que la pena es una de las características más tradicionales e importantes del D.P., pues se vincula directamente con el ordenamiento jurídico, en el ámbito punitivo, y ésta se refleja por la gravedad de su contenido, al plantear una sanción por el delito cometido al individuo, además, es definida como el medio de mayor rigor, que

utiliza el Estado para asegurar una armonía en la sociedad.

De igual manera, el profesor Reinhart, como se citó en (Villa, 2014), refiere que la pena objetivamente, es la consecuencia violenta que el Estado impone al infractor de la norma; es decir, es el resultado de la acción ilícita causada por el individuo, la que encontrará una respuesta del Estado, al momento de imponer una sanción, refiere también, que como institución, la pena da origen, nombre y fundamento a todo el D.P., en tanto, si no existiera, todo el ordenamiento jurídico perdería eficacia, debido a la falta del elemento coactivo en su aplicación, e incluso la misma sociedad puede verse amenazada en su propia existencia.

En relación a la existencia y aplicación de la teoría de la pena, se tienen varias teorías, entre las cuales se pueden verificar las siguientes:

A. Teorías absolutas

En relación a esta teoría, se precisa que los conceptos nacen de la ideología de Hegel, el cual plantea que “la pena es la retribución natural a quien ha delinuido, pues dialécticamente opera como la negación de la negación del derecho”. En ese sentido, en este mismo extremo, el jurista Binding, señala que “es la retribución de un mal con mal” (Villa, 2014). Es decir, la pena en esta teoría es la generación necesaria de un daño o aflicción al autor del hecho, por el daño que causó al momento de vulnerar el ordenamiento jurídico.

Según el jurista Villavicencio (2006), esta teoría entiende a la pena, como una retribución al delito cometido; es decir, que, a causa del mal generado, se le produzca un mal al individuo, igualándose la culpabilidad del autor con el delito cometido. Es por ello, que se contempla a la pena, como aquella que se proyecta al pasado, al hecho cometido. Esta teoría, conforme se ha mencionado, solamente tiene como finalidad la de plantear una sanción al autor, que le genere un daño similar al hecho causado, equiparable a la Ley de Tali3n, la que se explica en la aplicaci3n de un castigo, similar al crimen cometido.

Respecto a esta teor3a, el jurista Hurtado Pozo (2005), se3ala que la pena no cumple con alguna funci3n utilitaria espec3fica, puesto que su imposici3n, solo busca que se exp3e la falta, del responsable del acto prohibido. Adem3s, refiere que el da3o que implica la pena, solamente es la retribuci3n del da3o producido en el delincuente, pues en cierto modo, el da3o producido debe ser redimido. De esta manera, el castigo que se le impone al responsable del il3cito causado, es indispensable para satisfacer el sentimiento de justicia que plantea el Estado.

De las citas anteriormente referidas, se puede deducir entonces, que esta teor3a, solamente tiene como finalidad la de imponer una sanc3n al delincuente, en proporci3n al il3cito penal que ha cometido, sin importar la necesidad de la pena, o la posibilidad de buscar la

rehabilitación, resocialización y reinserción de este a la sociedad, puesto que se entiende la pena como un castigo necesario, negándole parámetros positivos en la imposición de la sanción, como puede plantearse en el delito de violación sexual de menor de edad, al imponerse una pena privativa de libertad de cadena perpetua sin considerar factores diferenciados al momento de la comisión del hecho.

B. Teorías relativas

Respecto a esta teoría, se precisa que la pena que se impone al individuo que ha consumado el delito, persigue un fin determinado, es decir, la pena tiene un fin útil para el infractor y para la sociedad, este tipo de prevención, se subdivide en categorías; tales como, una categoría individual o especial, esto sucede cuando apunta a convencer al infractor para que finiquite la idea de continuar con el delito, y una clase general, que se da cuando la pena atemoriza a la universalidad de los ciudadanos, a fin de que eviten iniciar el curso delictivo, de modo que se impida su potencialidad delictiva (Villa, 2014). En ese mismo sentido Hurtado Pozo (2005), refiere que, en esta teoría la pena obtiene una utilidad social, y busca justificarse en un fin preventivo, alejándose drásticamente de un fin solamente retributivo de la pena, se le atribuye un fin primordial que es el de evitar la comisión de ilícitos penales, en la dimensión de reconocer un efecto disuasivo, tanto a terceros, que es concebida como

prevención general, como también en el propio delincuente, que es entendida como prevención especial.

Por otro lado, el profesor Villavicencio (2006), precisa que esta teoría de prevención, le atribuye a la pena, el objetivo de poder prevenir la comisión de delitos, que sirve como medio para proteger intereses sociales. Refiere que estas son teorías utilitarias de la pena, pues siempre tendrán en cuenta la realidad, lo que no se suscita con la teoría absoluta, que mira al pasado, para la imposición de una sanción, y no como la prevención que mira al futuro para la evitación de la comisión de delitos. Precisa, que el hecho delictivo o la conducta desplegada por el individuo contraria a ley, no constituye el fundamento de la pena, conforme se establece en la teoría retributiva, sino por el contrario, es la condición o motivo del castigo, permitiendo explicar la necesidad de la intervención del Estado, por medio del poder punitivo y sancionador, para poder determinar el modo de obrar de la pena ante la protección social.

Asimismo, refiere el autor de la cita anterior, que la prevención parte de tres presupuestos: el primero, como un pronóstico real del futuro comportamiento del individuo; segundo, que la sanción aplicable sea acorde a la peligrosidad del individuo, de modo que se logre la prevención; tercero, atacar la inclinación a la criminalidad, por medio de trabajos pedagógicos de aseguramiento, la cual se debe dar en la etapa de ejecución de la pena.

De estas citas, se puede dilucidar que la teoría preventiva, muy contrariamente de la teoría retributiva, piensa en la prevención del delito, en sus dos extremos, general y especial, de las cuales la primera tiene como finalidad intimidar a los integrantes de la sociedad, para que no cometan delitos, por medio de la imposición de una pena a la persona que comete el delito, producto del cual se transmite un mensaje al resto de la sociedad, buscando informar lo que sucederá si cometen un delito similar o contrario a la norma establecida, y la segunda respecto a la prevención especial, la cual está destinada solamente al sujeto, de manera individual, es decir, tiene como finalidad por medio de la imposición de la pena, que éste comprenda que no debe volver a cometer un delito a futuro.

C. Teorías unitarias o mixtas

En relación a esta teoría, se establece que son las que pretende combinar las teorías absolutas y relativas; es decir, contempla la posibilidad de que la pena siendo represiva al mismo tiempo debe tener una finalidad preventiva. De esta ideología, se busca plantear una solución, al problema que resulta de la necesidad de imponer una pena preventiva, con la justicia retributiva (Villa, 2014). Por otro lado, el profesor Hurtado Pozo (2005), precisa que esta teoría, busca un punto de conciliación entre los objetivos retributivos y preventivos de la pena, conllevando a una primera posición en la cual, la teoría retributiva sea el objetivo primario de punición, sin dejar de lado los

efectos de prevención especial y general, y la segunda posición en el sentido de que se busque negar el efecto retributivo de la pena, buscando solamente los fines de prevención especial y general.

En el mismo sentido, el doctrinario Felipe Villavicencio (2006), señala que esta teoría mixta es la dominante, puesto que en un primer momento identifica a la pena como justa y útil, contemplándose la aplicación de una pena, tomando en cuenta la culpabilidad del sujeto, y la proporcionalidad con el delito cometido, que buscaría llegar a la justicia, y que por medio de esta temática, se busque prevenir la comisión de nuevos delitos, siendo esta útil al momento de su aplicación. Refiere también, que esta teoría tiene críticas, pues solo se busca combinar la dimensión retributiva y preventiva de la pena, pero esto no puede ser posible, en tanto ambas teorías tienen diferentes políticas y filosofías.

De esta teoría, se verifica que tiene como finalidad primordial, la de reconocer una pena retributiva, en el sentido de que se debe sancionar a la persona que ha cometido un delito, con la misma magnitud del daño causado, pero que esta sanción aplicable, no solo busque una represión con el sujeto, sino que también conlleve a la prevención de la comisión de futuros delitos, por el mismo sujeto y por el resto de la sociedad, buscando unificar las dos teorías, sin embargo, esto no vendría a ser posible, puesto que ambas tienen un sustento filosófico y político diferente, en su aplicación como una

pena que busca una sanción al hecho cometido.

2.2.4. El Derecho Penal mínimo desde la perspectiva del Derecho Penal peruano

El D.P., se expresa por medio de la sanción, la cual es entendida como un castigo necesario a la persona que decide contrariar el orden jurídico, en ese sentido, el jurista Prado Saldarriaga (2018), fundamenta que el castigo, procura hacer entender y socializar al individuo, como un daño comunicador, merecido y necesario, al que el Estado no debe ni puede renunciar, sin embargo, señala que, en este tercer milenio, esto se ha alejado de los fines de la pena, pues existe una práctica de gobernar a través del delito y del castigo, las mismas que son respaldadas por la sociedad, por la cantidad excesiva de delitos producidos; en ese sentido, el autor hace referencia al alejamiento que existe por el Estado, con respecto a un castigo que tenga como finalidad la resocialización, y por el contrario solo busca una política de gobierno regulador.

La aplicación necesaria de una sanción, debe ir entonces, de la mano con una finalidad, contemplando los derechos de la víctima y del victimario, sin embargo, dentro de la política estatal, esta finalidad no se vislumbra a cabalidad, respecto a ello, Gunther Stratenwerth (2005), precisa que los fines preventivo-general de la ley penal en relación a las premisas aplicables al individuo, no llegan a consolidarse, puesto que, solo llegan a ser meras especulaciones, al existir un desconocimiento

al momento de pretender imponer una pena y el tipo de esta, en consecuencia, de conductas sancionables por el Estado.

El jurista Silva Sánchez (1992), respecto al fundamento del D.P. mínimo, refiere que existe un consenso mayoritario en entender que solamente son legítimas las penas necesarias, en el entendido de que dentro de la doctrina, no hay contradicción al momento de establecer que se proponga una reducción de los mecanismos por los cuales el Estado impone su poder punitivo, el autor, precisa también que el D.P., busca evitar la necesidad mínima de la violencia informal, por parte de los ciudadanos agredidos, con apoyo de instituciones solidarias con ellos, pues existe el control formal y esta se materializa con la aplicación del poder punitivo y sancionador del Estado.

Por otro lado, el profesor Santiago Mir Puig (2002), señala que, en relación a la puesta en práctica de este principio, este está destinado al legislador, pero este no siempre lo toma en cuenta, y a raíz de esto se origina una contradicción entre las categorías de *lege ferenda* y *lege lata*, conllevando a ocasionar un abuso del Estado, en la aplicación de su poder punitivo y sancionador, refiere también, que este principio se subdivide en dos dimensiones, la primera en relación a que el D.P. debe solamente ser utilizado como última instancia; es decir, como *última ratio*, como carácter subsidiario, pues en el ordenamiento jurídico, la pena y las medidas de seguridad, no son los únicos medios de protección social, sino también, existen otros medios menos dañosos

que este para poder lograr el mismo fin o un fin más satisfactorio; por otro lado, señala el autor, que la otra dimensión es el carácter fragmentario del D.P., y establece que el D.P. no debe sancionar a todas las conductas que afecten a un bien jurídico de una forma lesiva, sino solo a los ataques más dañosos en su afectación, por ejemplo, en el caso de delitos contra el patrimonio, se sustenta el D.P., cuando se trata de apropiaciones subrepticias.

Por su parte, el profesor Muñoz Conde (2004), respecto a la intervención mínima del derecho, señala que este principio se ve infringido cuando el Estado, utiliza las sanciones o castigos, más graves, como mecanismos que sirven para reprimir, estos se vulneran más cuando se utilizan en estados de peligrosidad, que no se encuentran en la previa comisión de un delito, no constituyendo ataques que afecten a bienes jurídicos fundamentales. Es decir, el autor precisa que, para la actuación del D.P., se requiere que el bien jurídico protegido de las personas, a un nivel individual y social, tiene que haber sido protegido y no afectado, pues esto logrará que consigan una convivencia pacífica y organizada, asimismo, plantea que la sanción se debe utilizar siempre y cuando se acredite un hecho típico, antijurídico y culpable, en las afectaciones más graves, las sanciones más severas, que ofrece todo el ordenamiento jurídico.

En la misma línea, el doctrinario Noguera Ramos (2018), plantea que este principio de mínima intervención del D.P. es conocido como un

principio de necesidad, y esto se debe a que el D.P. solamente justifica su intervención, cuando sirve para el sostenimiento de la organización política del Estado, con respecto al sistema democrático. Refiere también, que, si este poder sancionador se excede en su aplicación, la política aplicable sería autoritaria, y esta lesiona a los principios democráticos de una forma sumamente grave, en relación a sus fundamentos de aplicación. Aunado a ello, plantea que la pena se debe aplicar cuando sea necesaria y útil para la convivencia social, en tanto, la aplicación de una sanción conforme se ha planteado en la teoría preventiva, debe tener como finalidad brindar un mensaje positivo o negativo a la sociedad, es así, que la pena debe estar acorde al delito y afectación causada.

En el mismo sentido, el profesor Peña Cabrera Freyre (2017), esboza que el D.P., orienta su intervención como una necesidad de tutela legítima, y que esta se relaciona a valores de alcance constitucional, plantea que esta se condiciona a la existencia de una sociedad pacífica y la protección de libertad ciudadana, este fundamento encuentra su razón de ser, en la idea liberal de mínima intervención indispensable, la cual se explicaría en la actuación mínima del Estado, en la aplicación de medios más graves, buscando reducir la violencia estatal en el mínimo indispensable, pues esta solo debe ser utilizada cuando fracasen los otros mecanismos de control. Es decir, el autor refiere que los límites del poder punitivo del Estado, se encuentran en los principios

que cimientan el D.P., y que este solamente encuentra su sustento de aplicación, solo en casos que requieren una sanción necesaria, luego de agotar el resto de mecanismos.

El doctrinario Fernández Carrasquilla (2012), señala que la pena conlleva altos costos sociales y humanos, pues el Estado se sirve de esta no como un recurso de última instancia, y menos como uno de moderación plausible, precisa que esta se considera como un mal necesario y en la actual forma de gobierno, respecto a la organización social y política, la pena jurídica es considerada como medio de control social, donde ésta nunca ha buscado renunciar de modo absoluto o ínfimamente en la magnitud del daño que causa, pues es una amarga necesidad social.

De las citas anteriores, se puede concluir que la intervención mínima del D.P. en el Estado, se materializa cuando se contempla sanciones penales en conductas que han contrariado el ordenamiento jurídico, siempre y cuando estas no encuentren una sanción más satisfactoria en los otros mecanismos de protección formales que se desprendan del Estado, debiendo inclinarse al D.P., solamente cuando la sanción es necesaria, en tanto, de recurrirse todo el tiempo al D.P., esta intervención mínima se irradia en vulnerable.

2.2.5. Seguridad jurídica y el deber del Estado

Las normas jurídicas, conforme lo establece Norberto Bobbio (2017), se encuentran subdivididas entre normas primarias y secundarias, las

primeras son las que están destinadas a los ciudadanos, en relación al mensaje que contempla la ley penal, la cual conmina una pena, al momento de que el ciudadano realiza un comportamiento que vulnera esta norma, cuya implicancia merece una sanción, no en todos los casos, pero contempla una condena; y en relación a las segundas establece que son las que están destinadas a los órganos judiciales, exactamente a los jueces, quienes se encargan de concretar la fuerza sancionadora del Estado, al ciudadano que ha cometido el delito, y esto se logra por medio de la imposición de la pena contemplada en la ley penal.

En ese sentido, para la imposición de una sanción a la persona que comete un delito, se debe tener en cuenta los principios fundamentales del derecho, entre los cuales al momento de la ejecución de la pena, se contempla el principio de humanidad, que en términos de García Cavero (2019), este es el fundamento de la criminología, pues esta teoría precisa que el D.P. es una cuestión de seres humanos, y se relaciona con el *ius puniendi*, asimismo, plantea que su ámbito de aplicación debe ser más acotado, por medio de los límites existentes, pues de no ser así, se produce una superposición a los principios y derechos fundamentales de la persona, como son los de culpabilidad, proporcionalidad y resocialización, los cuales tienen como finalidad que no se dicten penas contrarias a la dignidad de la persona.

En el mismo sentido, el autor refiere que la dignidad tiene dos manifestaciones, la primera la relacionada a una dignidad absoluta, la cual le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo, por lo que la pena no puede desconocerla, por otro lado, se encuentra la dignidad relativa, que tiene un carácter moral, la cual plantea que el ser humano, actúa libremente orientando sus conductas a una realización personal en la sociedad, la cual no es la misma para todos, pues esta varía en la forma de cómo se plasma en la sociedad, en algunos casos puede ir disminuyendo en la práctica de su actuación, y por esta actuación, puede ir respondiendo ante los demás, que conforman el grupo social en el que realiza sus conductas.

Estas penas, entonces tienen como finalidad un medio de control social, así, respecto a este tema, el jurista Enrique Bacigalupo (1996), refiere que, el D.P., sirve para obtener determinados comportamientos individuales en la sociedad, y que este fin se logra declarando ciertos comportamientos como indeseables, amenazando a los ciudadanos que conforman esta sociedad, que, de realizar estas conductas, se les impondrá una sanción con una drasticidad considerable, esto sirve entonces, en términos del autor, para un adecuado control social, como un control formal primario, que se diferencia del control social secundarios, por la sanción o castigo que se impone, como es el sistema educativo, asimismo, precisa que no todas las conductas desviadas, vendrían a ser plausibles de una sanción, por lo que se

necesita realizar un filtro adecuado y esto se verifica en la aplicación del D.P.

La seguridad jurídica, en términos de García Manrique (2008), se mide en relación al grado de eficacia en un sistema jurídico, pues una sociedad que goza de una mayor seguridad jurídica, es porque las normas que regulan las conductas de sus ciudadanos, son más eficaces en su aplicación, entendida esta como la capacidad de guiar la conducta de estos, mediante la perspectiva de que los demás ciudadanos actuarán acorde a lo prescrito por las normas, y esto se debería al poder punitivo que tiene el Estado, en la aplicación y ejecución de la sanción. Asimismo, señala que entre más justas las normas jurídicas establecidas, más seguridad jurídica existe, pues esta se relaciona con la justicia.

Esta aplicación, en el D.P. se plasma en la concepción del D.P. objetivo y subjetivo, respecto a esto, Noguera (2018), refiere respecto al primero, que es la prohibición de la comisión de delitos y faltas, y que estas se logran por medio de prescripciones jurídicas que contemplan un presupuesto de penas o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica, entendida esta, como la base normativa para regular las conductas de las personas, para un normal desarrollo social. Por otro lado, señala que el derecho subjetivo, es entendido, como el poder punitivo del cual hace uso el Estado, para poder castigar al infractor, la misma que se hace efectiva con el uso del *ius puniendi*, al momento que

los jueces imponen una pena como consecuencia necesaria del delito acaecido.

En el mismo sentido, Pérez Luño (2000), precisa que la seguridad jurídica encuentra su fundamento en dos exigencias objetivas, una de ellas, entendida como una corrección estructural, referida a la formulación adecuada de normas en el ordenamiento jurídico, las cuales deben ser elaboradas coherentemente por parte de los legisladores gubernamentales y la otra se encuentra relacionada a una corrección funcional, destinada al cumplimiento del derecho por los destinatarios de las normas estructurales, mensaje que se encuentra destinado especialmente a los encargados de su aplicación, como son los órganos judiciales, además, establece que estas dos circunstancias encuentran su fundamento al estar estrechamente ligados a un Estado de Derecho.

Por su parte, el jurista Eugenio Zaffaroni (1998), plantea que existe una discusión latente entre los precursores de la teoría de la seguridad jurídica y la defensa social, la primera, relacionada a que la pena tiene efectos sobre las personas que no han delinquido, como una prevención general, y la segunda sobre el delincuente, como una prevención especial; sin embargo, precisa que el D.P. no puede tener otra función que la seguridad jurídica, pues básicamente, es la función primordial no solo del D.P., sino de todo el derecho en general, pero estos no solo son meros requerimiento de formalismos, pues esta tiene como función

hacer posible la existencia de las personas, en su extremo de asegurar su coexistencia, pues la existencia y la coexistencia, se relacionan ineludiblemente, conllevando a cada persona, a asegurar un ámbito de existencia, y en la armonización de las existencias, por lo que será necesario que por medio del ordenamiento jurídico, se busque la protección de bienes jurídicos, en el sentido de que cada uno entienda que su prójimo se abstendrá de realizar conductas que lesionen lo que el derecho contempla como necesario para la viabilidad de la coexistencia, evitando así que el hombre actúe con respuestas del animal, y que esta sea reemplazada por cultura, esto vendrá a ser la manifestación del derecho. En este sentido, el autor plantea que para que exista una seguridad jurídica entre personas, necesariamente debe concurrir un conjunto de normas que hagan posible por un lado la existencia de la persona y por otro la coexistencia de estos, dentro de una sociedad, pues al lograr esta finalidad, se estará logrando la seguridad jurídica, esto debido a que se evitaría que el ciudadano actúe como un animal, logrando adaptarlo a lo planteado por el Estado, por medio de las normas establecidas.

En relación, a la sanción como medio predominante para la seguridad jurídica, el jurista Künsemüller (2001), señala que, no es posible recurrir a la sanción, como concepto de prevención general positiva, cuando la misma se impone a un infractor, a pesar de no estar conforme al principio de justicia, y solo se sustente en arcaicas representaciones

que señalen que sí lo es, esto lograría que la justicia criminal, por medio de la imposición de una pena, se encuentre influenciada de prejuicios que se tornarían en injustas, logrando solamente utilizar al delincuente para satisfacer prejuicios colectivos, no permitiendo que la pena cumpla con alguna finalidad, por lo que se convertiría en no efectiva en su materialización. Esto se explica, en la actualidad, en el uso desmedido de la pena, sin tener alguna finalidad, pues gradualmente se vienen aumentando las sanciones privativas de libertad, en el C.P. Peruano, sin algún sustento o fundamento más que las presiones colectivas, uno de esos casos fue el delito de violación sexual, que hasta la fecha ha tenido cambios en la pena privativa de libertad, que a la fecha es la de cadena perpetua.

2.2.6. Teoría del delito

Respecto a su definición, el profesor Ricardo Nuñez (1999), precisa que existen hasta tres definiciones jurídicas de delito, que han sido discutidas por diversos autores, la primera va referida a la definición formal, respecto a esta, señala que el delito es el hecho previsto y penado por la ley, plantea que esta solo se limita a individualizar en términos genéricos a un hecho punible, o conducta desplegada por el individuo contraria a la norma, pero esta concepción no ofrece un desarrollo de sus características como tal, o en específico. Y, la segunda definición, plantea que es la doctrinaria, y que su principal precursor fue el jurista Carrara, el cual define al delito como una

conducta externa desplegada por el hombre, la cual puede tener un sentido negativo o positivo, lo que ocasiona una infracción de la ley del Estado, la que fue promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y al haberse vulnerado por el individuo, esta se convierte en imputable y políticamente dañosa, esta definición tuvo su sustento normativo en la concepción en los principios supremos de la ley natural-jurídica, circunstancia que se daba en un país, en relación al derecho vigente en la época contemporánea desarrollada. Asimismo, respecto a la tercera definición, señala que es la dogmática, la cual permitió abandonar las reglas que motivaban el estudio o reglas de aplicación por cada figura delictiva, en tanto se caracteriza por enunciar las condiciones características del delito, adquiriendo una autonomía en su desarrollo como parte general del delito. En ese sentido, el autor plantea una visión del desarrollo de las diversas teorías que definen al delito, respaldando la definición dogmática, en mérito a que ésta permite trabajar una categoría autónoma en su aplicación y desarrollo, en relación a sus categorías.

Por otro lado, Jürgen Bauman (1973), precisa que la concepción de delito, es concebida como un hecho punible, pues el D.P. está compuesto por un D.P. de hecho, siendo el concepto de este, uno de los más importantes, pues marca el inicio de toda sistemática, siendo así, los presupuestos que establece el C.P., indistintamente del lugar, son los necesarios para entender el hecho punible, y en ese sentido, la

falta de uno de ellos, conlleva que este no puede ser plausible de sanción, o de imposición de una pena, precisa que el hecho punible debe ser una conducta humana que realiza un tipo penal, y esta es antijurídica y culpable, el autor refiere entonces, que el hecho punible, debe ser un hecho que contravenga el ordenamiento jurídico, es decir, que cumpla lo que prohíbe el tipo penal, lo que tiene como consecuencia la imposición de una pena.

Respecto a esta concepción, contrariamente, el doctrinario, Muñoz Pope (2003), señala que el concepto de delito es relativo, pues este varía de país en país, este refiere que no puede ser un concepto único, en tanto que de serlo, existirían delitos exactamente iguales en todos los países, precisa que esto se debe a que en todo Estado de Derecho, existen descripciones formuladas por el legislador, este vendría a entenderse como una política de estado diferente en cada Estado, además, refiere que en un sentido material de la concepción de delito, este se entendería como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que son importantes para una comunidad, y en un sentido formal, este se visualiza con la descripción de la conducta prohibida u ordenada por el legislador, conforme estaría plasmado en cada tipo penal.

Del mismo modo, el doctrinario Fontán Balestra (1998), refiere que la definición del delito como el D.P., se sustenta en el fin que persigue, este se divide en dos grupos, la primera en relación a las definiciones

pre jurídicas o condiciones de las legislaciones, estas se explican como el estudio previo que se debe realizar para la determinación de conductas que se tiene que contemplar como delitos, buscando una fundamentación filosófica-jurídica, y las segundas, se establecen como definiciones dogmáticas, equiparable a una legislación positiva, la que se explica como la creación de tipos penales que contienen una sanción por las conductas contrarias a la normatividad vigente. Por otro lado, refiere que se explica también en relación al objeto fijado por el autor, respecto al que promueve y aprueba el catálogo de delito, es por eso que, en cada país, la fundamentación será diferente, adecuándose al concepto que le pueda dar cada legislador.

Respecto a su concepción, el profesor Iván Meini (2014), plantea en relación al C.P. Peruano, que a partir del Art. 11, se puede definir el delito como un comportamiento humano, que despliega una acción u omisión, la cual en su forma intrínseca debe ser dolosa o imprudente, precisa que la voluntariedad es un elemento del delito, separando conductas que se producen por mera causación de resultado o caso fortuito, en el mismo sentido señala que esta conducta acorde a las causas de justificación y eximentes de responsabilidad deben ser antijurídicas y contener un reproche de culpabilidad al autor del delito. En ese sentido, teniendo en cuenta las definiciones planteadas, y acorde a lo que establece el C.P., podemos armar un bosquejo, en el sentido de que el delito es toda acción u omisión humana, con contenido

típico, antijurídico y con reproche de culpabilidad, en ese entendido, se desarrollará cada una de las categorías para un mejor entendimiento.

A. La acción

En relación a la teoría del delito, los profesores Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010), indican preliminarmente que cumple con determinadas características, entre las cuales están; que es un sistema, pues representa un conjunto ordenado y concatenado de conocimientos; que son hipotéticos, en tanto se puede probar los enunciados por medio de las consecuencias del delito, que logra conformarse indirectamente; plantean que posee una tendencia dogmática, pues no existe unidad en relación a una sola postura, en relación a su desarrollo, y como consecuencia de esto, se trata de explicar con diferentes posiciones; finalmente, contiene una consecuencia jurídico penal, pues el objeto de la teoría del delito, es todo aquello que se puede atribuir a una persona que merece una pena o medida de seguridad.

De este modo, respecto a la acción, realiza un desarrollo por cada escuela del D.P., desarrolladas con el transcurso del tiempo, refieren en relación a la teoría del causalismo natural, que tiene como precursores a Franz Von Liszt y Ernst von Beling, en la época de 1881, la cual se fundamenta en términos físicos o naturalísticos, esta es integrada por un movimiento corporal, que conlleva a un resultado, puesto que produce una modificación en el mundo

exterior, esto debido a la unión que genera el nexo causal”. Por otro lado, se tiene la teoría del causalismo valorativo, a la cual se le agrega un valor axiológico, al causalismo natural, precisándose que el movimiento corporal o la falta de movimiento debe tener una animada voluntad, entendida a una conducta llevada por la voluntad, apartándose de la responsabilidad objetiva.

Por otro lado, hacen alusión a la teoría del finalismo, que tiene como precursor a Hans Welzel, la cual considera a esta como una acción humana, que tiene una finalidad determinada de actuar, esta debe ser conscientemente en función de un resultado que el sujeto se ha propuesto voluntariamente, la cual aumenta un parámetro valorativo, pues ahora se contemplan conductas que se pueden realizar por dolo o culpa, en tanto, las personas siendo libres pueden decidir hacer lo correcto en relación a sus conductas, pues de no hacerlo, se harán merecedoras de una sanción penal prevista por la ley.

Finalmente, se tiene la teoría del funcionalismo, que tiene como precursor al doctrinario Claus Roxin, en relación a un funcionalismo moderado, pues plantea que la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma, por otro lado, se encuentra el funcionalismo radical, que tiene como fundador al jurista Günter Jakobs, el cual plantea que el D.P., debe reaccionar frente a un hecho que ha quebrantado la vigencia

de la norma, en relación al no cumplimiento de las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan los individuos en la sociedad, no haciendo distinción en la omisión o comisión de su comportamiento.

En ese sentido, la acción es considerada como punto de partida de la teoría del delito y del D.P., tomando en cuenta la teoría finalista, la acción plantea que es la acción u omisión, que se considera culposa o dolosa, y que esta depende de la voluntad humana del agente, pues toda conducta humana será la que interesa como penalmente relevante, excluyéndose el resto de circunstancias, como son las acciones producidas por fuerza natural o ataque de animales salvajes, conforme lo establece el C.P (Rodríguez Hurtado, Ugaz Zegarra, Gamero, y Schonbohm, 2012).

B. La Tipicidad

En relación a esta categoría del tipo penal, según el jurista Reátegui (2016), es necesario realizar un juicio de tipicidad, el cual tiene como finalidad determinar si la conducta realizada por el individuo se adecua o no al tipo penal, pues es la verificación de la conducta con el tipo penal descrito, buscando la coincidencia de sus elementos. Señala también el autor, que la base de la tipicidad se relaciona al principio de taxatividad, la misma que deriva del principio de legalidad, en el sentido de que el tipo penal descrito en el C.P., debe describir de una forma puntual las diversas características de la

conducta prohibida.

De igual forma, García Cavero (2019), precisa que no necesariamente una conducta que genere un daño o perturbación en la sociedad, es suficientes para que pueda alcanzar el carácter de injusto penal, pues previamente debe reunir los elementos típicos definidos en el tipo penal correspondiente; es decir, debe guardar relación con las disposiciones planteadas en la parte especial del C.P., o en las leyes penales especiales, que regulan otros delitos, en el sentido de cumplir con el supuesto de hecho previsto en cada precepto normativo, esto guarda relación directa con el principio de legalidad, en tanto, toda conducta que es merecedora de una sanción penal, debe estar previamente establecida como conducta delictiva. Por otra parte, plantea que la tipicidad objetiva se fundamenta en la incidencia social de la conducta en términos de infracción de un rol jurídicamente atribuido, mientras que la tipicidad subjetiva está referida a la vinculación subjetiva del autor con la infracción del rol bajo la forma de dolo o culpa.

En mérito a estas definiciones, se puede precisar que la tipicidad en la teoría del delito, es la adecuación y subsunción de una conducta descrita por la ley como un hecho sancionable, realizada por una persona, dentro de los elementos típicos del delito, la cual debe ser considerada como delito, en ese sentido, se precisa que no toda conducta puede ser considerada como sancionable, por lo que esta

etapa de análisis, se debe utilizar como filtro para determinar la tipicidad o el injusto penal de la conducta desplegada, en su sentido objetivo y subjetivo.

C. La Antijuridicidad

En relación a esta categoría, el jurista Arias (2002), expresa que es la contradicción entre las exigencias del ordenamiento jurídico y la conducta omisiva o comisiva desplegada por una persona, considerada también como un comportamiento típico que presenta ausencia de causas que justifiquen su actuar, esta tiene un sentido formal, es entendida como la contrariedad al derecho por parte de la conducta, en el sentido de que toda conducta será antijurídica cuando está prohibida y desvalorada por las leyes penales, y esta no está cubierta de ninguna justificación, conllevando a ser prohibida y por lo tanto antijurídica. Asimismo, en su sentido material, en la ofensa que se realiza a un bien jurídico protegido, que contempla una lesión al bien jurídico o una puesta en peligro.

En el mismo sentido, se establece que la antijuridicidad, es la negación del ordenamiento jurídico, por medio de la realización de una conducta que se encuentre tipificada como delito, sin embargo, se debe tener en cuenta que el ordenamiento jurídico, no solo contempla mandatos o prohibiciones, sino también preceptos permisivos, por lo que, existirán casos en que la conducta puede ser típica, pero no antijurídica, pues esta conducta puede estar

justificada, por lo que a pesar de ser ilícita, esta no deviene en antijurídica, por lo tanto, la antijuridicidad es el acto voluntario que lesiona o pone en peligro bienes o intereses tutelados por el Derecho que son conocidos como bienes jurídicos, y esto se da por la contradicción que se revela con la conducta desplegada por el autor. (Peña Gonzales y Almanza Altamirano, 2010).

En ese sentido, se puede deducir en relación a los comentarios sobre esta categoría del delito, que la antijuridicidad se refleja cuando la conducta desplegada por el autor de la acción típica, conocida como injusto penal, contradice también el ordenamiento jurídico, sin mediar alguna circunstancia que justifique su actuación, por el contrario de entablarse que se trató de una acción que se justifica en su intervención, esta no podría pasar a la siguiente categoría, pues la conducta estaría dentro de lo jurídico.

D. La Culpabilidad

En este nivel de análisis del delito, la culpabilidad informará tres parámetros; el primero, relacionado a que el autor se encuentra en la capacidad de motivarse por la norma, pues se considera una persona imputable, y esta no se encontraba bajo la influencia de alguna perturbación psicológica o psiquiátrica que haya limitado comprender el carácter injusto de su accionar; en segundo lugar, que el autor conocía la antijuridicidad de sus actos, y este no debió actuar bajo la influencia de un error en la prohibición expresa; y

tercero, que el autor se encuentra en condiciones de poder haber actuado de manera diferente a como lo hizo, por serle exigible, sin embargo, estos deben ser acorde a una exigencia en circunstancias normales, pues de no ser así, las personas no están obligadas a actuar de forma heroica, de acreditarse estas condiciones, la conducta se convertiría en típica, antijurídica y culpable, conllevando a la imposición de una sanción penal (Arias, 2002)

En el mismo sentido, Villavicencio Terreros (2006), refiere que la culpabilidad, es un límite al poder penal, y esto se garantiza por medio del principio de culpabilidad, esta tiene una dimensión formal, en el sentido de que equivale a un conjunto de presupuestos subjetivos de la imputación en el sistema penal, y por otro lado en su sentido material, que se encuentra descrita como el juicio de reproche de culpabilidad que se establece por medio de los presupuestos en los que se fundamenta, asimismo, precisa que el fundamento se orienta en fines preventivos de la pena, sobre la base de un concepto de libertad, en una especial ubicación de la persona.

Pues bien, en relación a estas citas, se puede plantear que la culpabilidad se materializa como el reproche que se le hace a la persona que ha cometido un acto contrario al ordenamiento, que luego de determinarse que es típica y antijurídica, esta para convertirse en delito, debe ser considerada como una conducta imputable, con conocimiento de la antijuridicidad y con la posibilidad

real de exigir que este actúe de una forma diferente a la que actuó, para poder ser contemplada como delito.

En algunos casos, la conducta también debe ser punible, respecto a la finalidad en la que fue formulada la ley, como son el caso de delitos contra el patrimonio, en donde para ser delito, necesariamente debe superarse un monto monetario, pues de no hacerlo y teniendo en cuenta que el delito no es agravado, este no será considerado como delito merecedor de una sanción penal.

2.2.7. El delito de violación sexual de menor de edad

Previamente al análisis dogmático del delito, es necesario precisar que, a lo largo de la existencia de este delito dentro del cuerpo normativo del C.P., ha tenido modificaciones significativas, como son el hecho de haberse endurecido las sanciones penales, de penas temporales a una atemporal, como es el caso de la pena de cadena perpetua, la cual fue introducida por medio de la Ley 30838, publicada el 04 de agosto del 2018, pues bien, a criterio del legislador la intención de estas sanciones, sería para motivar a los ciudadanos a no realizar este delito, pues al colocarse la pena más drástica, la comisión de estos delitos debería reducir, sin embargo, esto no es así, pues conforme señala el profesor Salinas Siccha (2008), esta creencia es errada y descabellada, en tanto, la experiencia de la criminología ha demostrado que las penas draconianas no son disuasivas, conllevando solamente a ser una regulación simbólica y ser considerada como una salida facilista del

Estado, frente a la presión social.

Este delito ha sido considerado uno de los más graves en toda la historia, respecto a esto, el profesor Nieves Solf (2018), señala que este delito, se contemplaba en el derecho romano, con la pederastia la cual era sancionada en algunos casos hasta con una pena de muerte, tanto era el reproche por este delito, que incluso luego de matar al autor del hecho, lo procedían a incinerar, pero es de considerar que por la misma política de división de clases sociales, esta sanción, no alcanzaba a las personas que se encontraban en la urbe, los cuales tenían varias mujeres y amantes, incluso se aprovechaban de sus esclavos o esclavas que aún no habían alcanzado su pubertad, de lo cual se puede deducir que por la gravedad del hecho delictivo, esta lograba las sanciones más severas desde épocas tan antiguas como el derecho romano, como es en la actualidad, si bien no con pena de muerte, si con una sanción de cadena perpetua en la privación de la libertad del autor del delito.

A. Acción típica

Este delito se configura, cuando el agente tiene acceso carnal sexual, con una menor de catorce años de edad cronológica, por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal (Salinas, 2008). En el mismo sentido, el autor refiere que, de la dación de la norma, se establece que, en el caso de menores de

catorce años, no existe la necesidad de que el agente realice a conducta prohibida, por medio de violencia, intimidación, inconciencia o engaño, pues, aunque la víctima preste su consentimiento, este seguirá siendo delito, en tanto de la normativa vigente, las decisiones de estos menores no tienen un efecto positivo, para eliminar la responsabilidad del agente.

En el mismo sentido, el profesor Urquiza Olaechea (2010), refiere que la acción típica del delito de violación sexual de menores, es el acceso carnal sexual; es decir, es cuando el agente accede con su miembro viril, a la víctima, por las cavidades vaginales, anales o bucales y/o introduce por las dos primeras vías, partes del cuerpo u objetos sustitutivos del pene, no importando la utilización de violencia o amenaza en la realización, pues de realizarse esta circunstancia agravaría su conducta, ahora bien, se debe tener en cuenta que en la actualidad, esta última precisión realizada por el autor, ya no se tomaría en cuenta, puesto que la pena actual es de cadena perpetua, no importando si el infractor comete el delito con violencia, amenaza o incluso produce la muerte de la víctima de violación sexual.

B. Sujeto activo

Respecto a este punto, el profesor Peña Cabrera Freyre (2019), plantea que comúnmente es el hombre, pero eso no implica que la mujer también pueda serlo, en tanto, la conducta desplegada de un

hombre en mantener relaciones sexuales con una menor de catorce años, también puede ser susceptible de realizarse por una mujer, en el sentido de que esta también puede mantener relaciones sexuales con un menor de catorce años. En el mismo sentido, el profesor Salinas Siccha (2008), refiere que, en relación al agente de este delito, puede ser cualquier persona, sea hombre o mujer, en tanto, no se requiere una cualidad especial, puesto que incluso este delito puede llegar a ser consumado por el enamorado, novio, conviviente o esposo de la víctima.

C. Sujeto Pasivo

En el mismo sentido, el profesor Salinas (2008), precisa que el sujeto pasivo puede ser un hombre o una mujer, que tenga menos de catorce años como edad cronológica, no importando su desarrollo psicofísico, su capacidad de discernimiento, incluso si no es la primera vez que realiza este tipo de actos, no importando si ha tenido experiencias de tipo sexual, anteriormente, en mérito a que el Estado los protege de cualquier tipo de conducta que vulnere su indemnidad sexual.

En este extremo, el doctrinario Frisancho Aparicio (2019), refiere que se ha comprobado por medio de las ciencias que los adolescentes mayores de catorce años, han desarrollado sus órganos genitales y aparato reproductor, precisa que no necesariamente se da en menores mayores a esa edad, puesto que existen algunos que son

mayores a los doce años, que, por condiciones culturales, tienen un desarrollo diferente.

D. Bien jurídico protegido.

En relación a la concepción de este, los juristas Madrigal García y Rodríguez Ponz (2004), refieren que la doctrina a puesto de relieve al encontrarse este delito en el capítulo de delitos contra la libertad sexual, este respecto a los menores de edad, por un mero eufemismo ha pretendido mantenerlo como delitos contra la libertad sexual, sin embargo, al tratarse de delitos en agravio de menores de edad o incapaces, estos carecen de todo tipo de autonomía en relación a poder determinarse en el ámbito sexual, por lo que el bien jurídico sería la intangibilidad sexual o carnal o su seguridad sexual o su indemnidad sexual. En el mismo sentido, el profesor Peña Cabrera Freyre (2019), señala que el bien jurídico protegido, es la intangibilidad o indemnidad sexual, en el extremo de tutelar el normal desarrollo de la sexualidad, pues este se verá comprometido por la realización de relaciones sexuales prematuras, es por ello, que se prohíbe el ejercicio de la sexualidad, en la medida que pueden llegar a afectar por medio de estos actos, su normal desarrollo en su personalidad, produciendo alteraciones que perturben su equilibrio psíquico, el cual se llegaría a producir, debido a que estos no se encuentran preparados para sostener una relación sexual, debido a la ausencia de decisión por su minoría de edad,

conforme lo establece el ordenamiento jurídico.

El doctrinario, Prado Saldarriaga (2018), señala que este delito afecta la indemnidad sexual, la cual se encuentra reconocida y tutelada a favor de los niños y adolescentes, como absoluta por parte del Estado, prohibiéndose cualquier tipo de relacionamiento sexual con los menores, a pesar de que estos puedan llegar a inducir o consentir esta relación sexual, ante ello, se puede concluir que la protección del normal desarrollo sexual de los menores de catorce años, debe ser de una forma total, de cualquier tipo de ataque o conducta dañosa que pueda poner en peligro su protección.

Por su parte, Reátegui Sánchez (2016), plantea que la indemnidad sexual se fundamenta en el hecho de que los menores de edad no han alcanzado un grado de madurez suficiente para poder actuar de una manera libre en su sexualidad, y que estas si se realizan a una temprana edad, condenarían a una vida infeliz, pues destruyen la personalidad y generan un desequilibrio bio-síquico, asimismo, refiere que es entendida como el derecho que tienen los menores de culminar un normal desarrollo en el ámbito de su sexualidad, en ese sentido, este autor ofrece un concepto un poco diferenciado a los dos autores anteriores, pues contempla a la indemnidad sexual como la falta de desarrollo de los menores para decidir respecto a un acto sexual, alejándose de alguna forma de la edad cronológica que si bien se establece como tal, este plantea el desarrollo

psicosexual de la víctima.

E. Tipicidad Subjetiva

De la estructuración del delito se determina que la conducta realizada por el agente es de configuración dolosa, no cabe la posibilidad de ser un delito culposo, el profesor Salinas Siccha (2008), refiere que este dolo se puede representar en sus tres vertientes, como dolo directo e indirecto, cuando el agente a pesar de conocer la edad de la víctima, lleva a cabo el acto sexual, esto con la finalidad de satisfacer alguna apetencia sexual, en relación al dolo eventual, precisa que a pesar de que el agente se representa la posibilidad de que va a mantener una relación con una menor de catorce años, este no se abstiene y continua con la realización del acto sexual.

En la misma línea, el profesor Peña Cabrera (2017), refiere que la esfera cognitiva del dolo, se representa como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos típicos del tipo penal, en tanto, debe tener el conocimiento de que está manteniendo una relación sexual con una menor de catorce años, pues de presentarse un error en la edad de esta, se puede plantear la existencia de un error de tipo vencible o invencible según se cuente con la descripción de los hechos.

Pues bien, la tipicidad subjetiva entonces se confirma cuando se logra acreditar que el sujeto activo ha actuado con conocimiento y

voluntad de mantener relaciones sexuales con una menor de catorce años de edad cronológica.

F. Antijuridicidad

En esta categoría, por la misma naturaleza del delito de violación sexual de menor de edad, se hace imposible que en algún caso se fundamente la existencia de una causa de justificación, para la comisión del delito, debiendo considerarse antijurídico por la misma naturaleza de protección que presente este delito (Salinas, 2008). De esta manera, se determinará la existencia de una conducta antijurídica, en relación a este delito, cuando no existe alguna circunstancia que pueda justificar la realización del delito, es decir, el haber mantenido el sujeto activo, relaciones sexuales con una menor de catorce años.

G. Consumación

Este delito se consuma cuando el agente ha logrado acceder carnalmente, de una forma total o parcial al menor de catorce años, a pesar de haber existido una interrupción en la continuación del acto sexual, así como de un desistimiento posterior a la introducción parcial o total por parte del sujeto activo (Aparicio, 2019). Por otro lado, se precisa que es admisible la tentativa, cuando por circunstancias extrañas a la conducta desplegada por el agente, este no logra realizar la penetración a su víctima, circunstancias que se puede dar por la intervención de un tercero en la no ejecución del

delito, o por alguna circunstancia ajena al actuar del agente que haga imposible la penetración de la víctima, quedando este en grado de tentativa, hecho que de igual forma será sancionado.

2.2.8. El consentimiento de la víctima de violación sexual

Previamente es necesario definir qué es un consentimiento, respecto a esto Castillo (2004), precisa que este presenta cuatro características; la primera, entendida como la facultad que tiene cada persona, para disponer de bienes jurídicos propios, pero esta tiene como límite la vida y la integridad física; la segunda, relacionada a la capacidad de la persona para poder disponer de un bien jurídico, como es la capacidad civil, pues se necesita que este comprenda el resultado de sus conductas; el tercero, referido a que no debe existir algún vicio en la decisión de consentir la disposición de un bien jurídico, pues de presentarse este se tornaría en inválido; por último, se precisa que el consentimiento debe ser anterior a la comisión del delito, pues de ser posterior, este no tiene validez para justificar la conducta desplegada por el sujeto activo.

Ahora bien, respecto al delito de violación sexual, en su extremo de la libertad sexual, se precisa que el consentimiento de la víctima para la realización del acto sexual, por la misma naturaleza y estructura del delito, constituye una causa de justificación, en tanto de los elementos del tipo penal de violación sexual, el verbo rector obligar desaparece, pues se verifica que la víctima prestó su consentimiento para el acto

sexual, y al ser exigible para la consumación del delito, esta conducta se vuelve atípica, al excluirse la exigencia del delito (2008). Pues bien, en relación a este extremo, conforme se ha señalado por el autor, el bien jurídico libertad sexual, al ser disponible por su titular, cualquier acto sexual en el cual exista un consentimiento válido por parte de la víctima, conlleva a que este no sea considerado como delito, por falta de tipicidad, pues esta se encuentra contemplada dentro del ordenamiento jurídico como una manifestación de voluntad, por lo tanto, no es contraria a la prohibición expresa por el delito.

Sin embargo, cabe precisar que este consentimiento, es válido cuando la víctima es mayor de catorce años de edad cronológica, lo que convierte la conducta en atípica, esto no sucede en los delitos de violación sexual de menor de edad, en tanto estos no gozan de la facultad de decidir sobre relacionarse sexualmente con alguna persona, en ese sentido el jurista Juan Sprovio (1996), refiere que un menor de edad, carece evidentemente de capacidad jurídica, por lo que el agente o el que sostuvo relaciones sexuales con el menor, no puede alegar un consentimiento, puesto que este no tiene validez a pesar de acreditarse que el menor exteriorizó su consentimiento, en tanto, esta incapacidad de decisión no admite excepciones, esto se debe a que la víctima no está en condiciones de comprender el alcance de sus actos. Al respecto, de esta cita, se puede verificar que el consentimiento por parte de un menor de edad de catorce años, dentro del ordenamiento jurídico, no puede ser sustento para declarar un acto acorde a ley, o como

atípico, puesto que este consentimiento al ser dado por un menor de edad, no tiene validez, conllevando a sancionar al autor a pesar de que el menor preste su consentimiento.

De igual forma, el profesor Salinas Siccha (2016), precisa que el consentimiento por un menor de catorce años, es totalmente irrelevante, conforme ha sido desarrollado a nivel jurisprudencial, pues estos menores, no gozan de una capacidad plena para disponer de su libertad sexual, incluso este no puede ser utilizado para fundamentar una disminución de la pena en el autor del delito de violación sexual de menor de edad, dado que estos poseen indemnidad sexual, la cual al ser transgredida puede generar una afectación al normal desarrollo psicosexual de la víctima. En ese sentido, un menor de catorce años está prohibido de poder mantener relaciones sexuales con otra que tenga capacidad civil, pues esto genera una sanción en el autor.

En ese sentido, dentro del ordenamiento jurídico, se tiene la Sentencia 8-2012-PI/TC, en la cual se estableció que las relaciones sexuales realizadas por adolescentes mayores de 14 años, están exentas de responsabilidad penal, en tanto, pueden disponer de su libertad sexual, de lo que se deduce que, todo menor de 14 años, no puede sostener relaciones sexuales, ya que de hacerlo a pesar de que consienta el acto sexual, se sancionará a la persona con la cual practicó esta relación sexual. En ese entendido, a pesar de existir una diversidad de culturas, en el ordenamiento interno, la norma se aplica en todos sus extremos, y esto tiene como finalidad que se proteja la indemnidad sexual de los

niños y adolescentes, por cuanto, sostener relaciones sexuales prematuras, conllevará a afectar su normal desarrollo psicosexual.

Por otro lado, el profesor Nieves Solf (2018), en el extremo del error de comprensión culturalmente condicionado, saca a relucir una realidad innegable dentro de la sociedad peruana, respecto a la existencia de culturas en las cuales menores de catorce años, realizan prácticas sexuales con personas mayores que ellas, y estas no podrían ser sancionadas justamente porque estas personas por la cultura que manejan no pueden comprender la ilicitud de su conducta, como es el caso de la selva amazónica, respecto a los Asháninkas, en donde se da una unión sexual de parejas desde que la menor tiene su primera menstruación, circunstancia por la cual se vislumbra que la menor ya puede tener hijos. De esta cita, se puede determinar que va a existir casos en los cuales adolescentes, prematuramente realizarán actos sexuales o relaciones sexuales.

De esto, se puede concluir que, si bien existen bienes jurídicos protegidos disponibles, hay otros que no se pueden disponer por la edad del titular de estos derechos, pues de gozar de ejercicio civil, este podría consentir la vulneración de este bien jurídico, pero al no obtener la mayoría de edad, no podrá hacer uso de este derecho, como son el caso de los menores de catorce años, en los delitos de violación sexual de menor de edad, en donde se protege su intangibilidad o indemnidad sexual.

Respecto al consentimiento, se debe precisar que este se encuentra contemplado dentro del Código Penal, en el Art. 20, inciso 10, en el capítulo de eximentes o atenuantes de responsabilidad; en ese sentido, el profesor Pérez López (2016), hace un análisis preliminar, respecto a donde debe ser analizado el consentimiento de la víctima, pues existen dos posturas, una que determina que esta debe ser analizada en la categoría de la antijuridicidad, pues existe una renuncia acorde a la normativa, en la autodeterminación del beneficiario en la protección de sus bienes jurídicos, frente a la lesión o puesta en peligro, retrocede a la prohibición expresa por la norma; es decir, el titular del derecho renuncia a su protección, lo que conlleva a una justificación de la conducta desplegada por el infractor, por otro lado, analiza la postura de que el consentimiento debe ser considerado dentro de la tipicidad, en tanto, el individuo tiene libertad en relación al libre desarrollo de sus bienes jurídicos, en ese sentido, planea que de existir un consentimiento no existiría una lesión del bien jurídico, pues no afecta su libre desarrollo, sino es parte de la manifestación, considerándose la libertad de disposición, como el desarrollo personal de cada individuo, por lo que, de comprobarse un consentimiento por parte de la víctima en la realización del delito, esta conducta se convertiría en atípica, logrando en algunos casos la exención de la pena, o en su defecto la atenuación. Por otro lado, el autor refiere que el consentimiento solamente puede ser utilizado en bienes jurídicos personalísimos, y con posibilidad de disposición, en tanto los bienes jurídicos colectivos, no pueden ser

plausibles de consentimiento, pues directamente afecta a toda la colectividad o el Estado, además, refiere que existen circunstancias especiales en donde el consentimiento no tiene validez, como son el caso de delitos de violación sexual de menor de edad, donde la propia normativa prohíbe su conducta, y esta, a pesar de realizarse con el consentimiento del menor, es meritoria de sanción penal. Lo descrito por el autor permite inferir que el consentimiento adquiere validez siempre y cuando se realice por una persona con capacidad de ejercicio, asimismo, que el bien jurídico afectado se encuentre como un bien jurídico personalísimo, y sobre todo que sea apreciable como disponible, pues de no ser así, en todos los casos se sancionará al autor del hecho delictivo.

2.2.9. La responsabilidad restringida por la edad desde la Constitución.

La responsabilidad restringida, es una institución jurídica que se encuentra prevista en el Art. 22 del C.P., del cual se puede deducir que existirá una reducción en la pena que establece un delito en su estructura típica, cuando el hecho es realizado por una persona que se encuentra en la edad etaria de 18 a 21 años o más de 65 años de edad cronológica, siendo que para el presente caso, solamente nos centraremos en la referida a la edad 18 a 21 años, figura jurídica que es contemplada con sus respectivas excepciones, siempre que se tome en cuenta la condición del agente y el delito cometido.

Respecto a la responsabilidad o capacidad penal, el jurista Vicente Manzini (citado por Jiménez de Asua) (2005), plantea que para que un hombre sea capaz de asumir la imposición de una pena, debe reunir determinadas condiciones; tales como, que presente una capacidad de conducirse socialmente; es decir, que pueda responder en la vida política del hombre, que disponga en su psiquis de un mínimo de representaciones para una valoración social, que esta sea de una forma ordinaria y en una velocidad acorde, que estos impulsos respondan a su voluntad y que este no sufra de ninguna anomalía, que en términos más claros, sería el hecho de que la persona adquiriera un grado de madurez que le permita entender las consecuencias negativas que contempla la comisión de un delito. En igual sentido, el jurista Cury Urzúa (2020), precisa en relación a la culpabilidad del autor, que esta debe presentar una proyección en su psiquis respecto al hecho acaecido, que esta forme parte de la capacidad de auto determinarse, es por eso, que en circunstancias en donde no se ha dado un desarrollo completo en la salud mental del autor, la imputabilidad se encuentra disminuida, de esto se aprecia, que van a existir situaciones en las que una persona que ha formado parte de la comisión de un delito, no ha logrado su desarrollo pleno de sus capacidades, pues no ha logrado satisfacer su capacidad de entendimiento, respecto al delito cometido, debiendo tenerse en cuenta esta circunstancia al momento de determinar su imputabilidad o sanción, la cual se encontrará reducida, y esta se debe expresar al momento de la imposición de la pena.

En el derecho Interno, se tiene el Recurso de Nulidad N.º 993-2012-Lambayeque, el cual en su fundamento sexto, precisa que el beneficio de la responsabilidad restringida por la edad, no se aplica en los casos de violación sexual de menor de edad, por existir una prohibición expresa en el Art. 22 del C.P., sin embargo, esta prohibición vulnera el principio de igualdad, pues el sustento que precisa el Código, no es suficiente para acreditar que en estos casos no se debe aplicar este beneficio a todos los procesados, al margen del delito cometido, en tanto, esta no va destinada al tipo de delito cometido, sino por el contrario a las condiciones personales del procesado, en la posibilidad de poder atribuirle el reproche de culpabilidad, de esto se puede inferir que no importa el delito cometido, si el sujeto es mayor de 18 años y menor de 21 años, pues se le puede reducir la pena, acorde a lo establecido en el Art. 22 del C.P., que plantea una reducción en la pena por el delito.

2.2.10. La resocialización del condenado desde la Constitución.

La resocialización, es un principio de las personas que han sido sentenciadas por la comisión de un delito, y ésta tiene como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en tanto, así como los demás derechos fundamentales, se encuentra consagrada en la C. Política del Perú, en el Art. 139, literal 22, dentro de los principios y derechos de la función de la jurisdicción.

En el mismo sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su Art. 5, literal 6, fundamenta que las penas privativas tienen como finalidad la readaptación social de los condenados.

Respecto a este principio, García Ramírez (1990), indica que este es conocido como readaptación social, y este plantea que existe una contradicción en su aplicación, pues es ilógico que se pretenda lograr una libertad utilizando la reclusión, precisa que este principio ha tenido diversas definiciones, tales como; rehabilitación, repersonalización, reinserción, regeneración, entre otros, pero que ninguno de ellos, se plasma en la concepción de readaptación social, la cual es entendida como un cambio en el sentenciado, buscando una nueva adaptación, esta se lograría por medio de dos factores, el primero, en relación a una medicina espiritual, la cual es entendida como una facultad que tiene el individuo de conseguir la nueva adaptación, y la otra un tanto externa, como un factor conciliador entre la sociedad y el infractor. En ese sentido, el autor precisa que la readaptación no puede ser equiparada como como una conversión, sino por el contrario solamente se busca que el transgresor pueda adecuar su conducta a lo previsto por el ordenamiento vigente.

Por otro lado, el doctrinario Künsemüller (2001), en el desarrollo de este principio, cita una interesante frase, en el sentido de que el pensamiento de la resocialización podría ganar muchas batallas, pero ya había perdido la guerra, frase que fue realizada por Karl Peters, la cual encuentra su ilustración cuando la pena ha contemplado diferentes

finalidades, entre las cuales eran la retributiva que solo se fundamentaba en la imposición de un castigo al individuo infractor como un castigo, por otro lado y la que más ha recibido críticas, la preventiva, la cual no solo busca la imposición de un sanción, sino que esta pena también cumpla fines en la sociedad y en el individuo, la cual en su dimensión de prevención especial, ha recibido más ataques o rechazos, en tanto, en este extremo se plantea la resocialización de la persona, a través de su reeducación y reinserción social, refiere también que es muy común escuchar por parte de personajes públicos u organizaciones políticas, que las penas deben lograr una finalidad socialmente útil, enseñando a trabajar o educar a los penados, sin embargo, estas mismas personas son las que en un acto enfurecido buscan que se contemple en algunos casos la pena de muerte o la cabeza del culpable, esto con el fin de proteger a la sociedad, por lo que comprueba que esta finalidad resocializadora ha quedado sin vigencia en su utilidad y aplicación.

2.2.11. Visión de las ciencias de desarrollo humano respecto a la integridad sexual

En concordancia a este tema, el psicoanalista Freud (citado por Gregorio Bustamante), refiere que los niños desde el comienzo de su vida, son seres sexuales, pues tienen una inclinación a factores que tienen que ver con su sexualidad, señala que un ejemplo respecto a ello, se verifica en la succión que realizan los niños, esta es entendida

como un sentimiento de sexualidad, equivalentes a los comportamientos de los adultos, incluso estos se pueden reflejar en intensos y agresivos respecto a un deseo oral-agresivo, por otro lado, explica que las contenciones de las heces y el interés del niño sobre estas, es un reflejo de placer en la región anal. En el mismo sentido, al comentar lo referido por el profesor Freud, precisa que el desarrollo sexual no es una etapa que aparece mágicamente en los niños, sino por el contrario se trata de un proceso biológico, en el cual existe un desarrollo embrionario primario y madurativo, así como un desarrollo hormonal u andrógeno, que es perfectamente demostrable. Asimismo, refiere que la experiencia sexual entre los adolescentes de 13 años es bastante frecuente y extendida hoy en día y aun antes, pues existen niños que comienzan esta actividad desde los 10 años, esto se debe a que cada día los niños más pequeños tienen mayor información sexual a su alcance, incluso hasta clases de educación sexual. Así también, refiere que este aprendizaje temprano se vincula a las posibilidades placenteras de masturbación, pues los niños y niñas descubren del placer corporal un aumento en su conocimiento sexual, considerablemente, incluso es común que tengan fantasías sexuales, esto conlleva a que cada día participen más activamente en el conocimiento de su sexualidad (Gregorio, 2004).

Respecto a ello, se puede deducir que los estímulos sexuales se dan desde el comienzo de la existencia del ser humano, pues se refleja desde la succión del pecho de la madre, por parte del bebé. La cual se

vincula con una satisfacción oral por este, en la misma línea, existen sensaciones de placer, al momento de contener las heces o ensuciarse con las mismas, las que se relacionan con una sensación de satisfacción anal; adicionalmente, refiere que el desarrollo sexual es un proceso de etapas en cada niño que puede variar según las circunstancias de su ambiente de desarrollo, que incluso en la actualidad ésta se está dando prematuramente, pues existe un acceso amplio por parte de los menores a la información de contenido sexual, que hace despertar estímulos prematuros que inciden en su desarrollo y decisiones de connotación sexual.

Por otro lado, el autor fundamenta que en relación a los menores que se encuentran dentro de la edad de 12 años, existe una gran diferencia en el desarrollo de las niñas, pues estas van más adelantadas que los varones, asimismo, refiere que, a la edad de doce años, la mujer joven puede llegar a alcanzar un 95% de su estatura adulta, manifestándose claramente los caracteres sexuales, con el inicio de la menstruación, respecto a los adolescentes varones, precisa que les comienza a interesar el sexo opuesto, formando parte de su manifestación de su sexualidad, la masturbación, la cual se realiza de una forma habitual. Por otro lado, señala que la evolución de la adolescencia abarca desde los 12 y 13 años, hasta los 18 años, donde la primera etapa se da hasta los 16 años, en la cual las mujeres ya han tenido su primera menstruación y los varones su primera eyaculación, siendo señales de que las funciones reproductivas están listas.

Respecto a este planteamiento, el pediatra Silva Sarmiento (2015), refiere que se habla de pubertad precoz, cuando existen signos de desarrollo de madurez en el aspecto sexual, esto se debe a una activación prematura del hipotálamo hipofisiario-gonadal, la que se define como una expresión pulsátil de la hormona liberadora de gonadotropina, la cual se da antes de los ocho años en las niñas y de los nueve años en los niños, estas hormonas son la fuerza que impulsa los cambios en la pubertad precoz central. En ese mismo sentido, en el Recurso de Nulidad 415-2015/Lima Norte, se precisa que la sexualidad se divide en estadios o etapas, en un primer término se tiene la latencia, la cual dura desde los seis años de edad hasta la pubertad, en este periodo, el niño o niña, reprime los impulsos sexuales de su edad hasta la pubertad, en tanto dedica su tiempo y energías al aprendizaje y actividades físicas y sociales, luego de ello, se tiene la etapa de genita, la cual empieza con la pubertad, y en esta etapa se da la maduración sexual, en donde la persona joven busca estimulación y satisfacción sexual, siendo la adolescencia el periodo de transición entre la niñez y la vida adulta durante el cual acontece la maduración sexual.

2.2.12. Doctrina en el Derecho comparado

En el C.P. de Argentina, se estipula en el Art. 119, el delito de abuso sexual, y este contempla como edad límite la de 13 años, señalando que, si la víctima tiene más de esa edad, y media un consentimiento, esta conducta no sería delito, pero por el contrario si la edad de la

víctima está por debajo de los 13 años, no importa el consentimiento, igual se configura el delito.

Por otro lado, el C.P. de Uruguay, en su Art. 272-BIS, sanciona el acceso carnal con personas que son menores de 15 años, sin embargo, plantea que cuando se trate de relaciones sexuales consentidas entre un menor mayor de trece años y una persona que sea mayor en 8 años a la edad de la víctima, esta conducta no será sancionada, por lo que se podría inferir que la edad límite en estos casos es de trece años, en tanto, de presentarse un consentimiento, no existiría delito.

Por otro lado, en el C.P. de Costa Rica, en el Art. 159, se sanciona las relaciones sexuales que mantiene un menor que se encuentra en la edad de 13 a 15 años, con el consentimiento de la víctima, pero la sanción es de dos a seis años de pena privativa de libertad, por lo que si bien, existe una sanción, esta sanción tiene en consideración el consentimiento por parte de la víctima, pues la pena aplicable es leve, en relación al C.P. Peruano, en el cual la sanción es de cadena perpetua, y no se tiene en cuenta el consentimiento de la víctima.

Por otro lado, en el C.P. de México, se sanciona cualquier conducta realizada con un menor de 15 años de edad, a pesar de existir su consentimiento, pero la pena que contempla es de seis a trece años de prisión, de esto se puede deducir, que, si bien no se toma en cuenta el consentimiento como un factor de disminución, la pena aplicable es menos de trece años.

Sin embargo, en el resto de países de América del Sur, la edad para tener en cuenta el consentimiento de la víctima como un caso de atipicidad o la no comisión de delito oscila en 14 años, edad que se plantea como determinante para que un menor pueda entender y conocer un acto sexual, o relacionarse sexualmente con otras personas, y no se vea afectada su integridad sexual, o conforme se ha estado detallado en la presente investigación, su intangibilidad sexual en protección absoluta al bien jurídico de indemnidad sexual.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación tuvo como hipótesis: “Los fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte años en los delitos de violación sexual de menor de edad, de agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años, con existencia de consentimiento potencialmente válido, son: a) Optimización del principio de proporcionalidad y sus sub principios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto) al momento de determinar la pena; b) Concretización del principio de merecimiento y necesidad de pena; c) Valoración del principio de lesividad del bien jurídico protegido; d) Materialización de la dignidad de la persona humana; e) Concretización del derecho de resocialización del condenado, la misma que responde al problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular una pena privativa de la libertad no menor de cuatro y no mayor de veinte años en los delitos de violación sexual de menor de edad, de agente con responsabilidad restringida y víctima entre 12 y menos de 14 años con existencia de consentimiento potencialmente válido?

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron los métodos generales deductivo, inductivo, pues en un primer momento se partió de conceptos del delito de violación sexual de menor de edad, para luego centrarnos en casos específicos, en los cuales se encuentran conductas diferentes a la razón de ser de este delito, pero que se sanciona con el mismo tipo penal, asimismo de casos específicos que se encuentran dentro de la jurisprudencia, para llegar a la generalidad del delito de

violación sexual de menor de edad.

También, se emplearon el método dogmático, puesto que se analiza el problema planteado a través de las fuentes formales del ordenamiento jurídico, como la ley, la doctrina y la jurisprudencia, así como la utilización del derecho comparado respecto al delito de violación sexual de menor de edad, y los principios que regulan el D.P., así como los derechos fundamentales del ser humano a fin de plantear una pena diferente a la de cadena perpetua en estos casos diferenciados. Asimismo, se hace uso del método argumentativo, puesto que se proporciona los objetivos necesarios para fundamentar una posición, que, en el presente caso, es la proporcionalidad de la sanción penal, en los delitos de violación sexual de menor de edad en la legislación peruana.

3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. Análisis del fundamento jurídico que justifica la dignidad de la persona humana como fin supremo del Estado Constitucional de Derecho en relación a la regulación a la pena privativa de libertad

En la presente investigación, como primer objetivo, se propuso analizar la justificación de la dignidad humana, en la regulación de la pena privativa de libertad; en mérito a ello, se consideró que la dignidad de la persona humana, enraíza uno de los fundamentos más importantes de un Estado Constitucional de Derecho, pues este constituye uno de los elementos necesarios para lograr un desarrollo óptimo del ser humano, claro está, dentro de un ámbito social, compatible este al normal

desarrollo y desenvolvimiento del ser humano, en tanto, se consideró que dentro de un estado de normas y reglas, que formen parte del desarrollo de una persona, la dignidad humana contempla la posibilidad de lograr que cada acto o restricción realizada por una persona que afecte a un tercero, sea sancionada o contenida acorde a este derecho fundamental, pues con este se logra su debido desarrollo dentro de una sociedad.

Pues bien, dentro del ordenamiento jurídico interno, en el artículo uno de la Constitución Política del Perú, se establece que el fin supremo de la sociedad y del Estado, es la dignidad de la persona, por otro lado, en el derecho internacional, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce esta y la protege, dentro de los cánones principales para el desarrollo del ser humano, en cada diversidad de la sociedad, es por ello, que todo conjunto de normas deben ser dirigidas para la debida protección de la dignidad de cada ser humano, puesto que este conforme se establece, es la esencia de protección en cada ordenamiento jurídico.

Respecto a este concepto, el doctor Carlos Sessarego, precisa que la misión fundamental del derecho es proteger la libertad de cada persona a fin de lograr su realización humana integral en armonía con el interés social (2005); en ese sentido, este fin se debe plasmar dentro de la protección del bloque de derechos fundamentales de cada ser humano, en vista a la posibilidad de realización personal, teniendo en

consideración también, que no se deben dejar de lado sus deberes, puesto que si esta rebasa los límites que sus derechos le confieren, afectando a un tercero, esta conducta debe ser sancionada acorde a la necesidad de garantizar el desarrollo integral del ser humano.

La persona humana, debe ser entendida como el fin de la protección del derecho, conforme se ha desarrollado previamente, pues este no puede ser considerado como un medio para lograr un fin; es decir, la persona, no puede llegar a ser instrumentalizada sino por el contrario debe ser protegida, sin la necesidad de ser instrumento, pues este por su misma razón de ser, merece protección de todo cuerpo normativo. Pues bien, en los casos donde este se vea afectado o se extralimite en función a los derechos amparables, en relación a la protección de derechos colectivos o individuales de terceras personas, la sanción impuesta al transgresor, debe alcanzar dos vertientes, la primera respecto a la satisfacción o renovación del derecho afectado al estado anterior, y por otro lado, una sanción a la persona que se hizo merecedora de esta, pues así, se lograría el respeto en ambos lados, por la dignidad del ser humano.

Siendo así, se debe tener en cuenta que existen tipos de sanciones, que en esta investigación se han centrado a la pena privativa de libertad, en tanto, dentro de los alcances del delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173 del Código Penal, se establece que la sanción dirigida a la persona que comete este hecho,

será de cadena perpetua como pena privativa de libertad efectiva, motivo por el cual se ha podido establecer que esta sanción es la más drástica dentro de todo el ordenamiento jurídico, puesto que, conllevará a un encierro perpetuo, que si bien, se puede examinar al sentenciado cada 35 años, esta posibilidad no determina que será liberado en este plazo, incluso no será aplicable a todos los casos.

Por otro lado, se precisa que la dignidad de la persona humana, es uno de los fundamentos más importantes de un Estado Constitucional de Derecho, pues constituye uno de los elementos necesarios para lograr un desarrollo óptimo del ser humano, dentro de un ámbito social, compatible al normal desarrollo y desenvolvimiento de este, motivo por el cual en la presente investigación, se ha consagrado que la dignidad de la persona, también debe ser amparada al momento de buscar una sanción acorde o proporcional al delito cometido, en tanto, al respetarse este derecho, se estaría considerando la dignidad de la persona, como un fin supremo de la constitución.

El Tribunal Constitucional, ha precisado que la dignidad de la persona humana, constituye un valor y principio constitucional; es decir, esta es considerada como un pilar del derecho, pues esta es contemplada en el desarrollo de los demás derechos de las personas, por lo que se prohíbe que sea interpretada como un mero objeto del poder del Estado, o esta sea utilizada como un tratamiento instrumental, por otro lado, precisa que la dignidad viene a ser un dínamo de los derechos

fundamentales, por ello es considerado como un páramo fundamental para el Estado y la sociedad, como parte de sus actividades, siendo esta la fuente de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la dignidad se proyecta no solo como un mecanismo negativo o de defensa ante cualquier autoridad que afecte este derecho, o algún particular, sino también fundamentalmente como un principio positivo, respecto a las actuaciones para el libre desarrollo de la persona y sus derechos, conllevando de esta forma, al respeto de los derechos fundamentales de cada persona, para un correcto desenvolvimiento dentro de una sociedad (fundamento jurídico cinco, Exp. N.º 10087-2005-PA/TC)

Se ha evidenciado en nuestra investigación, que la dignidad del ser humano es el principio base para que una persona pueda encontrar un normal desarrollo en una sociedad. Por tal razón, Peces Barba, precisa que es un conjunto de criterios que organizan la sociedad, apoyados en los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad; dicho fin, se fundamenta cuando los individuos pueden autónomamente desarrollar su ética privada (2008). Por otro lado, entiende que esta permite justificar la idea integral de los derechos, entendida como el instrumento que sirve para limitar el poder, pero también para compartirlo y para exigir de él una actuación promotora de los derechos, considerándose que el ser humano tiene dignidad, puesto que es libre, estando facultado para el perfeccionamiento en el ejercicio de sus derechos implícitos y explícitos, contenidos en la C. Política del Perú.

Se advirtió también, durante la investigación, que en nuestra sociedad este principio se ve quebrantado, si nos referimos únicamente, a las penas y formas de castigo que se impone a determinados delitos, como es el caso de la violación sexual de menor de edad, en donde en hechos como los que se han logrado evidenciar en la presente investigación, se sanciona esta conducta con cadena perpetua, he incluso se prohíbe que el investigado se someta a una salida alternativa de simplificación procesal como es una terminación anticipada o una conclusión de juicio. Por su parte, Nogueira (2010), precisa que la dignidad humana, es parte de todas las personas y señala que estas no pueden ser tratadas de manera indigna, por más vil que hubiese sido el comportamiento, hecho, circunstancia o delito cometido, lo que en la realidad peruana no se estaría dando, incluso a pesar de haberse demostrado que existe una pena o sanción desproporcional en los casos expuestos en la presente investigación.

A modo de colofón, en este objetivo en análisis se logró determinar que la dignidad es el fin de la protección del derecho, pues este no puede ser considerado como un medio para lograr un fin; es decir, la persona, no puede llegar a ser instrumentalizada sino por el contrario debe ser protegida, pues este por su misma razón de ser, merece la protección, de todo cuerpo normativo.

3.1.2. Explicación de la optimización del principio de proporcionalidad como sustento jurídico para imponer una pena privativa de libertad no menor de 4 y no mayor de 20 años en los delitos de violación sexual de menores de más de 12 y menos de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida

En el mismo sentido, el segundo objetivo, tuvo como finalidad determinar si la pena o consecuencia jurídica, deviene en proporcional en los delitos de violación sexual de menor de edad, cuando esta es de cadena perpetua. Al respecto, hemos podido verificar, preliminarmente, teniendo en cuenta los demás principios del Programa Penal Constitucional, que conforme se ha desarrollado, el principio de dignidad humana, constituye una barrera o límite, inminente, que busca proteger al ser humano, de cualquier trasgresión que busque desconocer, suprimir, degradar, o desnaturalizar este fin supremo de protección; en ese sentido, se ha logrado determinar que el principio de legalidad es el encargado de contemplar el primer parámetro de protección, pues este establece que una conducta sea considerada como delito y es por medio de este que se impone una sanción, en tanto, de no existir la norma prohibitiva, ésta no podría ser sancionada, circunstancia que debe estar vigente al tiempo de su comisión, pues de no estar contemplado como delito, no podría ser sancionada, de ahí la importancia de este principio, pues radica en que sin este no podría sancionarse ningún delito, por un lado es una forma de protección y por

otro lado es el sustento de la imposición de una consecuencia jurídica a una conducta que afecta a un individuo o individuos en la esfera de protección de sus derechos.

Pues bien, se ha logrado verificar que el Principio de Subsidiariedad es entendido como una forma de control social, pues este, es el último medio de control formal, dentro del cual se encuentra contenido el Principio de Ultima Ratio, el cual señala que el derecho penal solamente debe intervenir cuando los otros medios de control formal e informal han fracasado (Arias, 2002). Es así, que en esta investigación, se ha logrado determinar que en los casos de violación sexual de menor de edad, se sustenta una sanción máxima de privación de libertad, puesto que el bien jurídico protegido, es el de la indemnidad sexual, siendo uno que requiere una protección completa, respecto a la afectación o daño que produce este delito, pues debe aplicarse una amenaza penal a las afectaciones más graves, sin embargo, este tipo penal no debe ser interpretado de una forma literal, sino también verificar la concurrencia de otros factores, como en nuestra investigación, en relación a la existencia de casos diferenciados, en donde puede existir diversas circunstancias, como responsabilidad restringida en el autor, o factores que denoten una mínima afectación a la víctima o al bien jurídico protegido.

Por otro lado, se ha logrado verificar que el principio de proporcionalidad, tiene un fundamento propio y se encuentra referido a

maximización de la libertad, en tanto la limitación que produce la imposición de una pena, solo puede encontrar sustento cuando se impone una medida o sanción punitiva proporcional, respecto a lo que se pretende proteger; en ese sentido, se ha logrado demostrar que la pena de cadena perpetua, encuentra sustento de aplicación, siempre que se desencadene la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, respecto a todos los elementos del tipo objetivo, sin embargo, para nuestra investigación, se tiene en cuenta que esta sanción que contempla una sanción perpetua de encarcelamiento, no deviene en proporcional, puesto que no cumple principalmente con la resocialización del sentenciado, y por otro lado no cumple con lograr una correcta resolución del conflicto planteado.

Así pues, al momento de aplicar un test de proporcionalidad, relacionado a determinar la idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad propiamente dicha, en los casos de violación sexual de menor de edad, y la imposición de una pena privativa de libertad de cadena perpetua, cuando se presentan casos excepcionales, o diferenciados, hemos llegado a verificar al momento de aplicar el referido test, lo siguiente; en primer término se define los dos derechos constitucionales que se contraponen en el presente test, los cuales serían; por un lado, la libertad personal del sentenciado producto de la comisión del delito, y por el otro, el acceso al derecho a la justicia, logrando una sanción al sentenciado, de ese modo, se logró verificar

que la imposición de una pena de cadena perpetua, deviene en desproporcional, puesto que, si bien, la imposición de una pena privativa de libertad, es idónea para tutelar el derecho de la víctima, y a su vez es necesaria puesto que logra que la víctima encuentre una respuesta emitida por el Estado, ésta en los casos diferenciados es desproporcional, al no cumplir y lograr ningún fin, por el contrario, la imposición de una pena que se encuentre dentro de los parámetros establecidos desde cuatro años a veinte años, conforme se ha sustentado en la presente investigación, resulta más conveniente, pues se logra los fines de la sanción, y por ende, la posibilidad de resocialización del sentenciado, y también la protección de los derechos de la víctima, en tanto, se logrará una sanción de conformidad al hecho cometido.

3.1.3. Análisis de la aplicación del principio de merecimiento y necesidad de pena como base para evaluar la privación de libertad entre 4 y 20 años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida

Por otro lado, en el tercer objetivo se desarrolló, lo referente al principio de merecimiento y necesidad de pena, en donde en nuestra investigación, hemos llegado a identificar que el derecho penal, por medio de la imposición de penas privativas de libertad, solamente debe intervenir en las formas más graves e insoportables de lesión que debilitan la confianza en la norma y ponen en peligro la convivencia

pacífica; por ejemplo, en nuestra investigación, se ha podido concluir que la pena de cadena perpetua debe ser aplicada en todos sus términos, cuando se comete un delito de violación sexual de menor de edad, sin presentarse las características de un caso diferenciado, puesto que al ser una conducta totalmente reprochable dentro de nuestra sociedad, y con carácter de protección internacional, debe sancionarse drásticamente, sin embargo, cuando no nos encontremos en estos supuestos la pena debe ser aplicada teniendo en cuenta los parámetros establecidos en nuestra investigación.

Ahora bien, se ha contemplado que la pena privativa de libertad, conforme se ha investigado, debe iniciar en cuatro años, pues conforme al ordenamiento jurídico, se tiene que para la fecha de inicio de la investigación, uno de los presupuestos de la prisión preventiva, era que la pena sea superior a cuatro años, y esto se relacionaba al catálogo de delitos que son considerados como graves, y por ende necesitan una protección más concreta al momento de buscar una plena sanción para estos delitos, que si bien, con fecha 22 de noviembre de 2023, por medio del Decreto Legislativo N.º 1585, este presupuesto requiere que la pena sea superior a cinco años, dentro de la investigación, consideramos que debe mantenerse en cuatro años, conforme se ha propuesto, pues esta pena es la que debe ser considerada al momento de plantear una sanción acorde a la normativa.

Por otro lado, se ha consolidado contemplar una pena máxima de veinte años de pena privativa de libertad, y esto se ha tomado del artículo 170 del Código Penal, que si bien no es respecto a menores de edad, este es el tipo base para la sanción de un delito de violación sexual, en el cual se verifica de la lectura del texto, la gravedad del delito y la forma de comisión, que si bien no se dan en la presente investigación, estos extremos punitivos que hemos considerado dentro de este trabajo, es en busca de una sanción acorde al hecho materia de análisis, relacionado a la posibilidad de plantear una pena acorde a un acto presunto de violación sexual, cuando existan casos diferenciados, con lo que se logrará imponer una pena proporcional por el daño causado.

3.1.4. Justificación de la aplicación del principio de lesividad en la necesidad de imponer una pena privativa de libertad entre 4 y 20 años en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida

En el mismo sentido, como cuarto objetivo se ha analizado el principio de lesividad, el cual precisa que la imposición de una sanción penal, requiere que la conducta incriminada haya lesionado un bien jurídico, esto por justificar una pena en relación al daño que se causa a una persona, si bien, en esta investigación se precisa que el bien jurídico es la intangibilidad sexual o la indemnidad sexual de una menor, para nuestra investigación también, se ha determinado que existen casos diferenciados, donde la edad de la víctima deviene en un segundo

plano; es decir, se analiza la posibilidad de que una menor entre doce y catorce años, pueda decidir respecto a la posibilidad de mantener relaciones sexuales con otra persona, que puede ser menor de edad, o para nuestra investigación, estar dentro de los alcances de la responsabilidad restringida, respecto al intervalo de 18 a 21 años, que contempla el código penal, donde producto de la relación sexual potencialmente consentida, sea posible la no vulneración del bien jurídico protegido, puesto que al no existir directamente una acción que afecte a la víctima, esta logra contemplar una sanción proporcional al hecho realizado, si bien el bien jurídico se ve afectado con la sola introducción del pene, algún objeto o parte de su cuerpo a la víctima, dentro de su cavidad vaginal, anal o bucal, se debe tener en cuenta que al no existir una afectación a esta, este bien jurídico no logra una afectación plena, o un daño a la víctima, por lo que, debería ser tomada en cuenta al momento de sustentar una sanción.

Dentro de nuestra investigación también, ha sido posible analizar diversas resoluciones emitidas, una de ellas, y la más importante en relación al inicio de la presente investigación, es la casación 335-2015 del Santa, la cual fue considerada como doctrina jurisprudencial vinculante, respecto a la posibilidad de imponer una sanción diferente a la que contempla el código penal, y fue la que tomó como requisitos para la disminución de la pena, los siguientes parámetros: a) Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual; b) Proximidad de

la edad del sujeto pasivo a los catorce años; c) Afectación psicológica mínima de la víctima y d) Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo”, los cuales fueron utilizados para plantear en casos diferenciados una pena acorde al hecho consumado, puesto que conforme se ha verificado en nuestra investigación, estamos ante una realidad en la cual los y las menores de edad, alcanzan una madurez temprana en el ámbito de su sexualidad, siendo posible que estas accedan libremente a mantener relaciones sexuales, lo que conlleva en algunos casos a la comisión del delito analizado, encontrando sustento nuestra investigación, por otro lado, por medio del Pleno Casatorio N.º 1-2018/CIJ-433, como doctrina vinculante, se dejó atrás la casación del Santa 335-2015, señalando los siguientes argumentos: a) El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales; b) Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos) del Código Penal y del Código Procesal Penal; c) No son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”. Éstos no se corresponden con las

exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior y d) La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria.

Es así, que de alguna forma se anula la posibilidad de poder lograr una sanción diferente a la establecida en el Código Penal, en relación al delito de violación sexual de menor de edad, cuando se trata de casos diferenciados, siendo así, se ha verificado que en el ordenamiento jurídico, se contempló una salida respecto a la posibilidad de buscar en un conflicto con intereses diferidos, una sanción acorde al hecho acaecido, ahora bien, se precisa que esta casación del Santa 335-2015, al margen de que se extralimitaron en relación a la existencia de atenuantes diferentes a las establecidas en el Código Penal, uno de los motivos fuertes fue que el juez a cargo de la sentencia fue César José Hinostroza Pariachi, que luego de que salieran los audios que lo vinculaban a actos de corrupción, se emitió el acuerdo plenario anteriormente referido, pues en uno de los audios se hablaba de la sanción que se le iba a imponer a una persona por delito de violación sexual, motivo por el cual se dejó sin efecto vinculante a esta casación. Si bien, en esta sentencia se extralimitaron en las funciones respecto a

la sanción impuesta, encontramos que fue el primer paso que de alguna forma planteó una respuesta para lograr una sanción en casos diferenciados, acorde a nuestra investigación.

Ahora bien, este no fue el único modo por el cual la Corte Suprema buscó, establecer una pena diferente a la que establece el código, pues por medio del Recurso de Nulidad N.º 761-2018/APURÍMAC, emitida por la Corte Suprema de la República, que tiene como ponente al doctor César San Martín Castro, se planteó una salida diferente a lo ya establecido, pues introduce dentro del cálculo de la determinación de la pena a un principio fundamental, como forma de atenuación de pena, como es el caso del Interés Superior del Niño, pues en este caso, se valoró los siguientes preceptos: a) Relación convivencial estable; b) soporte familiar (pues en este caso tenían el acusado y la agraviada, dos menores hijos), c) El imputado es quien asume la responsabilidad económica del hogar y d) confesión sincera, lo que motivó la imposición de una pena diferente a la esperada por el Código Penal, permitiendo con ello, plantear una salida alternativa cuando se tengan casos diferenciados.

En el mismo sentido, es necesario precisar que por medio del XII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112, se precisó en el fundamento 50 y 51, lo referente a la reducción por bonificación procesal supra legal del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en donde, se

planteaba la posibilidad de reducir hasta en un cuarto (1/4) la pena concreta aplicable a cualquier caso, en donde se acredite que existe una familia formada por el sentenciado o sentenciada y por un niño, niña o adolescente, que haya nacido producto del delito incriminado o que no tenga otro tutor, o progenitor, o persona a cargo de su manutención; como segundo punto, que el sentenciado o sentenciada se encuentre a cargo de la manutención o cuidado de dicho menor, que ello esté suficientemente acreditado y que no exista otro integrante familiar o persona, que pueda sustituirlo; y por último, que el sentenciado o sentenciada haya formado un hogar estable y de él o ella dependa la alimentación y cuidado del mismo. Pues bien, de lo anteriormente vertido, se puede verificar que se ha tenido en cuenta circunstancias similares al Recurso de Nulidad N.º 761-2018/APURÍMAC, que si bien, luego de la publicación de este acuerdo plenario, se publicó una aclaratoria dejando sin efecto estos dos fundamentos, de ello, podemos verificar que existe dentro de nuestra legislación por parte de los operadores de justicia, la necesidad de poder resolver los casos de violación sexual de menor de edad, cuando se tratan de circunstancias que ofrecen apartados diferenciados, la imposición de una pena diferente al de cadena perpetua, lo que también se pretende realizar en el presente trabajo de investigación.

Por otro lado, es menester citar el derecho comparado, pues este problema no solo irradia en el Perú, sino en otros, siendo el caso, que

en el C.P. de Argentina, se estipula en el Art. 119, el delito de abuso sexual, y este contempla como edad límite la de 13 años, señalando que, si la víctima tiene más de esa edad, y media un consentimiento, esta conducta no sería delito, pero por el contrario si la edad de la víctima está por debajo de los 13 años, no importa el consentimiento, igual se configura el delito.

Por otro lado, el C.P. de Uruguay, en su Art. 272-BIS, sanciona el acceso carnal con personas que son menores de 15 años, sin embargo, plantea que cuando se trate de relaciones sexuales consentidas entre un menor mayor de trece años y una persona que sea mayor en 8 años a la edad de la víctima, esta conducta no será sancionada, por lo que se podría inferir que la edad límite en estos casos es de trece años, en tanto, de presentarse un consentimiento, no existiría delito.

Por otro lado, en el C.P. de Costa Rica, en el Art. 159, se sanciona las relaciones sexuales que mantiene un menor que se encuentra en la edad de 13 a 15 años, con el consentimiento de la víctima, pero la sanción es de dos a seis años de pena privativa de libertad, por lo que si bien, existe una sanción, esta sanción tiene en consideración el consentimiento por parte de la víctima, pues la pena aplicable es leve, en relación al C.P. Peruano, en el cual la sanción es de cadena perpetua, y no se tiene en cuenta el consentimiento de la víctima.

Por otro lado, en el C.P. de México, se sanciona cualquier conducta realizada con un menor de 15 años de edad, a pesar de existir su consentimiento, pero la pena que contempla es de seis a trece años de prisión, de esto se puede deducir, que, si bien no se toma en cuenta el consentimiento como un factor de disminución, la pena aplicable es menos de trece años.

Sin embargo, en el resto de países de América del Sur, la edad para tener en cuenta el consentimiento de la víctima como un caso de atipicidad o la no comisión de delito oscila en 14 años, edad que se plantea como determinante para que un menor pueda entender y conocer un acto sexual, o relacionarse sexualmente con otras personas, y no se vea afectada su integridad sexual.

3.1.5. Análisis de la materialización del principio de resocialización del condenado en casos de cadena perpetua y en penas privativas de libertad entre 4 y 20 años, en los delitos de violación sexual de menores de 14 años cometidos por agentes con responsabilidad restringida

Finalmente, como quinta hipótesis se ha analizado el principio de resocialización, el cual es considerado como un principio de las personas que han sido sentenciadas por la comisión de un delito, y esta tiene como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en tanto, así como los demás derechos fundamentales, se encuentra consagrada en la C. Política del Perú, en

el Art. 139, literal 22, dentro de los principios y derechos de la función de la jurisdicción.

En el mismo sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su Art. 5, literal 6, fundamenta que las penas privativas tienen como finalidad la readaptación social de los condenados.

Respecto a este principio, García Ramírez (1990), indica que este es conocido como readaptación social, y este plantea que existe una contradicción en su aplicación, pues es ilógico que se pretenda lograr una libertad utilizando la reclusión, precisa que este principio ha tenido diversas definiciones, tales como; rehabilitación, repersonalización, reinserción, regeneración, entre otros, pero que ninguno de ellos, se plasma en la concepción de readaptación social, la cual es entendida como un cambio en el sentenciado, buscando una nueva adaptación, esta se ve afectada por dos factores, el primero, en relación a una medicina espiritual, la cual es entendida como una facultad que tiene el individuo de conseguir la nueva adaptación, y la otra un tanto externa, como un factor conciliador entre la sociedad y el infractor. En ese sentido, el autor precisa que la readaptación no puede ser equiparada como una conversión, sino por el contrario solamente se busca que el transgresor pueda adecuar su conducta a lo previsto por el ordenamiento vigente. Por otro lado, el doctrinario Künsemüller (2001), en el desarrollo de este principio, cita una interesante frase, en el sentido de que el pensamiento de la resocialización podría ganar muchas batallas, pero ya había perdido la guerra, frase que fue realizada por Karl Peters, la cual encuentra

su ilustración cuando la pena ha contemplado diferentes finalidades, entre las cuales eran la retributiva que solo se fundamentaba en la imposición de un castigo al individuo infractor y la que más ha recibido críticas, la preventiva, la cual no solo busca la imposición de una sanción, sino que esta pena también cumpla fines en la sociedad y en el individuo, la cual en su dimensión de prevención especial, ha recibido más retractores, en tanto, en este extremo se plantea la resocialización de la persona, a través de su reeducación y reinserción social, refiere también que es muy común escuchar por parte de personajes públicos u organizaciones políticas, que las penas deben lograr una finalidad socialmente útil, enseñando a trabajar o educar a los penados, sin embargo, estas mismas personas son las que en un acto enfurecido buscan que se contemple en algunos casos la pena de muerte o la cabeza del culpable, esto con el fin de proteger a la sociedad, por lo que comprueba que esta finalidad resocializadora ha quedado sin vigencia en su utilidad y aplicación.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Conforme a lo desarrollado en la discusión de resultados, resulta pertinente indicar que nuestra hipótesis planteada, ha quedado contrastada. Esto es así, porque a partir del desarrollo en cada objetivo se ha podido establecer que resulta necesario poder plantear otro enfoque de resolución de casos al tratarse de delito de violación sexual en menores de edad, cuando se trata de menores que superan los doce años y se encuentran por debajo de catorce años, y cuando estas actúan con un consentimiento potencialmente válido,

puesto que en el desarrollo de la investigación ha sido posible identificar que en el Perú conforme lo ha señalado el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú, un 19.8% de mujeres entrevistadas tuvieron relaciones sexuales entre 10 a 14 años de edad, en el año 1998, de lo que se puede contrastar que desde varios años atrás este problema se viene suscitando, con mayor aumento en nuestra sociedad y esto se debe a la diversidad de posibilidades en el acceso a contenido libidinoso o relacionado al desarrollo de la sexualidad por parte de los menores de edad, en el mismo sentido el Consejo Nacional de la Juventud, en el mismo año, estableció que en Lima Metropolitana la edad de inicio sexual fue en un 34.9% de 10 a 17 años.

Por otro lado, se tiene el Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú de la Universidad Peruana Cayetano Heredia del año 2005, en la cual se reportó que los adolescentes de 15 a 19 años ya habían tenido relaciones sexuales, en mujeres en un 20% y en varones en un 40% (Recurso de Nulidad 415-2015-Lima Norte), lo que demuestra que efectivamente es necesario brindar otra perspectiva al momento de pretender solucionar este tipo de casos, es por ello que es necesario promover la creación de un tipo penal atenuado, en el que sea previsto los casos diferenciados o con las premisas que estable la presente investigación.

Respecto a ello, corresponde mencionar una de las fuentes de derecho más importantes dentro de un Estado Constitucional y de Derecho, como es la Constitución Política del Perú, en la cual se consagra la defensa de la persona humana, en su artículo 1, precisándose que el fin supremo de la sociedad y el Estado, es el respeto a la dignidad de cada ser humano, integrante de una

sociedad, establece que son derechos fundamentales de la persona la defensa de la persona humana, en el siguiente sentido “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Es por este motivo, que, en relación a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y el respeto irrestricto de su dignidad, todo tipo de afectación a la libertad de cada ser humano, debe ser acorde a la protección de sus derechos. En este caso, al momento de imponer una sanción privativa de libertad a una persona por la comisión de un ilícito penal, esta pena debe ser impuesta teniendo en cuenta los principios fundamentales del derecho penal, como son las del principio de dignidad humana, principio de subsidiaridad, sobre todo el principio de proporcionalidad en todas sus vertientes, así como, el principio de lesividad, necesidad de pena y de resocialización, pues estos son necesarios de analizar al momento de imponer una sanción penal.

Pues bien, teniendo en cuenta que en un caso diferenciado en el cual se cuenta principalmente con una relación sexual potencialmente válida, que, si bien está limitada por el ordenamiento jurídico, puesto que se encuentra prohibido que un menor infractor o adulto, puedan tener acceso carnal con una menor de edad de catorce años, en tanto se protege su indemnidad sexual. Sin embargo, es una realidad existente en el Perú, que menores con un temprano libido sexual, acceden a mantener un acto sexual, que en la mayoría de casos se da dentro de un contexto de enamoramiento en el cual se logra una aceptación por parte de la víctima, hecho que es reprimible a todas luces,

pues es necesario se brinde la protección correspondiente a un menor de edad, pues es un sector vulnerable, ahora bien, también es necesario precisar que esta sanción para sentenciados por el delito de violación sexual de menor de edad, debe ser acorde al hecho acaecido; es decir, debe lograr por un lado que se brinde una correcta administración de justicia a la víctima, y por otro lado, que se imponga una sanción proporcional al acusado, puesto que la pena actual es de cadena perpetua, y es aplicable en todos los casos de violación sexual de menor de edad.

Al plantear una diferenciación de pena, respecto al delito de violación sexual de menor de edad, se debe a las circunstancias en las cuales se presentan, por ejemplo, se tiene dentro de nuestra realidad social, el caso donde la persona de Juan Antonio Enríquez García, el cual secuestró y ultrajó a una niña de tres años, en la ciudad de Lambayeque, en este caso, se puede denotar el accionar más despreciable por parte de un delincuente, al cual se le debe imponer la pena establecida en el artículo 173 del Código Penal, la cual es de cadena perpetua, bajo todos sus términos, en tanto la afectación y daño causado a la agraviada es irreparable. Sin embargo, en un caso en el cual se tiene a una menor de edad que se encuentra dentro de los doce y catorce años, y esta sostiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra dentro de los alcances de la responsabilidad restringida, que se encuentra previsto en el artículo 22 del Código Penal, con un consentimiento potencialmente válido, en el cual no se presenta una afectación grave o drástica por así señalarlo en la menor agraviada, puesto que esta relación sexual ha sido parte de la aceptación de la misma, no es proporcional imponer

una pena privativa de libertad de cadena perpetua, si bien es un hecho reprochable, pues atenta contra la indemnidad de un menor de edad, esta pena aplicable en estos casos debe estar dentro de los márgenes punibles proporcionales para estos delitos.

En relación a la presente controversia, existe un trabajo de la Universidad Nacional de Hermilio Valdizán, de la escuela de Posgrado, que se titula; “Despenalización del delito de violación sexual en niñas de 13 y 14 años por haber consentido el acto sexual – En La Selva Central (Satipo-Oxapampa-La Merced-Chanchamayo)”, la misma que plantea la postura de que a pesar de que el Tribunal Constitucional haya planteado en el expediente N.º 008-2012-PI/TI, que las adolescentes de catorce años hasta los dieciocho, tienen la facultad de decidir respecto a tener relaciones sexuales, en tanto gozan de libertad sexual, esto no es suficiente, pues en la selva central se ha comprobado que menores de más de doce años y menos de catorce, tienen relaciones sexuales y estas son consentidas, incluso se ha demostrado de que tienen un desarrollo, prematuro, por lo que plantea que se despenalice el delito de violación sexual de menor de edad, regulado en el Art. 173 del C.P. peruano, por esos fundamentos (Liz Capcha, 2015). Postura de la cual discrepamos, pues si bien puede existir un desarrollo prematuro en el libido sexual de un menor de edad, este debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, es por ello que se plantea un tipo penal atenuado en este tipo de casos.

En el mismo sentido, existe un trabajo de la Universidad Nacional de Cajamarca, de la escuela de Posgrado, que se titula; “Principio de

proporcionalidad y determinación de la pena en los procesos de violación sexual de menores de 13 años donde ha mediado consentimiento, Cajamarca, 2013 – 2017”, la misma que luego de revisar determinados expedientes de sentencias emitidas en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, ha podido verificar que los derechos y principios que respaldan la sanción de la violación sexual de menor de edad en la teoría, jurisprudencia y normativa penal; no se limitan únicamente al principio de legalidad y a la indemnidad sexual; sino que se extienden hacia otros principios como la proporcionalidad, el interés superior del niño y derechos fundamentales como la dignidad, el acceso a la familia, alimentos, entre otros; asimismo, ha podido verificar que la casuística presentada en el distrito judicial de Cajamarca, ha aplicado el principio de proporcionalidad basado en la Casación N.º 335-2015 - Del Santa solo en cinco casos; mientras, que en los otros seis han usado otros criterios. De ello, se puede rescatar que no existe un fundamento cierto, unánime y concreto al momento de resolver este tipo de casos, por lo que, es necesario unificar criterios y esto se podría lograr con la creación de un tipo penal atenuado.

Es por ello, que se precisa que, uno de los derechos fundamentales de la persona humana, dentro de nuestra carta magna, es a la libertad y a la seguridad personal, y es por ello, que esta se protege dentro del ordenamiento interno, en el literal b, del Art. 2, inciso 24 de la C. Política del Perú, como son las planteadas como delito dentro del C.P., esta pena encuentra su sustento, en relación a las conductas que ponen en riesgo o lesionan bienes jurídicos protegidos, y estas alteren el normal desarrollo de la sociedad, conllevando a la intervención del Estado, por medio del poder sancionador del cual se

encuentra facultado.

Dicho, esto, pasaremos a explicar el contenido de los criterios que justificarán la existencia del delito de violación sexual atenuada, pues este determina una correcta aplicación y sanción al momento de la imposición de una pena privativa de libertad, siempre que concurren circunstancias diferenciadas, que se puedan evidenciar en la relación sexual aceptada por la parte agraviada, en la cual no se genere una afectación en su normal desarrollo sexual y cognitivo, así como la posibilidad de limitar la edad en el caso del sujeto activo, pues esta circunstancia demostrará que la pena a imponer debe ser diferente a la que establece el Código Penal.

3.2.1. Materialización de la dignidad de la persona humana

La dignidad humana, en su desarrollo como principio y derecho, forma parte de uno de los pilares que proponemos para la creación de un delito de violación sexual atenuada, pues este debe ser considerado en todos los aspectos de la misma existencia del ser humano, para lograr un respeto y desarrollo pleno dentro de una sociedad.

La dignidad humana, tiene como misión fundamental dentro de un Estado de derecho de proteger la libertad de cada persona a fin de lograr su realización humana, la cual debe ser integral y en armonía con el interés social (Sessarego, 2005); por otro lado, el Tribunal Constitucional, ha precisado que la dignidad de la persona humana, constituye un valor y principio constitucional; es decir, debe ser considerada como un pilar del derecho, pues esta es contemplada en el desarrollo de los demás derechos de las personas, es por ello, que se

prohíbe que sea interpretada como un mero objeto del poder del Estado, o esta sea utilizada como un tratamiento instrumental, precisa también que la dignidad viene a ser un dínamo de los derechos fundamentales, por ello es considerado como un páramo fundamental para el Estado y la sociedad, como parte de sus actividades, siendo esta la fuente de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la dignidad se proyecta no solo como un mecanismo negativo o de defensa ante cualquier autoridad que afecte este derecho, o algún particular, sino también fundamentalmente como un principio positivo, respecto a las actuaciones para el libre desarrollo de la persona y sus derechos, conllevando de esta forma, el respeto a los derechos fundamentales de cada persona, para un correcto desenvolvimiento dentro de una sociedad, conforme se establece en el fundamento cinco, del Expediente N.º 10087-2005-PA/TC.

En el mismo sentido, el doctrinario Peces Barba, precisa que dignidad humana, es un conjunto de criterios que organizan la sociedad, apoyados en los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad; dicho fin, se fundamenta cuando los individuos pueden autónomamente desarrollar su ética privada (2008). Por otro lado, permite dilucidar que esta justifique la idea integral de los derechos, entendida como el instrumento que sirve para limitar el poder, pero también para compartirlo y para exigir de él una actuación promotora de los derechos, considerándose que el ser humano tiene dignidad, puesto que es libre, estando facultado para el perfeccionamiento en el ejercicio de sus

derechos implícitos y explícitos, contenidos en la C. Política del Perú.

Por su parte, Nogueira (2010), precisa que la dignidad humana, es parte de todas las personas y señala que estas no pueden ser tratadas de manera indigna, por más vil que hubiese sido el comportamiento, hecho, circunstancia o delito cometido.

La persona humana, por el mero hecho de existir, goza de esta protección, por lo que, conforme se ha señalado, en casos de delito de violación sexual de menor de edad, en donde nos encontremos con circunstancias que permitan identificar que se trata de casos diferenciados, en donde se puede inferir que el aplicar la sanción impuesta por el Código Penal, esta devendría en desproporcional, respecto al ilícito penal planteado; es decir, que de aplicarse en estos casos la pena de cadena perpetua, estaríamos ante una vulneración a la dignidad de la persona humana, que en este caso, sería a una persona que se encuentra dentro de los alcances de responsabilidad restringida, pues es en estos casos donde se podría permitir una imposición diferente de la sanción existente al tratarse de un límite de edad, en la cual se encuentra el ser humano, en un plano de madurez transitoria, y se le exige un comportamiento determinado, al momento de sus interrelaciones con los demás ciudadanos.

La dignidad de cada ser humano entonces, debe ser valorada al momento de analizar un caso límite o diferenciado, por lo que, debe establecerse la existencia de un delito de violación sexual atenuado, por medio del cual se logre la imposición de una pena acorde al hecho ilícito,

con lo que se lograría, el respeto óptimo de la dignidad del ser humano.

3.2.2. Optimización del principio de proporcionalidad y sus sub principios al momento de determinar la pena

El principio de proporcionalidad, implica, en términos de Castillo (2002) un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción, conllevando a una atribución punible de una conducta que contraviene un bien jurídico. Asimismo, señala que para el D.P. la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva. Esto debido a que el D.P., tiene como base al *Ius Puniendi*, el cual, si bien es el poder punitivo y sancionador del estado, va a tener límites como es este principio, buscando que la sanción aplicable sea acorde al hecho consumado.

Por otro lado, el tribunal constitucional, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional N.º 0012-2006-PI/TC, precisa que es un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Es necesario precisar, que el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del Art. 200º de la C., por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la C. y de concordancia práctica, debe ser considerada como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos

fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 0012-2006-PI/TC, 2006).

De este modo, el principio de proporcionalidad, tiene un fundamento propio y se encuentra referido a la maximización de la libertad, en tanto la limitación que produce con la imposición de una pena, solo puede encontrar sustento cuando se impone una medida o sanción punitiva proporcional, respecto a lo que se pretende proteger; en ese sentido, se ha logrado demostrar que la pena de cadena perpetua, encuentra sustento de aplicación, siempre que se desencadene la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, respecto a todos los elementos del tipo objetivo, sin embargo, para nuestra investigación, se tiene en cuenta que esta sanción que contempla una sanción perpetua de encarcelamiento, no deviene en proporcional, puesto que no cumple principalmente con la resocialización del sentenciado, y por otro lado no cumple con lograr una correcta resolución del conflicto planteado. Así pues, al momento de aplicar un test de proporcionalidad, relacionado a determinar la idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad propiamente dicha, entendida esta desde el test de proporcionalidad, en los casos de violación sexual de menor de edad, y la imposición de una pena privativa de libertad de cadena perpetua, cuando se presentan casos excepcionales o diferenciados, hemos llegado a verificar al momento de aplicar el test de proporcionalidad, lo siguiente; en primer término se define los dos derechos constitucionales que se contraponen

en el presente test de proporcionalidad, los cuales serían, por un lado, la libertad personal del sentenciado producto de la comisión del delito, y el acceso al derecho a la justicia, de ello, se pudo verificar que sancionar a una persona, con una cadena perpetua, deviene en desproporcional, puesto que, si bien, la imposición de una pena privativa de libertad, es idónea para tutelar el derecho de la víctima, y a su vez es necesaria para lograr que la víctima encuentre una respuesta emitida por el Estado, ésta en la presente investigación deviene en desproporcional, pues al existir casos diferenciados que se han ejemplificado, estaría contrariando el fin de la pena, y por el contrario la imposición de una pena que se encuentre dentro de los parámetros establecidos desde cuatro años a veinte años, resulta más conveniente, pues se logra los fines de la sanción, y también la protección de los derechos de la víctima.

3.2.3. Concretización del principio de merecimiento y necesidad de pena

En concordancia con este principio, al momento de valorarse la imposición de una pena, también se debe tener en cuenta los demás principios del Programa Penal Constitucional, que conforme se ha desarrollado, tendría que ser el principio de dignidad humana, el cual constituye una barrera o límite, inminente, que busca proteger al ser humano, de cualquier trasgresión que busque desconocer, suprimir, degradar, o desnaturalizar este fin supremo de protección, en ese sentido, se ha logrado determinar que el principio de legalidad es el encargado de contemplar una conducta como delito y es por medio de

este que se impone una sanción, puesto que de no existir este delito, este no podría ser sancionado, conforme lo establece la normativa vigente. Pues bien, aunado a ello, se encuentra el Principio de Proporcional, el cual considera que el Principio de Subsidiariedad, es definido como una forma de control social, pues este es el último medio de control formal, dentro del que se encuentra contenido el Principio de Ultima Ratio, el que precisa que el Derecho Penal solamente debe intervenir cuando los otros medios de control formal e informal han fracasado (Arias, 2002). Por otro lado, es menester tomar en cuenta el principio de necesidad y mínima intervención, en tanto hemos llegado a identificar que el derecho penal, por medio de la imposición de penas privativas de libertad, solamente deben intervenir en las formas más graves e insoportables de lesión que debilitan la confianza en la norma y ponen en peligro la convivencia pacífica de las personas.

3.2.4. Valoración del principio de lesividad del bien jurídico protegido

En el mismo sentido, el principio de lesividad, precisa que la imposición de una sanción penal, requiere que la conducta incriminada haya lesionado un bien jurídico, esto por justificar una pena en relación al daño que se causa a una persona, por lo que, estos principios del Programa Constitución de Derecho, deben ser valorados al momento de pretenderse imponer una pena, cuando la víctima se encuentre dentro de los doce a catorce años, y el acusado tenga responsabilidad restringida, aunado a ello, cuando se determine un consentimiento potencialmente válido, por parte de la agraviada, con lo que se lograría

una pena acorde a la aplicación de los principios penales constitucionales.

Puesto que, uno de los derechos fundamentales de la persona humana, dentro de nuestra carta magna, es a la libertad y a la seguridad personal, y es por ello, que esta se protege dentro del ordenamiento interno, en el literal b, del Art. 2, inciso 24 de la C. Política del Perú, como son las planteadas como delito dentro del C.P., esta pena encuentra su sustento, en relación a las conductas que ponen en riesgo o lesionan bienes jurídicos protegidos, y estas alteren el normal desarrollo de la sociedad, conllevando a la intervención del Estado, por medio del poder sancionador del cual se encuentra facultado.

Respecto al sustento de la pena, el profesor Alcócer Povis (2018), precisa que la discusión de la finalidad que debe cumplir la pena, por medio de la intervención punitiva, es una discusión clave, puesto que al determinarse la función que esboza en el D.P., en función al Estado Constitucional de Derecho, este puede determinarse en función a la política aplicable al momento de imponer un sanción penal, la cual se estará considerando como parte del fin resocializador de la misma, esto quiere decir que por medio de la política de sanción que plantee el Estado se estará determinando si en relación a la persona sentenciada, se logrará o no un fin que busque resocializarlo para su reincorporación a la sociedad, o por el contrario solo buscará imponer una sanción sin cumplir ese fin, sino solamente un encierro por el delito cometido.

En ese sentido, para la imposición de una sanción a la persona que comete un delito, se debe tener en cuenta los principios fundamentales del derecho, entre los cuales al momento de la ejecución de la pena, es el principio de humanidad, que en términos de García Caveró (2019), este es el fundamento de la criminología, pues esta teoría contempla al D.P. como una cuestión de seres humanos, en relación con el *ius puniendi*, asimismo, plantea que su ámbito de aplicación debe ser más acotado, por medio de los límites existentes, pues de no ser así, se produce una superposición a los principios y derechos fundamentales de la persona, como son los de culpabilidad, proporcionalidad y resocialización, los cuales tienen como finalidad que no se dicten penas contrarias a la dignidad de la persona.

Por otro lado, teniendo en cuenta los principios penales, también se debe tener en cuenta, el de resocialización, pues este es un principio de las personas que han sido sentenciadas por la comisión de un delito, y esta tiene como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en tanto, así como los demás derechos fundamentales, se encuentra consagrada en la C. Política del Perú, en el Art. 139, literal 22, dentro de los principios y derechos de la función de la jurisdicción.

En el mismo sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su Art. 5, literal 6, fundamenta que las penas privativas tienen como finalidad la readaptación social de los condenados.

Respecto a este principio, García Ramírez (1990), indica que este es conocido como readaptación social, y este plantea que existe una contradicción en su aplicación, pues es ilógico que se pretenda lograr una libertad utilizando la reclusión, precisa que este principio ha tenido diversas definiciones, tales como; rehabilitación, repersonalización, reinserción, regeneración, entre otros, pero que ninguno de ellos, se plasma en la concepción de readaptación social, la cual es entendida como un cambio en el sentenciado, buscando una nueva adaptación, ésta se lograría por medio de dos factores, el primero, en relación a una medicina espiritual, la cual es entendida como una facultad que tiene el individuo de conseguir la nueva adaptación, y la otra un tanto externa, como un factor conciliador entre la sociedad y el infractor. En ese sentido, el autor precisa que la readaptación no puede ser equiparada como una conversión, sino por el contrario solamente se busca que el transgresor pueda adecuar su conducta a lo previsto por el ordenamiento vigente.

Por otro lado, el doctrinario Künsemüller (2001), en el desarrollo de este principio, cita una interesante frase, en el sentido de que el pensamiento de la resocialización podría ganar muchas batallas, pero ya había perdido la guerra, frase que fue realizada por Karl Peters, la cual encuentra su ilustración cuando la pena ha contemplado diferentes finalidades, entre las cuales eran la retributiva que solo se fundamentaba en la imposición de un castigo al individuo infractor, por otro lado y la que más

ha recibido críticas, la preventiva, la cual no solo busca la imposición de un sanción, sino que esta pena también cumpla fines en la sociedad y en el individuo, la cual en su dimensión de prevención especial, ha recibido más retractores, en tanto, se plantea la resocialización de la persona, a través de su reeducación, reinserción social, refiere también que es muy común escuchar por parte de personajes públicos u organizaciones políticas, que las penas deben lograr una finalidad socialmente útil, enseñando a trabajar o educar a los penados, sin embargo, estas mismas personas son las que en un acto enfurecido buscan que se contemple en algunos casos la pena de muerte o la cabeza del culpable, esto con el fin de proteger a la sociedad, por lo que comprueba que esta finalidad resocializadora ha quedado sin vigencia en su utilidad y aplicación.

3.2.5. El consentimiento de la víctima de violación sexual

El consentimiento de la víctima, o del sujeto pasivo, en este caso, es uno de los fundamentos más importantes de nuestra investigación, para plantear la existencia del delito de violación sexual atenuado, puesto que, contempla la posibilidad de demostrar que, en el Perú, existen casos de un desarrollo prematuro en menores de edad, que conlleva a un acceso carnal temprano, por parte de estos, lo que provoca en parte el problema investigado.

Pues bien, respecto a esto Castillo (2004), precisa que este presenta cuatro características; la primera, entendida como la facultad que tiene cada persona, para disponer de bienes jurídicos propios, pero esta tiene

como límite la vida y la integridad física; la segunda, relacionada a la capacidad de la persona para poder disponer de un bien jurídico, como es la capacidad civil, pues se necesita que este comprenda el resultado de sus conductas; el tercero, referido a que no debe existir algún vicio en la decisión de consentir la disposición de un bien jurídico, pues de presentarse este se tornaría en inválido; por último, se precisa que el consentimiento debe ser anterior a la comisión del delito, pues de ser posterior, este no tiene validez para justificar la conducta desplegada por el sujeto activo.

Ahora bien, respecto al delito de violación sexual, en su extremo de la libertad sexual, se precisa que el consentimiento de la víctima para la realización del acto sexual, por la misma naturaleza y estructura del delito, constituye una causa de justificación, en tanto de los elementos del tipo penal de violación sexual, el verbo rector obligar desaparece, pues se verifica que la víctima prestó su consentimiento para el acto sexual, y al ser exigible para la consumación del delito, esta conducta se vuelve atípica, al excluirse la exigencia del delito (2008). Pues bien, en relación a este extremo, conforme se ha señalado por el autor, el bien jurídico libertad sexual, al ser disponible por su titular, cualquier acto sexual en el cual exista un consentimiento válido por parte de la víctima, conlleva a que este no sea considerado como delito, por falta de tipicidad, pues esta se encuentra contemplada dentro del ordenamiento jurídico como una manifestación de voluntad, por lo tanto, no es contraria a la prohibición expresa por el delito.

Sin embargo, si bien cuando la víctima es mayor de catorce años de edad cronológica, el consentimiento adquiere validez para convertir la conducta en atípica, esto no sucede en los delitos de violación sexual de menor de edad, en tanto estos no gozan de la facultada de decidir sobre relacionarse sexualmente con alguna persona, en ese sentido el jurista Juan Sprovio (1996), refiere que un menor de edad, carece evidentemente de capacidad jurídica, por lo que el agente o el que sostuvo relaciones sexuales con el menor, no puede alegar un consentimiento, puesto que este no tiene validez a pesar de acreditarse que el menor exteriorizó su consentimiento, en tanto esta incapacidad de decisión no admite excepciones, esto se debe a que la víctima no está en condiciones de comprender el alcance de sus actos. Al respecto, de esta cita, se puede verificar que el consentimiento por parte de un menor de edad de catorce años, dentro del ordenamiento jurídico, no puede ser sustento para declarar un acto contrario a ley, como atípico, puesto que este consentimiento al ser dado por un menor de edad, no tiene validez, conllevando a sancionar al autor a pesar de que el menor preste su consentimiento.

De igual forma, el profesor Salinas Siccha (2016), precisa que el consentimiento por un menor de catorce años, es totalmente irrelevante, conforme ha sido desarrollado a nivel jurisprudencial, pues estos menores, no gozan de una capacidad plena para disponer de su libertad sexual, incluso este no puede ser utilizado para fundamentar una disminución de la pena en el autor, del delito de violación sexual de

menor de edad, dado que estos poseen indemnidad sexual, la cual al ser transgredida puede generar una afectación al normal desarrollo psicosexual de la víctima. En ese sentido, un menor de catorce años está prohibido de poder mantener relaciones sexuales con otra que tenga capacidad civil, pues esto genera una sanción en el autor.

En ese sentido, dentro del ordenamiento jurídico, se tiene la Sentencia 8-2012-PI/TC, en la cual se estableció que las relaciones sexuales realizadas por adolescentes mayores a 14 años, están exentas de responsabilidad penal, en tanto, pueden disponer de su libertad sexual, de lo que se deduce que, todo menor de catorce años, no puede sostener relaciones sexuales, ya que de hacerlo a pesar de que consienta el acto sexual, se sancionará a la persona con la cual practicó esta relación sexual. En ese entendido, a pesar de existir una diversidad de culturas, en el derecho interno, la norma se aplica en todos sus extremos, y esto tiene como finalidad que se proteja la indemnidad sexual de los niños y adolescentes, por cuanto, sostener relaciones sexuales prematuras, conllevará a afectar su normal desarrollo psicosexual.

Por otro lado, el profesor Nieves Solf (2018), en el extremo del error de comprensión culturalmente condicionado, saca a relucir una realidad innegable dentro de nuestra sociedad, respecto a la existencia de culturas en las cuales menores de catorce años, realizan prácticas sexuales con personas mayores que ellas, y estas no podrían ser sancionadas justamente porque estas personas por la cultura que

manejan no pueden comprender la ilicitud de su conducta, como es el caso de la selva amazónica, respecto a los Asháninkas, en donde se da una unión sexual de parejas desde que la menor tiene su primera menstruación, circunstancia por la cual se vislumbra que la menor ya puede tener hijos. De esta cita, podemos determinar que va a existir casos en los cuales adolescentes, prematuramente realizarán actos sexuales o relaciones sexuales.

De esto se concluye que, si bien existen bienes jurídicos protegidos disponibles, hay otros que no se pueden disponer por la edad del titular de estos derechos, pues de gozar de ejercicio civil, este podría consentir la vulneración de este bien jurídico, pero al no obtener la mayoría de edad, no podrá hacer uso de este derecho, como son el caso de los menores de catorce años, en los delitos de violación sexual de menor de edad, en donde se protege su intangibilidad o indemnidad sexual.

Respecto al consentimiento, se debe precisar que este se encuentra contemplado dentro del Código Penal, en el Art. 20, inciso 10, en el capítulo de eximentes o atenuantes de responsabilidad, en ese sentido, el profesor Pérez López (2016), hace un análisis preliminar, respecto a donde debe ser analizado el consentimiento de la víctima, pues existen dos posturas, una que determina que esta debe ser analizada en la categoría de la antijuridicidad, pues existe una renuncia acorde a la normativa, en la autodeterminación del beneficiario en la protección de sus bienes jurídicos, frente a la lesión o puesta en peligro, retrocede a la prohibición expresa por la norma; es decir, el titular del derecho

renuncia a la protección del derecho, lo que conlleva a una justificación de la conducta desplegada por el infractor, por otro lado, analiza la postura de que el consentimiento debe ser considerado dentro de la tipicidad, en tanto, el individuo tiene libertad en relación al libre desarrollo de sus bienes jurídicos, en ese sentido, plantea que de existir un consentimiento no existiría una lesión de del bien jurídico, pues no afecta su libre desarrollo, sino es parte de la manifestación, considerándose la libertad de disposición, como el desarrollo personal de cada individuo, por lo que de comprobarse un consentimiento por parte de la víctima en la realización del delito, esta conducta se convertiría en atípica, logrando en algunos casos la exención de la pena, o en su defecto la atenuación.

Por otro lado, el autor refiere que el consentimiento solamente puede ser utilizado en bienes jurídicos personalísimos, y con posibilidad de disposición, en tanto los bienes jurídicos colectivos, no pueden ser plausibles de consentimiento, pues directamente afecta a toda la colectividad o el Estado, además, refiere que existen circunstancias especiales en donde el consentimiento no tiene validez, como son el caso de delitos de violación sexual de menor de edad, donde la propia normativa prohíbe su conducta, y ésta a pesar de realizarse con el consentimiento del menor, es meritoria de sanción penal. Lo descrito permite inferir que el consentimiento adquiere validez siempre y cuando se realice por persona con capacidad de ejercicio, que el bien jurídico afectado se encuentre como un bien jurídico personalísimo, y sobre

todo que sea apreciable como disponible, pues de no ser así, en todos los casos se sancionara al autor del hecho delictivo.

Siendo así, se ha contemplado dentro de nuestra investigación, un consentimiento potencialmente válido, en tanto, conforme se ha señalado en el Perú conforme lo establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú, un 19.8% de mujeres entrevistadas tuvieron relaciones sexuales entre 10 a 14 años de edad, en el año 1998, de lo que se puede contrastar que desde varios años atrás este problema se viene suscitando, con mayor aumento en nuestra sociedad y esto se debe a la diversidad de posibilidades en el acceso a contenido libidinoso o relacionado al desarrollo de la sexualidad por parte de los menores de edad, en el mismo sentido el Consejo Nacional de la Juventud, en el mismo año, estableció que en Lima Metropolitana la edad de inicio sexual fue en un 34.9% de 10 a 17 años.

Por otro lado, se tiene el Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú de la Universidad Peruana Cayetano Heredia del año 2005, en la cual se reportó que los adolescentes de 15 a 19 años ya habían tenido relaciones sexuales, en mujeres en un 20% y en varones en un 40% (Recurso de Nulidad 415-2015-Lima Norte), lo que demuestra que efectivamente es necesario brindar otra perspectiva al momento de pretender solucionar este tipo de casos, por lo que se debe promover la creación de un tipo penal atenuado, cuando existe casos diferenciados o con las premisas que se plantea en la presente investigación.

Es necesario precisar, que este consentimiento debe ser tomando desde la perspectiva de un desarrollo prematuro del libido sexual de un menor de edad, pues tiene que comprobarse por medio de las ciencias auxiliares del derecho penal, como son una pericia psicológica o un certificado médico, en el cual se pueda concluir estas circunstancias, pues conforme el psicoanalista Freud (citado por Gregorio Bustamante, 2004), refiere que los niños desde el comienzo de su vida, son seres sexuales, pues tienen una inclinación a factores que tienen que ver con su sexualidad, señala que un ejemplo respecto a ello, se verifica en la succión que realizan los niños. En el mismo sentido, al comentar lo referido por el doctrinario Freud, precisa que el desarrollo sexual no es una etapa que aparece mágicamente en los niños, sino por el contrario se trata de un proceso biológico, en el cual existe un desarrollo embrionario primero y madurativo, así como un desarrollo hormonal u andrógeno, que es perfectamente demostrable. Asimismo, refiere que la experiencia sexual entre los adolescentes de 13 años es bastante frecuente y extendida hoy en día y aun antes, pues existen niños que comienzan esta actividad desde los 10 años, esto se debe a que cada día los niños más pequeños tienen mayor información sexual a su alcance, incluso hasta clases de educación sexual. Así también, refiere que este aprendizaje temprano se vincula a las posibilidades placenteras de masturbación, pues los niños y niñas al momento de descubrir el placer corporal, aumentan su conocimiento sexual, considerablemente, incluso es común que tengan fantasías sexuales,

esto conlleva a que cada día participen más activamente en el conocimiento de su sexualidad (Gregorio, 2004).

Por otro lado, el autor fundamenta que en relación a los menores que se encuentran dentro de la edad de 12 años, existe una gran diferencia en el desarrollo de las niñas, pues estas van más adelantadas que los varones, no tienen todavía menstruación, pero ya existe un adelanto en su desarrollo, asimismo, refiere que, a los fines de los doce años, la mujer joven puede llegar a alcanzar un 95% de su estatura adulta, manifestándose claramente los caracteres sexuales, con el inicio de la menstruación, respecto a los adolescentes varones, precisa que les comienza a interesar el sexo opuesto, formando parte de su manifestación de su sexualidad, la masturbación, la cual se realiza de una forma habitual. Por otro lado, señala que la evolución de la adolescencia abarca desde los 12 y 13 años, hasta los 18 años, donde la primera etapa se da hasta los 16 años, en la cual las mujeres ya han tenido su primera menstruación y los varones su primera eyaculación, siendo señales de que las funciones reproductivas están listas.

Respecto a este planteamiento, el pediatra Silva Sarmiento (2015), refiere que hablamos de pubertad precoz, cuando existen signos de desarrollo de madurez en el aspecto sexual, esto se debe a una activación prematura del hipotálamo hipofisiario-gonadal, la que se define como una expresión pulsátil de la hormona liberadora de gonadotropina, la cual se da antes de los ocho años en las niñas y de los nueve años en los niños, estas hormonas son la fuerza que impulsa

los cambios en la pubertad precoz central. En ese mismo sentido, en el Recurso de Nulidad 415-2015/Lima Norte, se precisa que la sexualidad se divide en estadios o etapas, en un primer término se tiene la latencia, la cual dura desde los seis años de edad hasta la pubertad, en este periodo, el niño o niña, reprime los impulsos sexuales de su edad hasta la pubertad, en tanto dedica su tiempo y energías al aprendizaje y actividades físicas y sociales, luego de ello, se tiene la etapa de genita, la cual empieza con la pubertad, y en esta etapa se da la maduración sexual, en donde la persona joven busca estimulación y satisfacción sexual, siendo la adolescencia el periodo de transición entre la niñez y la vida adulta durante el cual acontece la maduración sexual.

De lo vertido, se puede verificar que el consentimiento que puede brindar la víctima de violación sexual de menor de edad, que se encuentre dentro de los 12 a 14 años, puede variar teniendo en cuenta diversas circunstancias personales de la propia víctima, lo que debería considerarse al momento de imponer una sanción al sujeto pasivo, siempre que existan circunstancias diferenciadas conforme se ha explicado, más aún si en el derecho comparado existe normativa vigente en la cual se regula este tipo de circunstancias y se aplica una pena diferente a la establecida para el caso en concreto.

3.2.6. Concretización del derecho de resocialización del condenado

Respecto a este principio, se debe tomar en cuenta que este principio toma relevancia al momento de que se obtiene una sentencia firme y consentida, pues es en este momento, en donde se considera

sentenciada a una persona, por la comisión de un delito, y esta tiene como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; además, es uno de los derechos fundamentales de las personas, y se encuentra consagrada en la C. Política del Perú, en el Art. 139, literal 22, dentro de los principios y derechos de la función de la jurisdicción.

Protección que también se encuentra consagrada en la Convención Americana de los Derecho Humanos, en su Art. 5, literal 6, fundamenta que las penas privativas tienen como finalidad la readaptación social de los condenados.

Respecto a este principio, García Ramírez (1990), indica que es conocido como readaptación social, y plantea que existe una contradicción en su aplicación, pues es ilógico que se pretenda lograr una libertad utilizando la reclusión, precisa que este principio ha tenido diversas definiciones, tales como; rehabilitación, repersonalización, reinserción, regeneración, entre otros; pero ninguno de ellos, se plasma en la concepción de readaptación social, la cual es entendida como un cambio en el sentenciado, buscando una nueva adaptación, esta se lograría por medio de dos factores, el primero, en relación a una medicina espiritual, la cual es entendida como una facultad que tiene el individuo de conseguir la nueva adaptación, y la otra un tanto externa, como un factor conciliador entre la sociedad y el infractor. En ese sentido, el autor precisa que la readaptación no puede ser equiparada como una conversión, sino por el contrario solamente se busca que el

transgresor pueda adecuar su conducta a lo previsto por el ordenamiento vigente.

Por otro lado, el doctrinario Künsemüller (2001), en el desarrollo de este principio, cita una interesante frase, en el sentido de que el pensamiento de la resocialización podría ganar muchas batallas, pero ya había perdido la guerra, la cual encuentra su ilustración cuando la pena ha contemplado diferentes finalidades, entre las cuales eran la retributiva que solo se fundamentaba en la imposición de un castigo al individuo infractor como un castigo y la preventiva, la cual no solo busca la imposición de un sanción, sino que esta pena también cumpla fines en la sociedad y en el individuo, la cual en su dimensión de prevención especial, plantea la resocialización de la persona, a través de su reeducación y reinserción social, refiere también que es muy común escuchar por parte de personajes públicos u organizaciones políticas, que las penas deben lograr una finalidad socialmente útil, enseñando a trabajar o educar a los penados, sin embargo, estas mismas personas son las que en un acto enfurecido buscan que se contemple en algunos casos la pena de muerte o la cabeza del culpable, esto con el fin de proteger a la sociedad, por lo que comprueba que esta finalidad resocializadora ha quedado sin vigencia en su utilidad y aplicación.

Pues bien, se debe tener presente que, en los casos de violación sexual de menor de edad, no se logra un fin acertado con la imposición de una pena de cadena perpetua, esto, cuando se trata de casos diferenciados, pues lo único que se logra es un encarcelamiento sin algún fin de

resocialización, lo que genera un punto de quiebre en el principio de resocialización contemplado en la constitución del Perú, más aún, si no se cumple su finalidad.

Por otro lado, considerar esta pena como proporcional o necesaria en los casos de violación sexual de menor de edad, cuando se trata de casos diferenciados, será contradictorio a éste y los demás principios penales consagrados como derechos fundamentales, en tanto, atenta directamente con los derechos de las personas que son sentenciadas, por lo que, debe preponderar este principio, sobre la posibilidad de un encierro innecesario en casos diferenciados en los cuales se pueda verificar la falta de afectación en la víctima, la edad de la misma, así como del investigado, las condiciones de desarrollo de ambos y demás que se han considerado en el presente trabajo de investigación.

3.2.7. La responsabilidad restringida por la edad desde la Constitución

La responsabilidad restringida, es una institución jurídica que se encuentra prevista en el Art. 22 del C.P., del cual se puede deducir que existirá una reducción en la pena que establece un delito en su estructura típica, cuando el hecho es realizado por una persona que se encuentra en la edad etaria de 18 a 21 años o tiene más de 65 años de edad cronológica, sin embargo, conforme se ha señalado previamente, esta investigación solamente se centra en personas que tengan entre 18 a 21 años, en donde se ha contemplado sus respectivas excepciones, siempre que se tome en cuenta la condición del agente y el delito cometido.

Respecto a la responsabilidad o capacidad penal, el jurista Vicente Manzini (citado por Jiménez de Asua) (2005), plantea que para que un hombre sea capaz de asumir la imposición de una pena, debe reunir determinadas condiciones, tales como, que presente una capacidad de conducirse socialmente; es decir, que pueda responder en la vida política del hombre, que disponga en su psiquis de un mínimo de representaciones para una valoración social, que esta sea de una forma ordinaria y en una velocidad acorde, que estos impulsos respondan a su voluntad y que este no sufra de ninguna anomalía, que en términos más claros, sería el hecho de que la persona adquiriera un grado de madurez que le permita entender las consecuencias negativas que contempla la comisión de un delito. En igual sentido, el jurista Cury Urzúa (2020), precisa en relación a la culpabilidad del autor, que esta debe presentar una proyección en su psiquis respecto al hecho acaecido, que esta forme parte de la capacidad de auto determinarse, es por eso, que en circunstancias en donde no se ha dado un desarrollo completo en la salud mental del autor, la imputabilidad se encuentra disminuida, de esto se vislumbra, que van a existir situaciones en las que una persona que ha formado parte de la comisión de un delito, no ha logrado su desarrollo pleno de sus capacidades, pues no ha logrado satisfacer su capacidad de entendimiento, respecto al delito cometido, debiendo tenerse en cuenta esta circunstancia al momento de determinar su imputabilidad, la cual se encontrara reducida, y esta se debe expresar al momento de la imposición de la pena.

En el derecho Interno, se tiene el Recurso de Nulidad N.º 993-2012-Lambayeque, en el cual se ha precisado que el beneficio de la responsabilidad restringida por la edad, no se aplica en los casos de violación sexual de menor de edad, por existir una prohibición expresa en el Art. 22 del C.P., sin embargo, esta prohibición vulnera el principio de igualdad, pues el sustento que precisa el Código, no es suficiente para acreditar que en estos casos no se debe aplicar este beneficio a todos los procesados, al margen del delito cometido, en tanto, esta no va destinada al tipo de delito cometido, sino por el contrario a las condiciones personales del procesado, en la posibilidad de poder atribuirle el reproche de culpabilidad, de esto, se puede inferir que no importa el delito cometido, sino que el sujeto sea mayor de 18 años y menor de 21 años, para que se le pueda reducir la pena, acorde a lo establecido en el Art. 22 del C.P., que plantea una reducción en la pena por el delito, lo que en la presente investigación es un eslabón más para considerar al momento de contemplar una pena para el autor del delito de violación sexual de menor de edad, como un delito atenuado.

En mérito a ello, respecto a este punto, se puede verificar que debe tenerse en cuenta las condiciones del sujeto activo para poder imponer una sanción penal, como es el caso del sujeto activo en el delito de violación sexual de menor de edad, en el mismo sentido, respecto a la presente investigación debe analizarse este supuesto, al tratarse de una circunstancia personal y diferenciada en el caso que se encuentre como víctima una menor entre 12 a 14 años, y exista un consentimiento

potencialmente valido, conforme también existe en el derecho comparado.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

IMPLEMENTACIÓN DEL TIPO ATENUADO PARA LA CONDUCTA TIPIFICADA EN EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

En el presente capítulo, se fundamentan los motivos prácticos y jurídicos para plantear un tipo penal atenuado de violación sexual de menor de edad, conforme a los planteamientos y argumentos realizados en la presente investigación:

4.1. Motivos de la propuesta: Fundamentos prácticos y jurídicos

Los motivos que sustentan la propuesta realizada son los siguientes:

- a. En la contrastación de la hipótesis se ha logrado determinar que la regulación actual del delito de violación sexual de menor de edad en el Código Penal peruano, cuando existen casos diferenciados en donde la menor agraviada tiene entre 12 a 14 años, con un consentimiento potencialmente válido, así como el sujeto activo presenta características de responsabilidad restringida, vulnera el principio de proporcionalidad y sus sub principios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto). Así como por los principios de merecimiento y necesidad de pena, lesividad, además del derecho fundamental de la dignidad y resocialización del condenado, al imponer una pena de cadena perpetua.
- b. Se ha encontrado estadísticamente, que, en la realidad nacional, existen menores que aún no tienen 14 años de edad, y ya han practicado algún tipo de relación sexual, esto debido a una madurez temprana en su ámbito sexual, así como diversos factores que conllevan a que se suscite este tipo de hechos, por lo que, debe existir un tratamiento diferenciado en este tipo

de casos.

- c. Se ha verificado que existen casos dentro de la jurisprudencia nacional que vislumbra la existencia de tipos de casos diferenciados en el delito de violación sexual de menor de edad, en donde en base al caso en concreto se ha planteado una pena diferente a la estipulada en el código penal, en el mismo sentido, se ha aplicado principios rectores como el interés superior del niño que han permitido una reducción de pena para los sentenciados por este delito, por lo que, para no generar un conflicto normativo, se debe plantear un tipo penal atenuado o que encuentre sustento al momento de la configuración del delito.

4.2. Efectos de modificación

La modificación no pretende despenalizar el delito de violación sexual de menor de edad, cuando existen supuestos diferenciados, sino solo se busca regular una pena acorde al hecho acaecido o cometido por el sentenciado, acorde al principio de proporcionalidad y sus sub principios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto). Así como por los principios de merecimiento y necesidad de pena, lesividad, además del derecho fundamental de la dignidad y resocialización del condenado, y con ello, dejar de aplicar penas como la de cadena perpetua.

4.3. Cuadro de resumen

Tomando a consideración al respeto al principio de proporcionalidad y sus sub principios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto). Así como por los principios de merecimiento y necesidad de pena, lesividad, además del derecho fundamental de la dignidad y resocialización del condenado, los cuales son pilares y fundamentos jurídicos de la regulación de un tipo penal atenuado del delito de violación sexual de menor de edad, por lo que se propone modificar el artículo 173 del Código Penal peruano de la

siguiente manera:

Tabla 1

Texto Vigente	Se propone regular de la siguiente manera
<p>Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua.</p>	<p>Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua. La pena será de no menor de cuatro ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad, cuando las conductas descritas anteriormente, se realizan con el imputado el cual es mayor de dieciocho y menos de veintiún años, y la agraviada es una menor mayor de doce y menor de catorce años, en donde se determine que esta brindó un consentimiento potencialmente válido.</p>

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos justifican la imposición de una pena privativa de libertad no menor de 4 y no mayor de 20 años en delitos de violación sexual de menores de edad, con agentes de responsabilidad restringida y víctimas entre 12 y menos de 14 años con consentimiento potencialmente válido. Este marco asegura una adecuada proporcionalidad, respetando los derechos del agente y de la víctima.
2. La optimización del principio de proporcionalidad, mediante sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, sustenta la imposición de penas moderadas. Esto permite un equilibrio adecuado entre la gravedad del delito y las características del agente, evitando la cadena perpetua y favoreciendo penas entre 4 y 20 años.
3. El principio de merecimiento y necesidad de pena fundamenta la aplicación de penas proporcionales que consideren tanto la gravedad del delito como las circunstancias del consentimiento potencialmente válido. Esto justifica la necesidad de penas que permitan la reinserción social, situándose entre 4 y 20 años, en lugar de sanciones más severas.
4. El principio de lesividad exige que la pena sea proporcional al daño causado. En casos donde el consentimiento potencialmente válido reduce el impacto del delito, una pena entre 4 y 20 años es adecuada, evitando castigos desproporcionados que no se ajustan a la realidad del daño.

5. El respeto por la dignidad de la persona humana, como fin supremo del Estado Constitucional de Derecho, limita la severidad de las penas. La investigación demuestra que la cadena perpetua en estos casos podría vulnerar este principio, siendo más apropiadas penas proporcionales entre 4 y 20 años.
6. El principio de resocialización se materializa mejor con penas que permitan al condenado reintegrarse a la sociedad. Penas entre 4 y 20 años garantizan una sanción adecuada y a la vez promueven la rehabilitación del condenado, lo cual no es posible bajo una condena de cadena perpetua.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que los legisladores y académicos trabajen conjuntamente para desarrollar programas que fortalezcan el principio de resocialización dentro del sistema penitenciario, promoviendo la implementación de políticas que favorezcan penas que ofrezcan oportunidades reales de reintegración a la sociedad, en lugar de optar por sanciones extremas como la cadena perpetua.
2. A partir de los planteamientos desarrollados en esta investigación, reflejados en las conclusiones, se recomienda considerar la propuesta legislativa presentada, que subraya la importancia de introducir un tipo penal atenuado para los delitos de violación sexual. Asimismo, se destaca la necesidad de estandarizar los criterios de actuación de los especialistas y magistrados, asegurando una aplicación uniforme y justa de esta figura legal en el ámbito judicial.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alcócer, P. E. (2018). *Introducción Al Derecho Penal, Parte General*. Lima: JURISTA Editores.
- Aparicio, M. F. (2019). *El Delito de Abuso y Explotación Sexual de Menores, Comentarios a la Ley 30963*. Lima: DEJUS EDICIONES.
- Arburú, M. V. (2019). Delitos Sexuales en Agravio de Menores de Edad. *Gaceta Jurídica*, 5.
- Arias, T. L. (2002). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Lima: 82.
- Asis, R. (2008). *La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba*. España: Dykinson.
- Bacigalupo Z, E. (1996). *Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera reimpresión*. Santa Fe de Bogotá: TEMIS S.A.
- Bauman, J. (1973). *Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema, Introducción a la Sistemática Sobre la Base de Casos*. Bueno Aires: De Palma.
- Bobbio, N. (2017). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Calsamiglia, A. (1998). Pospositivismo. *DOXA 21-I*, 210.
- Castillo Alva, J. L., Urquiza Dlaeehea, J., Caro Coria, D. C., San Martín Castro, C., Revilla Llaza, P. E., Reyna Alfaro, L. M., y Arias Torres, B. (2004). *Código*

- Penal Comentado, Tomo I, Título Preliminar Parte General.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, A. J. (2002). *Principios de Derecho Penal, Parte General.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Cury, U. E. (2020). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I.* Santiago: Ediciones UC.
- Fernández, C. J. (2012). *Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena Vol. II, Dispositivos Amplificadores, concursos y penas.* Bogotá: IBAÑEZ.
- Fernández, C. J. (2016). *Derecho Penal, Parte General, Principios y categorías dogmáticas.* Lima: Idemsa.
- Fernández, d. V. (2001). Filosofía del Derecho, Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica. *Porrúa*, 232.
- Fontán, B. C. (1998). *Derecho Penal, Introducción y Parte General, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García, C. P. (2019). *Derecho Penal Parte General, Parte General, 3ra edición corregida y actualizada.* Lima: Ideas Soluciones Editorial.
- García, M. R. (2008). El Discreto Encanto de la Seguridad Jurídica, Apuntes para una reconstrucción unitaria de la ética de los juristas. *Derechos y Libertades*, 43.
- García, R. S. (1990). *Derecho Penal.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Gregorio, B. A. (2004). *Abuso Sexual Infantil, Denuncias Falsas y errónea*. Buenos Aires: Omar Favale Ediciones.
- Hurtado, P. J. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General, 3° Edición*. Lima: GRIJLEY.
- INEI, D. C. (2002). Salud Sexual y Reproductiva Adolescente y Juvenil: Condiciones Sociodemográficos e implicancias para Políticas, Planes y Programas e Intervenciones. *INEI*, 21.
- Jiménez de Asúa, L. (2005). *Principios de Derecho Penal La Ley y El Delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kant, I. (1989). *La Metafísica de las Costrumbres*. España: Tecnos.
- Kelsen, H. (2002). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Mexico: Unam.
- Künsemüller, L. C. (2001). *Culpabilidad y Pena*. Santiago: Editorial Jurista de Chile.
- Landa, A. C. (2011). Derecho Procesal Constitucional. *Departamento Académico de Derecho*, 13.
- Lascuraín, S. J. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Boletín oficial del Estado.
- Madrugal García, C., y Rodríguez Ponz, J. L. (2004). *Derecho Penal Parte Especial Judicatura*. Madrid: Carperi.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Fondo Editorial.

- Mir Puig, S. (2002). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: IBdef.
- Muñoz, C. F. (2004). *Derecho Penal y Control Social*. Colombia: Temis S.A.
- Muñoz, P. C. (2003). *Introducción al Derecho Penal*. Panamá: Panamá Viejo.
- Nieves, S. A. (2018). *Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual, Estudio Dogmático y Jurisprudencial*. Lima: A&C Editores.
- Nogueira, A. H. (2010). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina*. Chile: Revista de Derecho.
- Noguera, R. I. (2018). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Lima: Grijley.
- Nuñez, C. R. (1999). *Manual de Derecho Penal, Parte General, 4° Edición actualizada por Ronerto E. Spinka y Félix Gonzalez*. Córdoba : Editora Córdoba-Marco Lerner.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2019). *Manual de Derecho Penal, Partes Especial, Tomo I*. Lima: Legales Ediciones.
- Peña Gonzales, O., y Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del Delito Manual Práctico para su Aplicación en la Teoría del Caso*. Lima: Nomos y Thesis E.I.R.L.
- Peña, C. F. (2017). *Derecho Penal, Parte General Sexta Edición, Tomo I*. Lima: Idemsa.

- Pérez, L. A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la facultad de derecho, Número 15., 28.*
- Pérez, L. J. (2016). *Las 15 Eximentes de Responsabilidad Penal, Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador. (2004). *Limites Constitucionales al Derecho Penal.* El Salvador: Unidad de Producción Bibliográfica CNJ.
- Prado, S. V. (2018). *La Dosimetría del Castigo Penal, Modelos, Reglas y Procedimientos.* Lima: Ideas Solución Editorial.
- Reátegui, S. J. (2016). *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen I.* Lima: Legales Instituto.
- Reátegui, S. J. (2016). *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen 1.* Lima: Legales Ediciones.
- Rodríguez Hurtado, M. P., Ugaz Zegarra, Á. F., Gamero, C. L., y Schonbohm, H. (2012). *Manual de Casos Penales, La Teoría General del Delito y su Importancia en el Marco de la Reforma Procesal Penal.* Lima: Ediciones Nova Print S.A.C.
- Salinas, S. R. (2008). *Derecho Penal, Parte Especial 3° Edición Corregida y Aumentada.* Lima: Jurídica Grijley.
- Salinas, S. R. (2016). *Los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual, doctrina y jurisprudencia, 3° Edición.* Lima: Instituto Pacífico.

Silva, S. G. (2015). Pubertad precoz actualización con una visión desde la pediatría.
Volumen 14, 69.

Silva, S. M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: j.m.
Bosch editor s.a.

Sproviero, J. H. (1996). *Delito de Violación*. Buenos Aires: Astrea.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal, Parte General I, El Hecho Punible, 4° edición totalmente reelaborada, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.

Urquiza, O. J. (2010). *Código Penal Tomo I*. Lima: Idemsa.

Villa, S. J. (2014). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Ara-Editores.

Villavicencio, T. F. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2006). *Manual De Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires-Argentina: EDIAR.

Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal, Parte General I*. Buenos Aires:
Ediar.