

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

ESCUELA DE POSGRADO



**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)**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

TESISTA: LIZ KATTY CAPCHA AUCALLANCHI

ASESOR: DR. LORENZO PASQUEL LOARTE

HUANUCO –PERU

2015

DEDICATORIA

El presente es fruto del esfuerzo de muchas personas

que directa e indirectamente han apoyado en el,

Por eso mi agradecimiento para

todas ellas

A la UNHEVAL que facilito mis estudios,

a los profesores que coadyuvaron a ello

A mi asesor al Dr. Lorenzo Pasquel, a mis padres que siempre me brindan su

apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO:

Gracias a Dios, por todas las bendiciones que recibo a diario y porque con él todo es posible y sin él, nada soy.

Gracias a mis amados padres y hermanos por su amor diario y porque siempre están dispuestos a brindarme su apoyo incondicional.

Agradecimiento especial a mi madre, mi mejor amiga y compañera en las buenas y en las malas.

No obstante, quiero subrayar la infatigable y minuciosa tarea de mi asesora, para hacer realidad este delicado trabajo.

Finalmente, deseo dar gracias a la comunidad de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (UNHEVAL).

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo determinar los argumentos en virtud de los cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual.

Para el desarrollo se analizó doce casos de sentencias de la corte de Justicia de Junín – Chanchamayo, casos de los años 2013, 2014 y 2015, donde diez presentan sentencias absolutorias y dos retiros de acusación, todas ellas en función al artículo 173° del Código Penal.

Las dimensiones estudiadas comprenden los argumentos: de consentimiento de la agraviada, consentimiento de la familia, de impedimento normativos, de impedimento social, de valoración de medios de prueba y por último los argumentos de sentencias, todas ellas analizadas mediante estadística descriptiva simple y correlación múltiple.

El análisis de correlación múltiple presentó como resultado que dos indicadores presentan correlación perfecta, dos correlaciones regulares y las demás no presentan correlaciones. Por otro lado, el diagrama de puntos por categoría demuestra que “Por presión de padres le imputa al acusado un delito tan grave, por lo que no había consentimiento de la familia y que esta termina con sentencia absolutoria y en algunos casos con retiro de acusación, ya que estas se dieron por circunstancias del momento al momento del enamoramiento, y que el acusado no sabía la edad de la menor agraviada”, Por los resultados, es necesario bajo estos argumentos despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad cuando existe consentimiento del acto sexual.

SUMMARY

This research aimed to determine the grounds under which they should decriminalize the crime of rape , in girls of thirteen and fourteen years for having consensual sex.

To develop twelve cases of judgments of the Court of Junín, cases of the years 2013 , 2014 and 2015 , where ten have acquittals and two retreats accusation was analyzed , all according to articulo173 of the Penal Code.

The dimensions studied include the arguments consent of the victim, family consent, regulatory impediments, social impairment, assessment of evidence and arguments last sentences, all analyzed by simple descriptive statistics and multiple correlation .

The multiple correlation analysis results present two indicators show perfect correlation, two regular correlations and others have no correlations. On the other hand, the dot plot by category shows that "Under pressure from parents the accused is charged as a felony, so there was no consent of the family and that this ends with acquittal and in some cases withdrawal of indictment because they gave these circumstances at the time when the infatuation, and that the defendant did not know the age of the minor aggrieved "From the results, it is necessary under these arguments decriminalize the crime of rape, in thirteen girls fourteen when there consented sex.

Keywords:

Legally protected, minor, the crime

INTRODUCCIÓN

Estamos convencidos que la violación en menores se ha convertido en un delito muy común, y repetitivo, presente en toda clase social, en todos los países del mundo, derivándose de diferentes factores como por la violencia intrafamiliar, hogares disfuncionales etc.

En nuestro medio se considera al delito de violación como el más grave que puede consumarse en contra la libertad sexual de un individuo de cualquier género, mucho más si esta es cometida en una menor de edad, por lo tanto el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la integridad sexual y reproductiva de la menor y proteger el libre desarrollo sexual de la menor en comparación de los mayores.

Debe de entenderse que integridad sexual¹, es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene, en este caso la menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en una esfera íntima por parte de terceros.

Pero, las violaciones que se dan en niñas entre 13 y 14 años con consentimiento del acto sexual en la Selva Central, específicamente en Satipo-Oxapampa-La Merced-Chanchamayo, poseen características especiales, como que ninguna presenta sentencia condenatoria, que por presión de los padres las menores agraviadas imputan el delito a los acusados, que según el protocolo psicológico todas tenían conocimiento de la sexualidad, el cincuenta por ciento

¹ Camaño Illescas J. (2015). *El delito de violación a menores de edad en el Ecuador*. Universidad de Cuenca: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales - Escuela de Derecho

no tenía consentimiento de la familia y que todas si tenían consentimiento de la agraviada, entre las características más saltantes.

Por tal razón, esta investigación describe argumentos para despenalización el delito de violación sexual en este grupo.

El supuesto presentado es que se debe despenalizar el delito de Violación Sexual en niñas de trece y catorce años de edad, porque estas ya tienen conocimiento de su sexualidad, tienen consentimiento propio por ser circunstancia del momento del enamoramiento; y por ende, pueden prestar consentimiento válido tan igual que un mayor de catorce años.

El desarrollo de la investigación tuvo como objetivo el determinar los argumentos en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual. La investigación mediante la aplicación de estadística descriptiva simple y el análisis de correlación múltiple², nos arrojó como resultado que “Por presión de padres le imputa al acusado un delito tan grave, por lo que no había consentimiento de la familia y que esta termina con sentencia absolutoria y en algunos casos con retiro de acusación, ya que estas se dieron por circunstancias del momento al momento del enamoramiento, y que el acusado no sabía la edad de la menor agraviada”.

Las dificultades que se presenta dentro del desarrollo de la investigación es la imposibilidad de aplicar una entrevista como instrumento de investigación ya que se respeta la identidad de las menores agraviadas, otra es que existe

² Díaz Ignacio, Garrido Isabel. (2015). **Correspondencias Múltiples en SPPS. Estadística IV.** Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile

reserva muy férrea por parte de los familiares directos, los padres. Esta razón nos obligó a desarrollar un estudio muestral criterial.

INDICE

DEDICATORIA.	II
AGRADECIMIENTO.	III
RESUMEN.	IV
ABSTRAC	V
INTRODUCCCIÓN.	VI

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del Problema.	12
1.2. Formulación del Problema.	13
1.2.1. Problema general.	13
1.2.2. Problemas específicos.	13
1.3. Objetivos de la investigación.	14
1.3.1. Objetivo general.	14
1.3.2. Objetivos específicos.	14
1.4. Hipótesis	15
1.5. Variables e indicadores.	16
1.5.1. Cuadro de operacionalización de variables	17
1.6. Justificación e importancia.	17
1.7. Limitaciones.	18

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.	20
2.1.1 A nivel Internacional.	20

2.1.2 A nivel Nacional.	20
2.2 Bases teóricas.	36
2.2.1. El delito de violación sexual.	36
2.2.2. El bien jurídico protegido.	37
2.2.3. La libertad sexual como bien jurídico protegido.	38
2.2.4. La libertad en el ámbito sexual.	40
2.2.5. La indemnidad sexual como bien jurídico.	42
2.2.6. Diferencia entre libertad sexual e indemnidad sexual.	45
2.2.7. Consentimiento.	47
2.2.8. Naturaleza del consentimiento como causa de justificación.	47
2.2.8.1 Características y aspectos evolutivos del menor a ser tenidos en cuenta en el proceso de valoración de la palabra víctima	48
2.2.9. La edad del consentimiento en los países hispanohablantes	51
2.2.10. Impedimento	55
2.2.11 Consecuencias Jurídicas	61
2.3 Definiciones Conceptuales	69

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo de investigación.	79
3.2 Diseño y esquema de la investigación	79
3.3 Población y muestra	81
3.4 Instrumentos de recolección de datos	82
3.5 Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos	82
3.6 Validación del instrumento	83

3.7 Confiabilidad del instrumento	83
-----------------------------------	----

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 Resultados de la aplicación del instrumento de investigación	85
4.2 Argumentos de consentimiento de la agraviada	86
4.3 Argumentos de consentimiento de la familia	87
4.4 Argumentos de impedimento normativos	88
4.5 Argumentos de impedimento social	92
4.6 Argumentos de valoración de medios de prueba	93
4.7 Argumentos de sentencias	96
4.8 Análisis de correspondencia múltiple	97

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Contrastación de los resultados	101
5.2. Aporte científico de la investigación	102
CONCLUSIONES.	104
SUGERENCIAS.	106
REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA.	107

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

El delito de Violación Sexual en menores de edad de catorce a doce años de edad, la conducta que sanciona ésta tipificada en el artículo 173 del Código Penal, siendo el bien jurídico protegido la indemnidad e intangibilidad sexual, siendo una realidad en la Selva Central que la libertad sexual, se ejerce a partir de doce a trece años de edad, por lo tanto, la ley penal debe ser modificada en el sentido que el bien jurídico protegido de indemnidad sexual, debe ser determinada por la libertad sexual. Toda vez se da la intervención de los conflictos sociales, ya que limita la protección de los valores fundamentales del orden social. Aquí lo que pondera es la costumbre, ya que el modus vivendum del ámbito social determina en estas menores es el ambiente en la cual se encuentra su habita.

En nuestra sociedad la libertad sexual, es el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse sexualmente y de rechazar dicha esfera a terceras personas cuando no medie consentimiento. Acá estamos hablando en el ámbito general de la libertad sexual, pero según nuestra legislación penal, en los delitos contra libertad sexual, en bien jurídico protegido que establece nuestra norma, es la indemnidad e intangibilidad sexual en menores de catorce años de edad, y el bien jurídico de mayores de catorce a dieciocho años de edad, es la libertad sexual. En este último caso, si la menor de catorce a dieciocho años de edad, consciente el acto sexual ésta dentro de

sus facultad la tener sexualidad. Pero si hablamos de una menor de trece años de edad que haya consentido su sexualidad, esta menor no tiene libre albedrio de elegir su sexualidad ya que ésta, es intangible; por lo tanto, aquí tiene que ver la determinación del tipo penal toda vez que.

1.2 Formulación del problema

- **Problema general**

¿Cuáles son los argumentos en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual?,

- **Problemas específicos**

¿Cuáles son los argumentos de **consentimiento de la agraviada** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad, por haber consentido el acto sexual?

¿Cuáles son los argumentos de **consentimiento de la familia** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad, por haber consentido el acto sexual?

¿Cuáles son los argumentos de **impedimento normativos** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual?

¿Cuáles son los argumentos de **impedimento social** por parte de la agraviada en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual?

¿Cuáles son los argumentos de **valoración de medios de prueba** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual?

¿Cuáles son los argumentos de **sentencias** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual?

1.3 Objetivos

Objetivo general

Determinar los argumentos en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual.

Objetivos específicos

Determinar los argumentos de **consentimiento de la agraviada** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad, por haber consentido el acto sexual.

Determinar los argumentos de **consentimiento de la familia** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad, por haber consentido el acto sexual.

Determinar los argumentos de **impedimento normativos** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual.

Determinar los argumentos de **impedimento social** por parte de la agraviada en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual.

Determinar los argumentos de **valoración de medios de prueba** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual.

Determinar los argumentos de **sentencias** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual.

1.4 Hipótesis

Dado que el trabajo de investigación es de tipo descriptivo y no muestra una relación causa efecto, esta no genera una hipótesis.³

³El texto en referencia lo presenta Cesar Augusto Bernal en su libro Metodología de la Investigación (2006). También al respecto Hernández Sampieri en su libro Metodología de la Investigación (2014: 104), escribe que “El hecho de que formulemos o no hipótesis depende de

Pero propusimos un supuesto⁴, que nos guio al desarrollo de la tesis:

“Se debe despenalizar el delito de Violación Sexual en niñas de trece y catorce años de edad, porque estas ya tienen conocimiento de su sexualidad; y por ende, pueden prestar consentimiento válido tan igual que un mayor de catorce años, de tal manera, que no se vean en la necesidad de mentir a sus parejas sobre su edad”.

1.5 Variable

Despenalización del delito de violación sexual en niñas entre trece y catorce de edad, por haber consentido el acto sexual.

un factor esencial: el alcance inicial del estudio, Las investigaciones cuantitativas que formulan hipótesis son aquellas cuyo planteamiento definen que su alcance será correlacional o explicativo, o las que tienen un alcance descriptivo, pero que intentan pronosticar una cifra o un hecho.” Por otra parte, Cristina Alayza et al, en su obra *Iniciarse en Investigación académica* (2010), manifiesta que “Si embargo no todo trabajo académico requiere de una hipótesis. Aunque parezca una afirmación sospechosa, la necesidad de contar con una hipótesis dependerá del alcance que tenga nuestra investigación. Si el trabajo académico que deseamos llevar a cabo tiene como propósito hacer una primera exploración del tema, describir un fenómeno o simplemente recopilar información, no es necesario formular hipótesis, pues lo que se busca, simplemente, recabar información, no se intenta demostrar nada. Pero, si de lo que se trata es de llevar a cabo un estudio de tipo descriptivo que pronostique un fenómeno, un hecho o dato, la formulación de la hipótesis sí será necesaria.”

⁴ Para Beatriz Avolio Alecchi (2015), los supuestos son aquellas suposiciones que son ciertas o verdaderas, pero que no se demuestran como tales en el estudio.

1.5.1 Cuadro de operacionalización de la variable.

Cuadro de operacionalización de variables			
Variable	Dimensiones	Indicadores	
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)	DESCRIPCIÓN CONSENTIMIENTO DE LA AGRAVIADA	Si	
		No	
	CONSENTIMIENTO DE LA FAMILIA	No	
		Por enamoramiento	
		Por cultura	
	IMPEDIMENTO NORMATIVO(EL ACUSADO SABÍA SI ERA DELITO)	Si el acusado sabía: si era delito tener relaciones sexuales con una menor de edad de catorce años.	
		Sabía la edad de la menor agraviada	
		La agraviada le había dado una edad exacta	
		Porque cree la menor agraviada le imputa de un delito tan grave	Presión de padres
			Por Ámbito social
	IMPEDIMENTO SOCIAL.	Por curiosidad	
		Por presión de amigas	
		Por circunstancias del momento al momento del enamoramiento	
	VALORACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA.	Examen Médico Legal (Si presenta desfloración)	
		Protocolo de pericia psicológica. Conocimiento de la sexualidad	
		Testimoniales(las declaración referencial de la menor agraviada si consintió el acto sexual)	
	SENTENCIA	Absolutoria	
Retiro de acusación			
Condenatoria			

1.6 Justificación e importancia

Las menores de catorce a trece años de edad, cuando realizan el acto sexual con su consentimiento con un mayor de edad, no debe ser sancionado.

El modus vivendum” de las niñas, respecto a la sexualidad se da a partir de los trece años de edad; por lo tanto, la ley penal debe tipificarse con respecto a los delitos contra la libertad sexual, con respecto al consentimiento y el bien jurídico protegido debe de ser contra la libertad sexual.

La despenalización del tipo penal del delito de violación sexual, tipificado en el artículo 173 del Código Penal, debe darse cuando las niñas de trece a catorce años de edad, prestan su consentimiento del acto sexual.

La modificación de la aplicación de la ley penal en el tiempo: la modificación del artículo 170 inciso 6 “(...) si la víctima tiene entre trece y menos de dieciocho años de edad”. Y,

El bien jurídico, en mayores de edad de trece a dieciocho años, es la Libertad Sexual.

Esta conducta en nuestra Legislación Peruana, es sancionada con una pena drástica hasta cadena perpetua. Toda vez que la menor de catorce a trece años de edad, no tiene consentimiento de su libertad sexual, ya el bien jurídico es la indemnidad e intangibilidad sexual.

Por lo tanto el desarrollo del trabajo de investigación posee justificación práctica⁵, ya que proporcionan las razones suficientemente validadas a los entes que imparten justicia para despenalizar la ley del tipo penal del delito de violación sexual, tipificado en el artículo 173 del Código Penal.

1.7 Limitaciones

Las limitaciones de la investigación son:

⁵ Para Cesar Augusto Bernal, “... los estudios de investigación a nivel de pregrado y postgrado, en el campo de las ciencias económicas y administrativas, en general son de carácter práctico, o bien, describen o analizan un problema o plantean estrategias que podrían solucionar problemas reales si se llevaran a cabo.” El mismo criterio propone Karla Sáenz López y otros, en el libro Metodología para a investigaciones de alto impacto en las ciencias Sociales y jurídicas.

- a) No se hacen generalizaciones estadísticas acerca de la población dado que el estudio presenta un muestreo no probabilístico intencional o criterial.
- b) La recolección de los datos están basadas en documentos como son los reportes de casos judicializados.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

2.1.1. A nivel internacional.

Que ya para el siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, en Argentina se promulgó la Ley Nacional 25.087 que modificó la normatividad referente a los delitos contra la Integridad Sexual, legislación que considera a los sujetos pasivos de tal naturaleza del delito a menores de trece años.

Que con ello se evidenció que con años de anterioridad que los legisladores argentinos reconocieran como válido el consentimiento de un menor de catorce de años de edad para efectos de su autodeterminación sexual.

2.1.2. A nivel nacional.

En la Universidad San Martín de Porras, Facultad de Derecho, se ha desarrollado cuadernos de investigación acerca de **“EL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE MENORES DE 14 A 18 AÑOS DE EDAD”**. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional que elimina el delito de violación sexual contra víctimas de dicho grupo etario), enfocando el estudio del tema en mención desde varios aspectos doctrinarios y de distintos centros de estudios de la universidad en mención, los cuales tienen

relación directa con nuestro tema de investigación. En ese sentido, tenemos:

2.1.2.1. CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN CRIMINOLOGÍA. Por el Profesor Orlando Eduardo Cubillas Romero; CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS, a cargos de los profesores Miguel Ángel Soria Fuerte y Oscar Andrés Pazo Pineda; CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LA FAMILIA Y EL MENOR, a cargo de la profesora Fátima Castro Avilés. CENTRO DE INVESTIGACIONES EN DERECHO PENAL, a cargo del doctor Felipe Villavicencio Terreros.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN CRIMINOLOGÍA:

RESUMEN

El autor, profesor integrante del Centro de Investigación en Criminología, analiza desde la perspectiva criminológica, la decisión del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional el tipo penal de violación sexual de menores entre 14 y 18 años de edad cuando ha existido consentimiento, basado en el mayor valor ponderado, en este caso concreto, del derecho al libre desarrollo a la personalidad. Destaca que en lugar de la criminalización o descriminalización de conductas, o más allá de ello, desde un enfoque político criminológico, se debe preferir la educación sexual para que los adolescentes comprendidos en dicho rango etario puedan ejercer su derecho a la libertad con responsabilidad,

evitando graves afectaciones a sus otros derechos, que son igualmente importantes para su vida, salud e integridad

OPINIÓN

El veinticuatro de enero de dos mil trece, el Diario Oficial El Peruano publicó la sentencia del Tribunal Constitucional N° 008 – 2012 – PI/TC, que declaró inconstitucional la punición de las relaciones sexuales practicadas con adolescentes. Según el Tribunal, el entonces vigente inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal –modificado por el artículo uno de la Ley veintiocho mil cuatrocientos siete–, resulta incompatible con el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, el cual detentan las personas mayores de catorce años.

Para ello, el Tribunal ha recurrido a la aplicación de criterios ponderativos entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero.

Establecido lo anterior, no puede dejar de mencionarse que, criminológicamente, los esfuerzos deberían más bien estar focalizados en la concientización de los adolescentes de la responsabilidad que importa el inicio de una vida sexual a tan prematura edad –a partir de los catorce años–, para de esta manera evitar no sólo el contagio de enfermedades de transmisión sexual, sino también un embarazo no deseado que afectaría su

desarrollo académico y posterior desenvolvimiento profesional, debido a su no planificación, todo lo cual se logrará con la consecución de políticas criminológicas encauzadas a la educación sexual para menores de edad, lo que viene aparejado de un trabajo conjunto entre los sectores de educación y salud, en los diferentes niveles de gobierno, con acceso a información oportuna.

2.1.2.2. CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS

RESUMEN

La reciente expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional constituye un valioso aporte en la determinación del alcance del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad sexual. Sin embargo, los operadores judiciales deberán prestar particular atención a la existencia o no del consentimiento por parte los (las) menores debido a la existencia de múltiples vicios que anulan la voluntad.

OPINIÓN

Una reciente sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente 00008-2012-PI/TC, en la cual se declara la inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173º del Código Penal, ha generado un debate sobre el rol que el Estado debe asumir en relación con la edad mínima del consentimiento sexual. Un análisis superficial de la materia evidenciaría que, cualquier decisión estatal en esta materia, supone una intervención en el

ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, la tutela de otros bienes de relevancia jurídica constitucional legitimaría, al parecer, el establecimiento de una edad mínima para el consentimiento sexual.

En ese sentido, en el caso particular de la protección estatal frente a actos de violación sexual, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido enfático al sostener que el deber de garante que asume el Estado faculta a la adopción de medidas frente a actos que incluso deberían permanecer, en principio, en la esfera privada de la personalidad¹. Inclusive el TEDH ha indicado que la legislación civil, a efectos de demandar la reparación por el daño moral ocasionado, resulta insuficiente por tratarse de valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada de las personas. Por ello, solo la legislación penal sería proporcional a la gravedad ocasionada por un acto de violación sexual. Del mismo modo, el Comité de los Derechos del Niño (CDN), ha puesto relevancia en la gradualidad en el otorgamiento de derechos en beneficio de los niños y de las niñas, lo cual incluye, aunque no se mencione de manera expresa, la libertad sexual o la posibilidad de elegir con quién mantener relaciones sexuales. Sin embargo, el referido Comité ha adoptado una postura intermedia que intenta conciliar la autodeterminación sexual como derecho frente al interés legítimo de los Estados de prevenir ciertas conductas delictivas que utilizan a los menores de edad, como suele ocurrir

con la trata de personas y la explotación sexual. Es así que el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado no considerar una edad tan baja para el consentimiento sexual (13 años), toda vez que ello permitiría que los niños y las niñas sean vulnerables a casos de explotación sexual, por lo que recomendó al Estado de España que revise su legislación en la materia.

Del mismo modo, en el caso de México, el Comité ha observado con preocupación que la edad mínima para contraer matrimonio en numerosos Estados de México sea de 14 años para las niñas y 16 para los varones, con el consentimiento previo de los padres, y que la edad de consentimiento sexual para las niñas y los varones es 12 años.

Como se ha indicado, el reconocimiento de la libertad sexual de adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, no posibilita por sí solo el ejercicio de la prostitución o de la comisión de la trata de personas, pero sí facilita que, en determinadas circunstancias, los menores puedan prostituirse o ser víctimas del delito de trata de personas.

Debe advertirse el peligro inminente que la misma puede originar para las personas que buscan obtener el consentimiento de los menores para la realización de eventos delictivos como la trata de personas o la explotación sexual infantil. No en vano el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la

Delincuencia Organizada Transnacional establece, en su artículo 3, que no se requiere que la utilización de algún medio que vicie la voluntad de una persona menor de 18 años, toda vez que en esos casos el consentimiento brindado por ellos debe ser considerado como inválido. Ahora bien, si se desea establecer el rango de edad en los términos señalados -o, por lo menos aceptados- por el Tribunal Constitucional, deberá prestarse una especial atención a la labor judicial. En efecto, muchas veces el supuesto consentimiento brindado por el niño o de la niña, aunque formal en la práctica, suele tener un propósito determinado: aprovecharse de la vulnerabilidad de las personas que son menores de edad. De esta manera, bastaría el consentimiento viciado de los niños y de las niñas para que no se configure el delito.

De esta manera, resulta indispensable que los operadores judiciales determinen, en función de la prueba presentada en el desarrollo del juicio, si existió o no un legítimo consentimiento. Al respecto, en una materia que resulta afín, el Consejo de Europa ha establecido una serie de supuestos en los cuales no debe considerarse como válido el consentimiento de una víctima en casos de explotación sexual. Así, en el artículo 3 de la Decisión Marco 2004/68/JAI de 22 de diciembre de 2003, se establece que “aun en el caso de que se demuestre que ha habido consentimiento, éste no se considerará válido si se ha obtenido valiéndose, por ejemplo, de una mayor edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el

autor". De esta manera, el juez penal debe evaluar si el consentimiento ha operado de manera legítima o, por el contrario, ha tenido como origen un propósito determinado por parte del victimario. Si esta labor no se agudiza, la línea entre el consentimiento legítimamente brindado y los vicios de la voluntad de los menores será muy delgada, dejando serios vacíos de punibilidad.

2.1.2.3. CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO DE LA FAMILIA Y EL MENOR

RESUMEN

Los integrantes del Centro de Investigación en Derecho de la Familia y el Menor, analiza desde un enfoque de la doctrina y normativa internacional correspondientes a la especialidad que es objeto de estudio de dicho Centro, los efectos de la expulsión del tipo penal de violación sexual de menores de 14 a 18 años de edad del ordenamiento penal peruano.

OPINIÓN

En la sentencia bajo comentario el Tribunal Constitucional estimó que conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, los menores de edad entre 14 y menos de 18 años pueden ser titulares del derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para fundamentar dicha posición citó lo señalado por

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional consideró que no se acreditó la vulneración de los derechos fundamentales de los menores de edad entre 14 años a menos de 18, porque no han sido privados de su derecho a la información, a la salud y a la intimidad; ya que la impugnada disposición penal no impidió a dichos adolescentes acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información vinculada a la actividad sexual, ni prohibió a los órganos estatales competentes a cumplir con su obligación de establecer sistemas de información dirigidos a adolescentes.

La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley es dejarla sin efecto, pero como es materia penal y por el principio de retroactividad benigna, va a surtir efectos en procesos penales en trámite y en procesos penales terminados. Sin embargo, el Tribunal Constitucional advirtió que la presente expulsión de la norma del sistema, no implica la inmediata excarcelación en los casos en que no se acredita el consentimiento de los adolescentes; es decir cuando hubo violencia, agresión o abuso sexual.

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la expulsión de la impugnada norma penal?

No es tarea nuestra cuestionar la sentencia del Tribunal Constitucional sino identificar los vacíos legales que existen a la luz de la expulsión y la consideración del consentimiento del adolescente para el ejercicio de la ahora otorgada libertad sexual. Antes de comentar los efectos jurídicos derivados de la expulsión, nosotros creemos que es importante comentar cómo se aplicaba la penalización de las relaciones sexuales entre adolescentes antes de la eliminación de la norma penal del sistema. En primer término, los adolescentes que tenían relaciones sexuales entre sí, estaban en la misma situación y sólo se penalizaba si de por medio existía violencia o agresión. En este caso el adolescente que viola a otro menor de edad, se le considera adolescente infractor de la ley penal, y se le aplica la descripción típica del delito de violación, pero a partir de la frase “será reprimido...” no se le aplica porque a él le corresponde una medida socioeducativa de no mayor de seis años como máximo y le corresponde un proceso especial establecido en el Código de los Niños y Adolescentes, el cual se encuentra respaldado por instrumentos internacionales ratificados por el Perú.

Lo que realmente se ha despenalizado son las relaciones sexuales entre adolescentes y adultos. La idea primigenia de los acuerdos plenarios jurisdiccionales, era despenalizar las relaciones sexuales cuando existía de por medio una relación sentimental o de convivencia, pero generalmente cuando se tratara de adultos jóvenes.

Sin embargo, uno de los problemas que nos preocupa a raíz de la declaración de inconstitucionalidad es la relación sexual entre adolescentes y personas mayores de edad, donde no existe una simetría en la diferencia de edades. Por ejemplo, que un adulto de cuarenta años sostenga una relación sexual con una adolescente de catorce o quince años de edad, por muy reconocido que se encuentre su derecho a la libertad sexual, su proceso de desarrollo evolutivo no siempre le permitirá emitir un consentimiento válido ante la seducción de un adulto; es decir los casos de las grandes diferencias de edades podrían correr la suerte de un abuso de poder.

¿Qué criterio deberá aplicar el juzgador para conocer si ese consentimiento no está afectado por la intimidación o influido por el engaño del adulto que pretende aprovecharse de la inexperiencia del o de la adolescente o de su situación de vulnerabilidad?

No olvidemos que el sistema penal tiene que ser coherente, de un lado el delito de trata de personas reconoce como unos de sus elementos el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, aspectos que también podrían estar presentes en una relación asimétrica que nos llevaría a presumir que tiene como origen cualquiera de los mencionados elementos.

Además se considera como agravante del delito de trata de personas que la víctima tenga entre catorce y menos de dieciocho años de edad, para lo cual se señala una pena privativa de libertad

no menor de doce ni mayor de veinte años, justamente el mismo tramo de edad que establecía para el delito de violación sexual.

En conclusión, la libertad sexual del adolescente no tiene el mismo contenido para el adolescente que para el adulto, ya que el ejercicio de ese derecho cuenta con una protección especial por la consideración del interés superior del niño, teniendo en cuenta que el adolescente se encuentra en pleno desarrollo, lo que implica que el Estado debe garantizar que el ejercicio de ese derecho tenga una adecuada protección y no vulnere otros derechos como el derecho a su desarrollo integral. Nadie puede desconocer que una relación de pareja temprana, muchas veces niega al adolescente la posibilidad de estudiar y de prepararse para la vida por las responsabilidades que implica, si especialmente se trata de una mujer.

2.1.2.4 CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO PENAL

RESUMEN

El autor, integrante del Centro de Investigación en Derecho Penal, enfoca la problemática en la legislación penal peruana del art. 173º numeral 3 del Código Penal denominado “violación de mayores de 14 y menores de 18 años”, reseñando la evolución histórica relevante del tema; y describiendo determinados Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de la República que se refieren a la interpretación y aplicación del mencionado artículo del Código Penal, hasta la expulsión del ordenamiento jurídico penal

del delito violación sexual en dicho grupo etario cuando a mediado consentimiento.

OPINIÓN

Un sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo–generales, que deben presidir toda construcción o planteamiento jurídico–penal, nos obliga a mantener un criterio flexible y abierto respecto de la minoría de edad en las relaciones sexuales. Como sostiene Castillo Alvasi bien ello no supone de alguna manera la exoneración de responsabilidad penal al autor del hecho, no existe ningún inconveniente para que en la fase de la determinación o individualización judicial de la pena reciba un tratamiento más benigno y se le imponga una pena atenuada”.⁴

En este mismo texto, se viene a citar una ejecutoria suprema que resulta relevante para lo que es materia de nuestra, indicándose al respecto que:

En la Ejecutoria del 17 de diciembre de 2003 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Exp. N° 2425-2003-Cañete, fundamento que es “irrelevante el consentimiento de la misma si fuera el caso, dada su minoría de edad, quien no tiene capacidad plena para disponer de su libertad sexual”.

Ahora bien en ese mismo texto se dice, que en la doctrina jurisprudencial era una constante sostener, respecto al consentimiento de la víctima menor de edad, que tal variable

resultaba irrelevante en la comisión del delito de acceso carnal sexual sobre un menor. La Ley 28704, al modificar el contenido del Artículo 173° del Código Penal amplió la protección del bien jurídico indemnidad sexual hasta los 18 años de edad y esto implicaba la suposición que los adolescentes hasta los 18 años no podían expresar consentimiento válido para el derecho punitivo. Cualquiera que tuviera acceso carnal sexual con un menor de 18 años cometería delito, así la víctima mayor de 14 años prestare su consentimiento.

Ahora bien, en cuanto se trata sobre el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 173° inc. 3 del C.P. modificado por la Ley N° 28704, se señala, al no haber pasado el test de proporcionalidad en relación al libre desarrollo de la personalidad de los menores entre los 14 y 18 años de edad (F.J. 44). Además, el Tribunal ha señalado dos efectos en el ámbito penal.

En principio, la sentencia del TC examina la constitucionalidad del sentido interpretativo del art. 173 inc. 3 del C.P. en cuanto protege la indemnidad sexual de los mayores de 14 años y menores de 18 años de edad y hace irrelevante su consentimiento. Se diferencian tres fases:

- Determina el ámbito normativo del derecho fundamental.
- Identifica la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental.

- Verifica si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada, analizando si el art. 173 inc. 3 supera el sub principio de idoneidad, subprincipio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

A todo ello, a modo de conclusión sobre los comentarios que mereciera por parte de la doctrina sobre la constitucionalidad del artículo 173° inciso 3 del Código Penal, lo que señala el penalista Felipe Villavicencio Terreros, OBRA, EDITORIAL, AÑO PAG, dado que existirían medidas alternativas más benignas para la libertad sexual, como componente del libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre los 14 y 18 años de edad, ya que un medio alternativo hipotético igualmente idóneo hubiera sido que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuvieran relaciones sexuales no consentidas con los menores entre 14 y 18 años de edad, pero no sancionar indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Por consiguiente, no habiendo superado el examen de necesidad, esta interpretación N° 1 de la medida penal impugnada resulta incompatible con la constitución (F.J. 44).

En la segunda parte de la sentencia se realiza el examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173° inciso

3 del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal. Se diferenciaron las siguientes fases: Primero: la discrecionalidad judicial limitada por la constitución y en especial por el de legalidad penal. Segundo: opción interpretativa que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de edad entre 14 años a menos de 18. Fundamentándose en los límites constitucionales que tiene la interpretación jurisdiccional de las leyes penales (principio de legalidad), el Tribunal Constitucional considera que la interpretación del artículo 173º, inciso 3 del Código Penal, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menores de 18 años tienen libertad sexual y que, por tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al que se le atribuye la autoría del delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en vez de indemnidad sexual) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición (artículo 20 inciso 10 del Código Penal), lo que no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal (F.J.

76). En definitiva, la sentencia del TC resumiendo los diferentes sentidos interpretativos que presenta el art. 173º inc. 3 del Código Penal, los tiene por incompatibles con la Constitución y en consecuencia, considera que es inconstitucional el mencionado artículo e inciso modificado por la Ley N° 28704 y ordena su expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 (F.J. 77).

2.2 Bases teóricas

2.2.1 EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

Antecedentes históricos:

La violación entendida como acceso carnal ha sido contemplada por las legislaciones antiguas:

- En Roma se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras.
- En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos se sancionaba de una manera enérgica, la agraviada, la sociedad y todos los dioses eran las víctimas. La sanción que se aplicaba al violador era pena de muerte mediante ahorcamiento en público.
- El derecho Canónico también sancionaba este delito con pena de muerte, pero tenía como requisito que la víctima sea virgen y ser

desflorada, si ésta no reunía esas características no se consideraba como tal, sancionándose con penas más leves.

- En las leyes españolas, el Fuero Juzgo castigaba al hombre libre de 100 azotes y al siervo a morir quemado en fuego. El Fuero viejo de castilla determinaba la muerte de quien forzaba a una mujer virgen o no.
- Las partidas (Tratado de Derecho Penal, Fontán Palestra Carlos, p.50) amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o viviere con algunas de ellas por la fuerza.
- En el Perú, los incas sancionaban al violador con expulsión del pueblo; el linchamiento, sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.
- En la época de la Colonia la cifra negra de la criminalidad aumenta debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestras indígenas.
- En la época de la República, estando vigente el Código de 1924, había pena de muerte para el violador que agraviaba a menores de 7 años, siendo sustituida por la pena de internamiento. Posteriormente la Constitución de 1979 y la actual, se aplica pena de muerte en caso de traición a la patria en situación de guerra exterior (19).

2.2.2 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Si bien hablamos de libertad, esto no se manifiesta en la libre locomoción de los individuos; es decir, no solo englosa la posibilidad de desplazarse

según el libre albedrío de cada uno, sino que se extiende a otras esferas de la individualidad; una de estas manifestaciones constituye la libertad sexual: la capacidad que tiene todo individuo de configurar su vida sexual partiendo de una organización de autonomía y potestad decisoria. El derecho protege la manera en que dicha sexualidad es vivida – acota BOTTKE y la manera en que es protegida de cualquier determinación, acoso, amenaza o daño extremo. Esto es lo que puede ser llamado libertad sexual, el control continuando sobre la propiedad e integridad sexual individual.

2.2.3 LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

En los delitos sexuales, para el penalista español Miguel Bajo Fernández, este aspecto de la libertad sexual debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y, como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, el destacado profesor Caro Coria (2000), prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

En consecuencia, la libertad no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse en un sentido

negativo, por el cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

La libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra persona para relacionarse sexualmente.

El concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminarse de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia "libertad", viene limitada por dos requisitos fundamentales: En primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de dichos conocimientos; Y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

Comprendida de ese modo la libertad sexual, se llega a la conclusión de que en los delitos sexuales pueden ser sujetos activos o pasivos tanto el varón como la mujer, sea esta menor, soltera, virgen, prostituta o casada. De ahí que coincidamos doctrinariamente que en nuestra legislación penal actual se ha previsto el hecho punible de violación sexual dentro del matrimonio, pudiendo ser sujeto activo uno de los cónyuges y pasivo el otro.

Con sobrada razón afirma Caro Coria (200), que resulta deficiente por dos razones: Primero porque incorpora ilícitos que atentan contra "la

indemnidad” o “intangibilidad” de menores de edad. En segundo término, la expresión violación comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración vaginal o anal y, en estricto, mediante el uso de violencia o amenaza, lo que excluye relevancia a la sanción de conductas como el acto bucal o la coacción para que la víctima realice un determinado comportamiento sexual.

Para Ezaine Chávez Amado (1994), estas diferencias normativas nos convencen aún más sobre nuestra posición adoptada respecto de que para interpretar nuestro Código Penal (parte especial) no debemos seguir obsesivamente lo esgrimido por los renombrados penalistas españoles, argentinos, colombianos etc., pues ellos, se dedican a interpretar su respectivo código penal que dista muchas veces en forma radical del nuestro. Sin embargo, ello no significa que no debemos darle importancia a la ubérrima bibliografía extranjera, sino por el contrario, debemos revisarla fría y críticamente, y tenerlo como fundamento como punto de referencia para nuestro trabajo dogmático. Actuar de otro modo, significa tratar de aplicar, vía interpretación, ley penal extranjera para resolver hechos concretos que presentan en la práctica judicial peruana.

2.2.4 LA LIBERTAD EN EL ÁMBITO SEXUAL:

Existe diferencia entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva) y libertad de obrar (libertad negativa). La libertad de querer o de voluntad es autodeterminarse, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. En

tanto que la libertad de obrar supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de emitir, sin que un tercero no autorizado en dicha realización u omisión.

En el campo de los delitos sexuales, el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. En su aspecto positivo, la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en su sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en su contexto sexual.

De igual, este aspecto de la libertad indica debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el aspecto a la libertad ajena, y como facultad de repelar agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, el profesor Carlos Caro Coria prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo –pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. Esta división se hace con fines pedagógicos, pues tanto la libertad sexual en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, pues ambos constituyen un loable complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico.

La libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

El concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia "libertad", viene limitada por dos requisitos fundamentales: En primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones , lo que implica que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

2.2.5. LA INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO

En el caso de los menores o incapaces, de modo alguno puede alegarse que se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad, de ahí que, para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, los cuales proceden en principio de la doctrina

italiana, y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los ochenta.

Caro Coria, por su parte, amparado en argumentos de penalistas españoles, afirma que en los tipos penales antes citados, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en “libertad”, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien este afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca obtenerla. En estricto (sentencia el autor citado) si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual.

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

En termino del español Muñoz Conde, podemos concluir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden

de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAIDA EN N° 8-2012-AI, FUNDAMENTO 35. De la revisión de los motivos que justificaban el mencionado proyecto de ley se observa que más allá de la voluntad política general de endurecer las penas para los autores de violación sexual y de buscar mecanismos de protección a las mujeres y a los niños, en tanto víctimas de violación sexual, se desprende que, entre otros contenidos, el bien jurídico a proteger sería la *indemnidad sexual* de los “niños” en la medida en que se busca garantizar la preservación de la sexualidad de estos cuando *no se está en las condiciones de decidir sobre su actividad sexual*, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento.

Con la *indemnidad sexual* “se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación

sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incompreensión del comportamiento”.

En este punto es importante destacar que la diferencia entre *indemnidad sexual* y *libertad sexual* consiste, conforme lo ha afirmado el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), *amicuscuriae* en el presente proceso constitucional, en lo siguiente: “La libertad sexual está referida a la libertad de disponer de la sexualidad propia. Ésta comprende una faceta positiva, referida a la capacidad de disposición, sin más límite que la libertad ajena; y una faceta negativa, referida a la capacidad de rechazar proposiciones o actos no deseados. Por el contrario, la indemnidad sexual implica la ausencia de la libertad sexual. En efecto, la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual”.

2.2.6. Diferencia entre libertad sexual e indemnidad sexual:

Mientras el artículo el Artículo 170° describe una conducta de acontecimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) donde el bien jurídico tutelado es esencialmente la libertad sexual, y es ajena toda posibilidad de consentimiento de la víctima; El Artículo 173° describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar-por innecesario- ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tiene capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de que son objeto; así, todos los menores de 14 años).

La agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima.

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

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

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

Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometerse válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la

doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad sexual” es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad.

2.2.7. CONSENTIMIENTO

El consentimiento es relevante y expresado por el titular del bien jurídico justifica la conducta imputada; ello será relevante siempre y cuando la aquiescencia se encuentra emitida conforme a las condiciones establecidas por el Derecho Penal Peruano y normas integrantes del sistema jurídico; Sólo si ello sucediese libera de responsabilidad penal al perpetrador.

Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico - penal (27)

2.2.8. NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

El Acuerdo Plenario N° 4-2008 ubica al consentimiento como una causal de exención de pena.

Las víctimas menores de 14 a 18 años de edad del delito tratado, si emiten su consentimiento, este operara como causa de atipicidad, por cuanto no se configura la violencia o amenaza que en esencia requiere el acometimiento sexual no consentido. La manifestación del consentimiento por una menor de catorce años ahora es relevante para el Derecho Penal.

Por lo tanto; en el Perú el consentimiento de la sexualidad es a partir de los catorce años de edad, toda vez que el bien jurídico es la libertad sexual.

2.2.8.1 CARACTERÍSTICAS Y ASPECTOS EVOLUTIVOS DEL MENOR A SER TENIDOS EN CUENTA EN EL PROCESO DE VALORACIÓN DE LA PALABRA VÍCTIMA

Al referirnos de continuar a la víctima como niño o menor, sin desearlo, incurrimos en una peligrosa generalización y ambigüedad que de no detenernos para tomar en cuenta algunos parámetros, podría generar inconvenientes y errores. Efectivamente, la evolución cronológica del ser humano, transcurre por diversos periodos, y éstos, a su vez, admítase su subdivisión, ateniéndonos a la maduración de la personalidad y adquisición de habilidades, así como también, en el otro extremo de la infancia, la ancianidad, por su paulatina declinación y deterioro. Para Bonnet, el periodo de infancia incluye los siguientes estadios:

De igual modo, el siguiente, correspondiente a la juventud, presenta y admite los periodos de:

- a) pubertad;
- b) adolescencia;
- c) juventud propiamente dicha.

Entendemos que conocer los rasgos fundamentales de cada uno de ellos será más que una importante herramienta, para acercarnos a la auténtica

comprensión del posible testimonio de un menor, brindando al intérprete posibilidades ciertas y verdaderas, tanto para el ponderar el tenor de las respuestas. La importancia de ello se verá con mayor claridad en cuanto se repare en las características propias de cada periodo. En cuanto a la infancia como estado, puede fijarse en aquel que transita entre el nacimiento y los doce años. Su característica primordial, se centra en la curiosidad, en la continua acumulación de nociones, experiencias, ya partir de los dos años, auténticas vivencias.

- a. **Periodo Concreto.**- Entre los ocho y los once años, un impropio proceso se establece en el menor, consistente en la posibilidad de percibir la diferencia entre, por ejemplo, lo que es juego, y aquello que es trabajo y estudio, y a la vez lo más importante, la distinción entre lo que es verdad y aquello que es fantasía, en esta edad, se manifiesta sentidos de comprensión en cuanto a lo que es propio, las nociones de cambio y venta (adquiridas muchas veces a través de juegos), y resulta evidente el saber lo que es el dinero, y aquello que con el puede comprarse. A los doce, el niño percibe su existencia como individual, y su adscripción a determinado entorno social y familiar, de una manera precisa y bien definida.

En cuanto a la juventud, que se inicia a partir de los doce años, y se entiende, según los autores hasta los doce años y se extiende, hasta los treinta, resulta ser la época más importante del individuo, en más de un sentido. Allí se desarrollará la formación del plan de vida, y el ingreso a la vida adulta, con un pleno conocimiento de la propia individualización, su avance permite discernir en lo que aquí toca analizar, las etapas descritas a continuación.

b. **Periodo de pubertad.**- Desde la filosofía, se produce un importante cambio orgánico, con el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios, y la capacidad de engendrar o concebir, trayendo consigo importantes mutaciones en la personalidad y en los comportamientos. Se adquiere la posibilidad de una conversación fluida, con cuidados y frenos en su discurso con una conducta semejante a la de un mayor, apareciendo sin embargo, falencias y déficit en el acomodamiento de sus deseos apetencias, con aquello que forma parte de la realidad. Alrededor de los trece años, la personalidad experimenta un nuevo vuelco, replegándose, apareciendo retraído del ambiente familiar, ampliando sus áreas personales de reserva, poco comunicativo, y capaz de una importante aptitud para la reflexión.

El periodo de la adolescencia.- En el finalizar el relevamiento de caracteres, que poseen incidencia en los temas tratados, apareciendo como características básicas de este periodo, por un lado, la consecuencia del aislamiento reflexivo, que cerraba la etapa de la pubertad, y termina de estructurar la afirmación del descubrimiento del yo, adquiriendo la persona, con mayor claridad que antes la noción de secreto. Junto a ello, se aprecia una exacerbación en el área de los afectos, y también los naturales deseos de comenzar a vivir una vida propia, emancipada de los estratos familiares, adquiriendo actitudes independientes, e integrativas con semejantes (...). Como se ha mencionado, en muchas ocasiones el menor tal vez no comprenderá intelectivamente mucho los cambios, que sucede a su alrededor, pero si podrá percibir los cambios, que a partir de determinada incidencia, se producen en su acotada vida de relación. En un ejemplo, la denuncia de un hecho de abuso intrafamiliar, o provocado por

alguna persona del entorno, generalmente se acompañada de alejamiento, cambios de hábitos, e inclusive de **residencias (ojo)**, que puede llegar a ser percibidas y relacionadas por el infante, como resultantes de sus palabras.

2.2.9 LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO EN LOS PAÍSES HISPANOHABLANTES

A) Argentina

La edad de consentimiento en Argentina es de 13 años, si bien existen algunas restricciones para el sexo con adolescentes entre las edades de 13 y 16 años. Siendo menor de 13 los cargos pueden ser imputados luego de una queja por parte de la persona menor de edad, su padre o tutor, o los profesionales intervinientes (médicos, maestros, psicólogos, etc) y la justicia actuará de oficio si hubiera alguna de las agravantes contempladas en la ley.

Las restricciones mencionadas anteriormente (para edades comprendidas entre los 13 y 16 años) proceden siempre y cuando alguien mayor de 18 años, aprovechándose de la inmadurez sexual del menor o de su propia superioridad (*preeminencia*) respecto del menor, practica cualquiera de los siguientes actos:

- Crea una situación abusiva, por sus circunstancias o duración, que implica un sometimiento sexual seriamente ultrajante para la víctima;
- Cuando cualquier clase de sexo (acceso carnal) es obtenido mediante violencia, amenaza, coerción abusiva, o acoso

en una relación de dependencia, autoridad o poder, o aprovechando el hecho de que el menor, por cualquier motivo, no puede libremente dar su consentimiento.

La figura penal de *corrupción* pena a quienes de cualquier modo obren sobre la víctima de modo que resulte una seria alteración del sentido y la dirección normal de la sexualidad de esta. Las penas son agravadas en dos situaciones:

- a) Si el menor tiene menos de 13 años;
- b) Cuando se obra mediante el engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o por cualquier otro medio de intimidación o coerción, así como en los casos en que el agresor es un padre o tutor legal, hermano/hermana, esposo(a), conviviente o encargado de la educación o cuidado de la víctima.

B) Chile

En Chile el consentimiento de una persona para tener relaciones sexuales es generalmente válido desde los 14 años. La Ley 19617 promulgada el 2 de julio de 1999 establece la edad a los 14.

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

enumeradas en el artículo anterior. Se realizare en persona menor de catorce (14) años.

C) España

La edad de consentimiento en España es 13 años según el código penal español

- Artículo 183(1) - El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

Sin embargo, cuando medie engaño con un mayor de 13 y menor de 16, será delito.

- Artículo 182 (1) - 1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

Con la reforma del Código Penal de 2015, con fecha de entrada en vigor 1 de julio de 2015, se eleva la edad de consentimiento a 16 años. El artículo 182(1) pasa a aplicarse exclusivamente a personas mayores de dieciséis años y menores de dieciocho. Se introduce una salvaguarda para casos en que el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez, a criterio

del juez. Además, se tipifican como delitos el contacto con menores de 16 años a través de internet con fines sexuales.

D) México

México es una república federal donde las leyes penales son competencia de los estados. Las leyes de abuso sexual, corrupción de menores, violación equiparada y estupro varían en cada entidad federativa y las edades en las que se consideran tales delitos están especificadas en los respectivos códigos penales o sus equivalentes.

La cópula con consentimiento o sin violencia con persona menor de 12 años o hasta 15 años, dependiendo del estado, se considera violación equiparada. Después de esta edad y de los 16 a los 18 años la cópula con menor de edad se persigue en el caso de que se utilice el engaño para conseguirla, debiendo existir querrela por parte del sujeto pasivo, sus padres o tutores.

Aunque la mayor parte de los códigos penales se han modernizado y ya no se hace referencia al género, a la virginidad o a la seducción, aún persiste en Baja California y Sonora la definición de estupro como cópula con mujer casta y honesta por medio de la seducción y el engaño.

Sólo en Jalisco se definen estos términos: *La seducción implica fascinación y el engaño consiste en la deformación de la verdad*, ambos con miras a obtener del pasivo su conformidad para la cópula.

2.2.10 IMPEDIMENTO

A) NORMATIVO:

El delito de violación sexual: Se encuentra previsto en el artículo 170° del Código Penal, cuya redacción luego de la última modificatoria producida por la Ley 30076, ha quedado de la siguiente manera:

"Artículo 170° Violación sexual.- El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años".

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.

2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de

servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.

3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.

4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

FUENTE DEL SPIJ

"Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza." (1)(2)

(1) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, no procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en el presente Artículo.

(2) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por el delito previsto en el presente Artículo.

CONCORDANCIAS: R.M. N° 193-2007-JUS, Art. 25

R.M. N° 0162-2010-JUS, Art. 27

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PROCESOS CONSTITUCIONALES

"Artículo 173-A.- Si los actos previstos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será respectivamente de cadena perpetua y no menor de 25 ni mayor de 30 años."(1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 26293, publicado el 14-02-94.

(2) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional, cuyo texto es el siguiente:

"Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave

Artículo 173-A.- Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua." ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173-A.- Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave

Si los actos previstos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua; y, si le producen lesión grave la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años." ()*

(*) Texto del Artículo 173-A restablecido por el Artículo 1 de la Ley N° 27507 publicada el 13-07-2001, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173 A.- Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave

Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua." ()*

CONCORDANCIAS: R.Adm. N° 185-2001-P-CSJLI-PJ

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173-A.- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave

Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua." (1)(2)

(1) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, no procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en el presente Artículo.

(2) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por el delito previsto en el presente Artículo.

CONCORDANCIAS: R.M. N° 193-2007-JUS, Art. 25

R.M. N° 0162-2010-JUS, Art. 27

DEFINICIÓN DE LA EDAD DE LA VÍCTIMA

Para el Alonso Raúl Peña Cabrera: La edad de la víctima se constituye en un dato biológico de especial relevancia para el grado de lesión y del grado de reproche individual. Sin embargo, consideramos que el acto de los delitos sexuales, la edad cronológica de la víctima, se constituye en una fuente medular a efectos de delimitar los medios constituidos den configuración delictiva, es decir, en el Capítulo IX de título IV del Código Penal, el bien objeto de protección se dé dobla en dos planos a saber: en la libertad sexual, y en la intangibilidad sexual. Y eso es así, en la medida que el Artículo 173°, no establece como medios comisivos la violencia física o la intimidación psicológica (vis absoluta y vis compulsiva), en tanto, el ordenamiento jurídico - penal no les reconoce capacidad de consentimiento a las personas menores de 14 años de edad, el consentimiento que puede estar presente en estos contactos sexuales no tiene efectos jurídicos válidos, es nulo eo ipso. Entonces, lo que se tutela en este caso, es la intangibilidad sexual entendida como la esfera íntima que debe ser protegida ante

invasiones ajenas que pueda efectuar su normal desarrollo. (Página 129, aspectos generales)

2.2.11 CONSECUENCIAS JURIDICAS:

A. SENTENCIA. Toda sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente; es así, que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al juzgador el descubrimiento de lo acontecido y establecer los distintos niveles de imputación, para enervar –en su caso– la presunción de inocencia que ampara a todo procesado previsto en el literal “e” del numeral 24 del artículo 2º de la Constitución Política. (R.N. N° 2976-2004-Lima, Sent., 30 de dic. 2004, S.P.P.

B. SENTENCIA ABSOLUTORIA POR RETIRO ACUSACIÓN

EXAMEN MEDICO LEGAL: si bien el artículo de la Ley N° 27115 dispone que en los delitos sexuales el examen médico legal debe ser practicado por el Médico encargado del servicio, el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales señala como excepción que, a falta de personal especializado, pueden nombrarse como peritos a personas de reconocida honorabilidad y competencia en la materia; que, en el presente caso, es aplicable dicha norma, pues consta que los hechos sucedieron en una retirada comunidad rural de la serranía y que el certificado lleva rúbrica del licenciado en enfermería del puesto de salud y sello de su jefatura.

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

a) Ausencia de incredulidad subjetiva es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no solo incide en coherente y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

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

a) Ausencia de incredulidad subjetiva es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la

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

b) Verosimilitud, que no solo incide en coherente y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

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

La dificultad se presenta en lugares en los cuales aún no constituye una práctica la inscripción en el Registro Civil del Municipio sea distrital o provincial, situación producida en zonas de la sierra, selva, y en algunos casos en los que la inscripción se realiza con días, meses o años posteriores al nacimiento del menor de edad, o simplemente no se produce la inscripción; situación poco frecuente, pero en cuanto se presente se deberá recurrir a métodos científicos para determinar la edad cronológica de la persona. La protección no necesariamente debe estar sustentada en documentación- partida de nacimiento-, no es una prueba absoluta en caso de ausencia, por cuanto existen métodos eficaces que pueden emitir una aproximación respecto de la edad de la víctima (25).

ABUSOS SEXUALES

Se asocia el abuso sexual únicamente con la violación sexual, esto no es correcto ya que existen muchas modalidades de abuso sexual. Según el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2012), los abusos sexuales se clasifican en abusos con contacto físico y sin contacto físico.

a) Tipos de abuso sexual con contacto físico

Este tipo de abusos se dan de las siguientes maneras:

- “Contactos bucales en zonas genitales u otras vinculadas a la actividad sexual y que suelen estar cubiertas por la ropa (pecho, vientre, pelvis y glúteos). Estos contactos pueden incluir besos y otras formas de gratificación oral como lamer o morder.
- Caricias, frotamientos o tocamientos de las zonas del cuerpo ya señaladas, con la finalidad de excitarse o explorar el cuerpo del o la menor de edad. Esto incluye la estimulación de los órganos sexuales del niño o niña. Igualmente, los frotamientos que la persona abusadora efectúa “como por descuido”, o aprovechando situaciones en donde el cuerpo de la o el menor de edad es accesible, por ejemplo al pasar por un lugar estrecho, cuando se está en el microbús, cuando se comparte la misma cama, y aprovechando situaciones de expresión de afecto.
- Realización del acto sexual o coito, lo cual se denomina violación sexual. Esto puede darse mediante la penetración del pene en la vagina o en el ano. Incluye también la penetración con otras partes del cuerpo (los dedos) o con objetos. El denominado sexo

oral también se ha definido como una modalidad de violación sexual.

- El sexo interfemoral que consiste en la realización del acto sexual sin penetración. El órgano sexual masculino se excita por frotamiento entre las piernas de la o el menor de edad. Algunos abusadores suelen recurrir a este acto y evitar la penetración que tiene penas de cárcel más severas". (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables 2012: 19)

En la legislación peruana, los actos en los cuales no ha habido penetración ni lesiones extra - genitales se denominan actos contra el pudor y también tienen pena de cárcel.

Se detallan los **tipos penales**:

Violación sexual de menor de edad (**Art 173° Código Penal**)

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena no será menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua.

b) Tipos de abuso sexual sin contacto físico

Este tipo de abuso sexual suelen acompañar o servir de antesala para el contacto físico posterior:

- “Espiar al niño, niña o adolescente cuando se viste.
- Exponer los genitales ante el o la menor de edad o masturbarse delante de él o ella.
- Utilizarle para elaborar material pornográfico (tipificado en el código penal Art. 183 a).
- Tomarles fotos o filmarles desnudos.
- Hacer que vea pornografía.
- Incitación, por parte de la persona abusadora, a que el niño, niña adolescente toque sus genitales.
- Incitar la sexualidad del menor de edad mediante conversaciones e imágenes de contenido sexual a través del chat, correo electrónico, redes sociales entre otros.” (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables 2012: 22)

Esto último está tipificado como delito en el artículo 183 del Código Penal:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años:

1. El que muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes, visuales o auditivas, que por su carácter obsceno, puede afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual.
2. El que incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción.
3. El administrador, vigilante o persona autorizada para controlar un cine u otro espectáculo donde se exhiban representaciones obscenas, que permita ingresar a un menor de dieciocho años.

Las formas de abuso sexual sin contacto físico vulneran la intimidad, la dignidad y la honra, y pueden causar tanto daño como el abuso sexual con contacto físico.

LA DESCRIMINALIZACIÓN O DESPENALIZACIÓN:

Como quiera que en nuestro país ha existido una tendencia de abolición de las penas criminales en relación con ciertas conductas tipificadas en el Código Penal, como es el caso de delitos de Violación sexual menores de edad entre trece a catorce años de edad.

La descriminalización refleja el cambio en los puntos de vista sociales y morales. Una sociedad puede evolucionar hacia la opinión pública de que un acto no es dañino social o moralmente y por lo tanto no debe ser criminalizado o no tiene cabida dentro de un sistema de justicia criminal, y en el presente caso la despenalización tiene cabida porque para el Código de Los Niños y Adolescentes se tiene que se considera niño a todo aquel que se encuentra entre los hasta los doce años de edad, entendiéndose que si bien es menor de edad, aquel ya no es un niño, tal circunstancia se ve reflejada en la muestra de población que se ha tomado en cuenta para la presente investigación ya que en la selva central, las personas de sexo femenino empiezan a decidir sobre su vida sexual desde los trece años de edad cronológica, dando su consentimiento para mantener relaciones sexuales.

Y como ejemplos de esta materia en cambios en la criminalización, se encuentran en todo tipo de sociedades y países, respecto de los delitos de:

- Aborto
- Eutanasia
- Matrimonio entre personas del mismo sexo
- Lactancia materna en lugares públicos
- Posesión de drogas para su uso recreativo.
- Poligamia
- Nudismo
- Juegos de azar
- Prostitución
- Uso de esteroides en el deporte

Aunque la despenalización hace desaparecer la responsabilidad penal por este tipo de hechos, el tema puede seguir teniendo multas

económicas, lo que hace gran diferencia con la legalización. No obstante, existen quienes establecen una diferencia entre descriminalizar y despenalizar.

2.3. Definiciones conceptuales

A. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: significa el derecho que tiene la persona a la libertad de elegir con quien, cuando y donde de tener acceso carnal o, si lo desea, prescindir de ello, por lo que nadie puede obligar a una persona a tener contra su voluntad relaciones sexuales.

B. LIBERTAD SEXUAL: Es una manifestación más de lo que es la libertad individual, significa el reconocimiento del derecho de toda persona a desplegar aspectos sexuales de su propia responsabilidad, es decir a mantener o desarrollarse sexualmente en el ámbito de sus relaciones con los demás. Implica que la persona tiene que entender, conocer y saber qué es lo que implica el despliegue de su personalidad en el ámbito sexual. Sólo se puede reconocer este derecho a una persona adulta plenamente capaz, mayor de edad. Supone desde el punto de vista del consentimiento que estas personas pueden desplegar, que, la libertad sexual es un bien jurídico de carácter disponible. La persona desde este punto de vista tiene derecho a disponer respecto al sostenimiento de relaciones sexuales.

C. INDEMNIDAD SEXUAL.-Es un bien jurídico que se predica respecto de aquellas personas que aún carecen o que no

han logrado un desarrollo de su madurez lo suficientemente necesario como para poder desplegarse de una manera consciente y libre en el ámbito de su realidad sexual. Las propias condiciones físicas, la indemnidad sexual es entendida como el derecho que tienen los sujetos a culminar con ese proceso normal de desarrollo en el ámbito de su sexualidad, siendo menores de edad o personas incapaces.

D. VIOLENCIA. La violencia debe ser entendido como la fuerza de éstas empleada contra un tercero un tercero para que se haga aquello que no quiere o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podría hacer (Exp. N° 8831-97, S.P., 13 jul. 1998, en: Salazar Sánchez, Nelson, *Delitos contra la administración pública; Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 80).

E. VIS ABSOLUTA. → *Vis corporalis*.

F. VIS COMPULSIVA. Está exento de responsabilidad penal quien realiza actos de colaboración con el terrorismo mediando la *vis compulsiva*, es decir, cuando su voluntad no pudo determinarse libremente porque estuvo constreñida ante la amenaza de sufrir un mal grave e inminente en contra de su integridad física y/o la de sus familiares (Exp. N° 1853-99-Lima, Ej. Supr. 9 jul. 1999, en: *Revista Peruana de jurisprudencia*, año II, N° 3, 2000, p. 382). De las pruebas aportadas y merituadas al proceso, se llega establecer que han concurrido los modos facilitadores de la comisión del hecho punible, como es la “*vis corporales*” o *vis*

absoluta” y la amenaza contra la personalidad víctima “*vis compulsiva*”, aunado a ello la preexistencia del objeto, materia del apoderamiento y sustracción conforme se advierte que hasta le entrega del vehículo (R.N. N° 979-2004.Cono Norte, S.P.T., 27 may. 2004, en: Castillo Alva, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006, p. 347).

G. VIS CORPORALIS. El delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con *ánimus lucrandi*, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (*vis absoluta* o *vis corporalis* y *vis compulsiva*), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser éstas actuales e inminentes en el delito de apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo [Precedente vinculante] (R.N. N° 3932-2004-Amazonas, S.P.T., 17 feb. 2005, en: San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 98). De las pruebas aportadas y meritadas al proceso, se llega a establecer que han concurrido los modos facilitadores de la comisión del hecho punible, como es la “*vis corporalis*” o “*vis absoluta*” y la amenaza contra la persona de la víctima, la preexistencia del objeto materia del apoderamiento y sustracción, conforme se advierte de la versión del agraviado y de la

declaración del procesado (R.N. Nº 113-2004-Lima, S.P.T., 18 may. 2004, en: Castillo Alva, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006, p. 317). → *Vis absoluta*.

- H. ABUSO SEXUAL:** Violación sexual; Libertad sexual (Derecho a la).
- I. VIOLACION SEXUAL:** Violentar la libertad de decisión de que goza toda persona en el ámbito de su vida sexual, siempre que esté en condiciones de usarla.
- J. VIOLACIÓN SEXUAL PRESUNTA:** las relaciones sexuales realizadas entre un mayor de edad y un menor de 14 años se conocen como Violación Sexual Presunta, es decir en este caso no importa que haya violencia o amenaza para la comisión del delito, incluso no importa que haya consentimiento o no, ya que en estos casos la voluntad de los menores de edad no importa. En caso de los menores de 18 años y mayores de 14 se da la figura del Estupro o Seducción, aquí si importa la voluntad del menor pero se toma en cuenta que esta no haya sido viciada o motivada por las promesas engañosas de la pareja.
- K. AGRAVIADA:** Persona ha sido ofendida, humillada o despreciada, perjudicada en sus derechos o intereses.
- L. MENOR:** Persona que no ha cumplido todavía la edad que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal, determinada por la mayoría de edad.

M. CONSENTIMIENTO: Aprobación o permiso para que se realice una cosa, asentimiento; Aceptación de las voluntades entre los que contratan algo.

N. ACUSADO: Persona con sexo masculino, mayor de edad que han cometido el delito de violación con menores de 13 y 14 años.

O. SENTENCIA PENAL: Toda sentencia penal es un acto jurídico procesal complejo que contiene un juicio de reproche o ausencia del mismo, sobre la base de la valoración de los hechos de imputación con arreglo al criterio de conciencia —, como dice el Tribunal Constitucional, por el sistema de la libre valoración razonada de la prueba (...) que la eficacia jurídica de una sentencia condenatoria está condicionada a que los hechos objeto de acusación se declaren probados y se determinen jurídicamente, estableciéndose los distintos niveles de imputación, sobre la base de una suficiente y correctamente actuada en el decurso del proceso, en especial, en el juicio oral (R.N. N° 730-2004-Lima, S.P.P., 2 ago. 2004, en: San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 674). Toda sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal acto complejo que contiene un juicio de reproche o ausencia del mismo, sobre la base de hecho que han de ser determinados jurídicamente; es así que debe fundarse en una actividad

probatoria suficiente que permita al juzgador la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación (R.N. N° 153-2000-Piura, S.P., 2 may. 2000, en: *Jurisprudencia penal*, Normas Legales, Trujillo, 2005, T. II, p. 340). **En segunda instancia.** El numeral 2 del artículo 425° del Código Procesal Penal, cuando señala que la Sala Penal superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación y las pruebas pericial, documental preconstituida y anticipada, entendiéndose que por prueba actuada en segunda instancia puede ser las pruebas personales como serían los testimonios, o la valorización de alguna prueba documental que ha sido admitido por la sala precisamente para ser oralizado por la parte que lo ofrece en el juicio oral de segunda instancia por reunir los requisitos establecidos en el artículo 422°.2 del Código Procesal Penal [Nuevo Código Procesal Penal] (Exp. N° 0045-2007-Huacho, S.P.P., 27 mar. 2007, en: CD JuS-Data Jurisprudencia 1). **Corte Suprema.** Como criterio rector, es del caso dejar sentado que la sentencia o Ejecutoria que emite la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose sobre el recurso de nulidad interpuesto por las partes en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos, por su propia naturaleza y jerarquía, es definitiva e inmodificable –salvo, claro está, los supuestos de aclaración y corrección de resoluciones-, y contra ella no procede recurso alguno, menos articulación de nulidad de

actuados basada en motivos de mérito, que en buena cuenta persiguen un reexamen del recurso o cuestión controvertida definitivamente resuelta; que, asimismo, excluida in limine toda alegación que pretenda una nueva valoración de la cuestión jurídica decidida, y en tanto ello no implique volver a examinar lo ya resuelto –alegando supuestos vicios in iure-, sólo es posible cuestionar indirectamente el fallo invocando, de un lado, vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, siempre que importen una efectiva indefensión a la parte afectada, y, de otro lado, pero muy restrictivamente, vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y sólo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo al respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales; que fuera de esos vicios, que suponen infracción de la norma que guía el trámite del procedimiento impugnatorio en la Corte Suprema de Justicia o cautela la configuración del fallo en orden a lo que se debe decidir, siempre que sobre los alcances de la congruencia no exista una motivación puntual en el propio fallo, no cabe articulación alguna contra la Ejecutoria Suprema y, extensivamente, contra una sentencia que resuelva el objeto procesal de una causa en vía recursal, y siempre en este

último caso que no exista contra la misma un recurso impugnatorio posible de interponerse y el punto no haya sido objeto de la pretensión impugnatoria por haberse seguido sorpresivamente luego de su expedición [Precedente vinculante] (R.N. N° 798-2005-Ica, S.P.P., 22 ago. 2005, en: San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, pp. 173-174). **Suscripción del voto singular.** El acta de lectura de sentencia que no ha sido firmada por los miembros del Tribunal [...], Fiscal Superior, Abogados defensores ni refrendada por el Secretario del mismo, configura una irregularidad que origina la nulidad de la recurrida (Exp. N° 718-90-Ayacucho, en: *Jurisprudencia Peruana 1984-1994*, Normas Legales, Trujillo, 1994, p. 105). **Motivación.** La exigencia de la motivación de la sentencia a que hace referencia el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, no debe limitarse a la concreción de los hechos que se declaran probados y de la subsunción de los mismos en el correspondiente tipo penal, mediante la pertinente argumentación jurídica, sino que además debe comprender la determinación judicial de la pena; que, la obligación de que el juzgador deba exponer y razonar la motivación acogida para imponer las penas, reside en la necesidad de que el penado sepa por qué se le castiga de tal modo, como para también hacer constar, incluso a efectos de un posible

recurso, cuáles han sido las circunstancias [...] tomadas para obtener el resultado; que, sin embargo, tal motivación no debe limitarse a la mera referencia a los artículos 45º y 46º del Código Penal. Pues a través de dichos dispositivos, el legislador solo se ha limitado a realizar una enunciación de principios y reglas de carácter general que servirán para la definición de la penalidad concreta, en cada caso en particular (R.N. Nº 4200-2000-Lima; S.P., 23 ene. 2001, en: Frisancho Aparicio, Manuel, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias supremas y superiores 1998-2001*, Jurista, Lima, 2002, p. 254). También lo es que la Sala Penal Superior no ha realizado una argumentación jurídica coherente que justifique la pena impuesta contra el mismo; que, en efecto, la exigencia de motivación de sentencia ha que se hace referencia el inciso 5 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, no debe limitarse a concreción de los hechos que se declaran probados y de la subsunción de los mismos en el correspondiente tipo penal, mediante la pertinente argumentación jurídica, sino que además debe comprenderse la determinación judicial de la pena; que, la obligación de que el juzgador deba exponer y razonar la motivación acogida para imponer las penas, reside en la necesidad de que el penado sepa por qué se le castiga de tal modo, como también para ser constar, incluso a efectos de un posible recurso, cuáles han sido las circunstancias (gravedad del hecho y personalidad del

procesado) tomadas para obtener el resultado (R.N. N° 669-2000-Huaura, S.P., 22 nov. 2000, en: Taller de Dogmática Penal, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, *Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2005, p. 228).⁶

P. SANCIÓN PENAL: El Derecho penal tiene como propósito principal la sanción de las conductas humanas típicas, antijurídicas y culpables (Exp. N° 5737-97, Ej. Supr., 12 may. 1998, en: Rojas Vargas, Fidel e Infante Vargas, Alberto, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Lima, 2001, p. 41).

Q. SENTENCIADO: Condenado por sentencia en materia penal.

Fig. Expresar el parecer juicio o dictamen que decide una disputa o controversia.

⁶ Votación de las cuestiones de hecho. Dichos magistrados han incurrido en causal de nulidad, concretamente la prevista en el inciso 1 del artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, toda vez que se ha contravenido el artículo 281° del mismo cuerpo legal que exige, antes de la expedición de la sentencia, el que se voten previamente las cuestiones de hecho, irregularidad que deberá corregirse (Exp. N° 2345-2003-Apurímac, S.P.T., 11 dic. 2003, en: Castillo Alva, José Luis, *Jurisprudencia penal 2. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006, p. 117).

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo de investigación

De acuerdo a las enseñanzas teóricas - metodológicas sobre investigación y en función de la naturaleza y alcance de la investigación, el trabajo se basó en una investigación de tipo⁷ **descriptivo deductivo** (Pino 2010: 541), ya que solo se limitó a describir características de niñas entre 13 y 14 años de edad que han sufrido violación sexual con consentimiento del acto sexual.

Según el grado de abstracción la investigación es del tipo aplicada⁸.

3.2 Diseño y esquema de la investigación

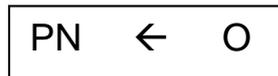
Dado que durante el desarrollo del trabajo no se hizo ninguna transformación de la realidad (no se manipulo ninguna variable), el trabajo de investigación responde a un diseño **no experimental**, también, como la

⁷ Autores como Hernández Sampieri, manifiesta que si la investigación: específica, mide y recoge información de manera independiente sobre la variable de estudio, se considera una investigación descriptivo – explicativo.

⁸ Para Catalina Martínez Mercado (2014), **según el grado de abstracción** existe dos tipos de investigación: la investigación básica y la investigación aplicada. Ambos tipos de investigación convergen en su finalidad, hacer progresar el saber y simultáneamente transformar la realidad. Según la autora, la **investigación básica** tiene como objetivo el incremento de conocimiento por sí mismo sin pretensiones de aplicación inmediata de sus hallazgos, mientras que la **investigación aplicada** pretende la aplicación del conocimiento para la resolución de problemas, y cuando ésta tiene éxito se traduce en planes o directrices para su expansión; el conocimiento producido suele tener utilidad casi inmediata.

recogida de datos se hizo en un momento en función del tiempo, el diseño de la investigación se considera **transversal** (o transeccional) y por último, es **descriptiva** porque el objetivo en de la investigación es describir las características incidentes de las niñas de trece y catorce años que han sufrido violación por haber consentido el acto sexual en la zona de la selva central. Por lo tanto el diseño de investigación a la que corresponde el estudio es a una **investigación no experimental, transeccional descriptivo**⁹ (Hernández 2014:155)

El esquema de la investigación fue:



Dónde

PN : Población de niñas entre 13 y 14 años de edad que han sufrido violación sexual con consentimiento del acto sexual

O : Características incidentes de las niñas entre 13 y 14 años de edad que han sufrido violación sexual con consentimiento del acto sexual.

⁹ Los diseños transeccionales descriptivos tienen como objetivo indagar la incidencia de las modalidades o niveles de una o más variables en una población. El procedimiento consiste en ubicar en una o diversas variables aun grupo de personas u otros seres vivos, objetos, situaciones, contextos, fenómenos, comunidades, etc., y proporcionar su descripción.

3.3 Población y muestra

La población estuvo constituido por:

Año	Casos de violación de niñas
2013	20
2014	23
1015*	28
Total	71

Fuente: estadísticas del Poder Judicial de la Selva Central

*A Noviembre de 2015

La muestra estuvo constituida por los casos de violación con consentimiento del acto sexual por las niñas de 13 y 14 años que han sufrido violación sexual con consentimiento del acto sexual.

3.3.1 Tipo de muestreo

En este caso se buscó que la muestra sea representativa de niñas menores de entre trece y catorce de edad, por haber consentido el acto sexual, en la selva central en los años 2013, 2014 hasta noviembre del 2015, por lo tanto **el muestreo fue no probabilístico¹⁰ intencional** o criterial¹¹.

¹⁰ Los métodos no probabilísticos no se basan en un proceso de azar sino que es el investigador el que elige la muestra. La elección puede realizarse de diferentes formas, utilizando la información previa del investigador o buscando maneras sencillas de investigación. Con estos procedimientos se puede tener buenos resultados si el investigador conoce bien su población. No obstante, dado que no existe un proceso de azar no es posible controlar el error de muestreo. (Grande 2005:69).

¹¹ Para Sánchez Carlessi et al (2009), en este tipo de muestreo quien selecciona la muestra lo que busca es que ésta sea representativa de la población de donde es extraída. Dicha representatividad se da en base a una opinión o intención particular de quien selecciona la muestra y por lo tanto la evaluación de la representatividad es subjetiva

Muestra intencionada

Año	Casos con consentimiento del acto sexual
2013	6
2014	4
1015*	2
Total	12

Fuente: estadísticas del Poder Judicial de la Selva Central

*A Noviembre de 2015

3.4 Instrumentos de recolección de datos

Para la recolección de los datos se usó como técnica **el análisis documental**, y como instrumento se usó **un checklist o lista de comprobación**¹², esta lista de comprobación fue diseñada en base a las variables validada por tres expertos en el tema.

3.5 Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.

Para la recogida de los datos se tuvo en consideración los legajos judiciales de los 12 casos de violación sexual en niñas entre trece y catorce de edad, por haber consentido el acto sexual. Estos documentos fueron proporcionados por el área de secretaria y la primera Sala Mixta descentralizada de La Merced Chanchamayo

Para el procesamiento de los datos se usó estadística descriptiva simple (frecuencias y porcentajes) y para la presentación se usó graficas de barras. Todos los datos fueron procesados mediante Excel y con el Pasw 18 (SPSS 18) se desarrolló el análisis de correspondencia múltiple.

¹² También conocido como lista de cotejo. (Carrasco 2005:465)

3.6 Validación del instrumento

La validación del instrumento de recogida de los datos fue mediante la opinión de tres expertos en el tema. (Ver anexo 02)

3.7 Confiabilidad del instrumento

Dado que el instrumento para la recogida de datos fue un un checklist , la confiabilidad de la misma se dio mediante la aplicación reiterada de la misma por parte de la tesista, permitiéndonos su modificación permanente.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

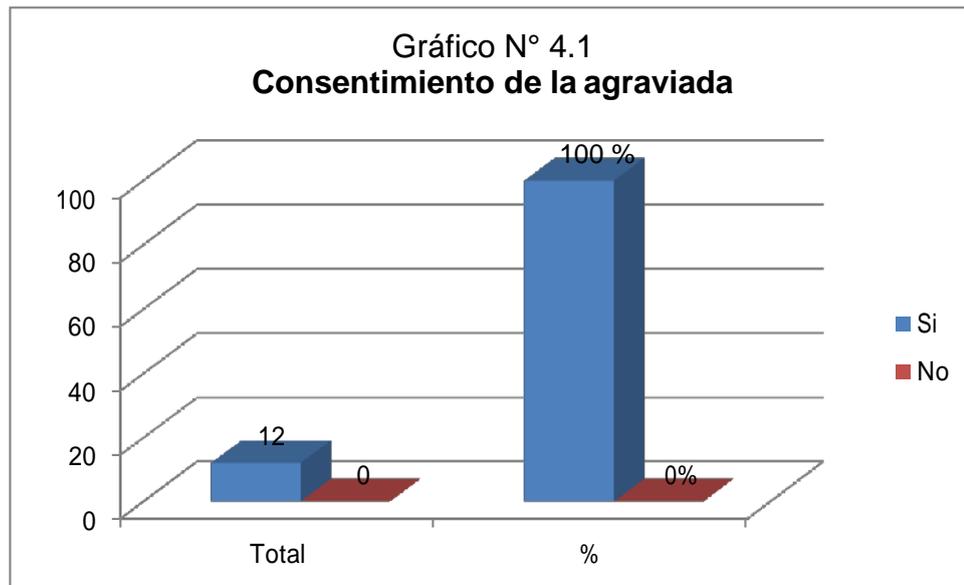
El Cuadro N° 4.1 nos presenta los resultados del análisis de doce casos sobre violación sexual en niñas de 13 y 14 años por haber consentido el acto sexual – en la Selva Central, región de Satipo-Oxapampa-La Merced-Chanchamayo.

Estos resultados, fueron el fruto del análisis de los documentos llevados a cabo mediante un checklist o lista de comprobación.

4.2 Argumentos de consentimiento de la agraviada

Cuadro N° 4.2
Consentimiento de la agraviada

	Total	%
Si	12	100
No	0	0
Total	12	100

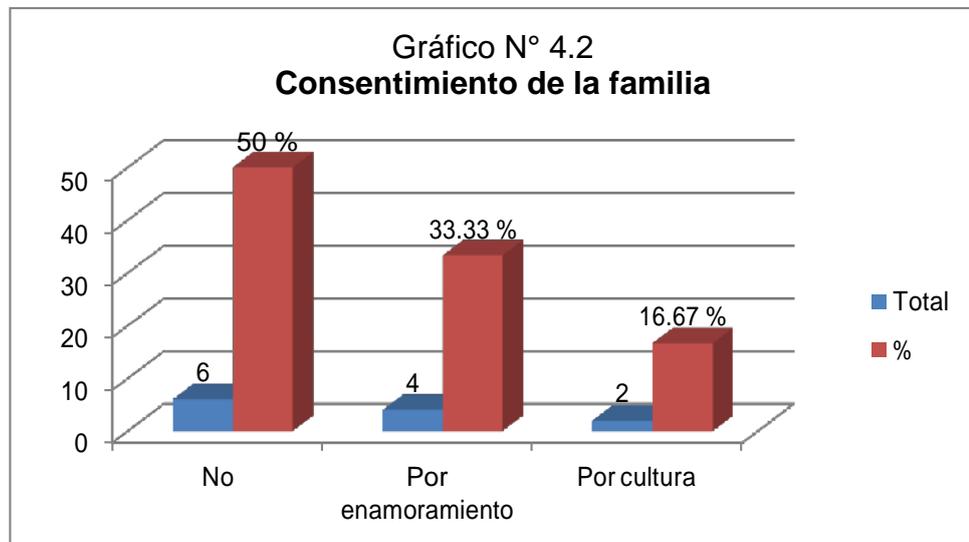


Del Cuadro N° 4.2 y Gráfico 4.1 podemos observar que el acto sexual en un 100% se dio por consentimiento de la agraviada.

4.3 Argumentos de consentimiento de la familia

Cuadro N° 4.3
Consentimiento de la familia

	Total	%
No	6	50
Por enamoramiento	4	33.33
Por cultura	2	16.67
Total	12	100

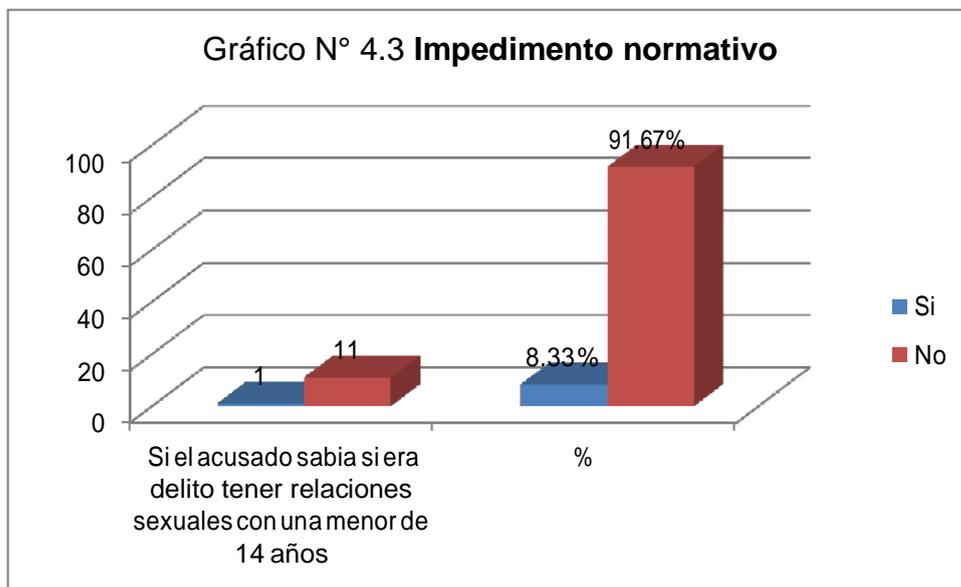


Del Cuadro N° 4.3 y Gráfico 4.2 podemos observar que el 50% de los casos de violación se dio sin el consentimiento de la familia, la tercera parte se dio por el enamoramiento entre el acusado y la agraviada y por un 16.67% por la cultura que llevan los lugareños.

4.4 Argumentos de impedimento normativos

Cuadro N° 4.4
Impedimento normativo

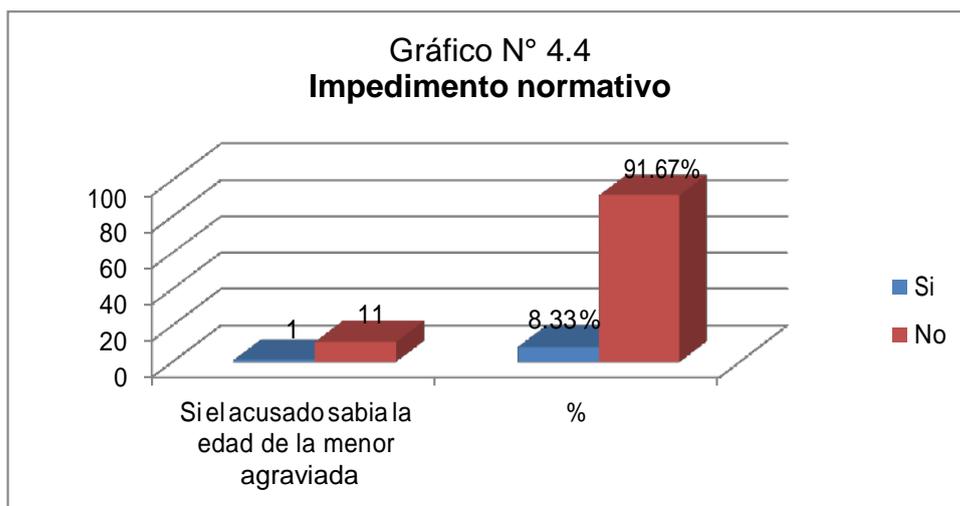
	Si el acusado sabía si era delito tener relaciones sexuales con una menor de 14 años	%
Si	1	8.33
No	11	91.67
Total	12	100



Del Cuadro N° 4.4 y Gráfico 4.3 podemos observar que el 91.67% de los acusados no sabían que era delito tener relaciones sexuales con una menor de catorce años.

Cuadro N° 4.5 Impedimento normativo

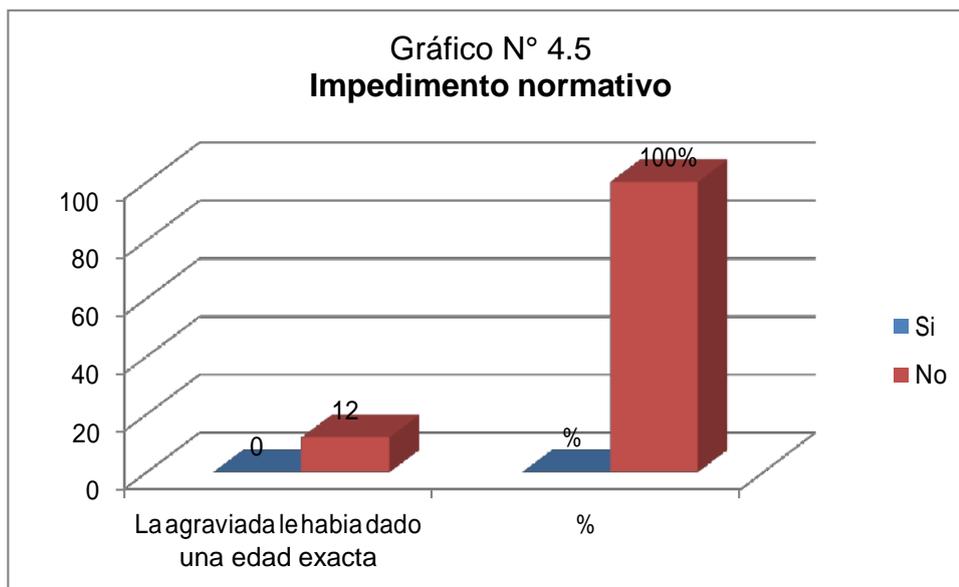
	Si el acusado sabia la edad de la menor agraviada	%
Si	1	8.33
No	11	91.67
Total	12	100



Del Cuadro N° 4.5 y Gráfico 4.4 podemos observar que el 91.67% de los acusados no sabían la edad de la menor agraviada.

Cuadro N° 4.6
Impedimento normativo

	La agraviada le había dado una edad exacta	%
Si	0	0
No	12	100
Total	12	100

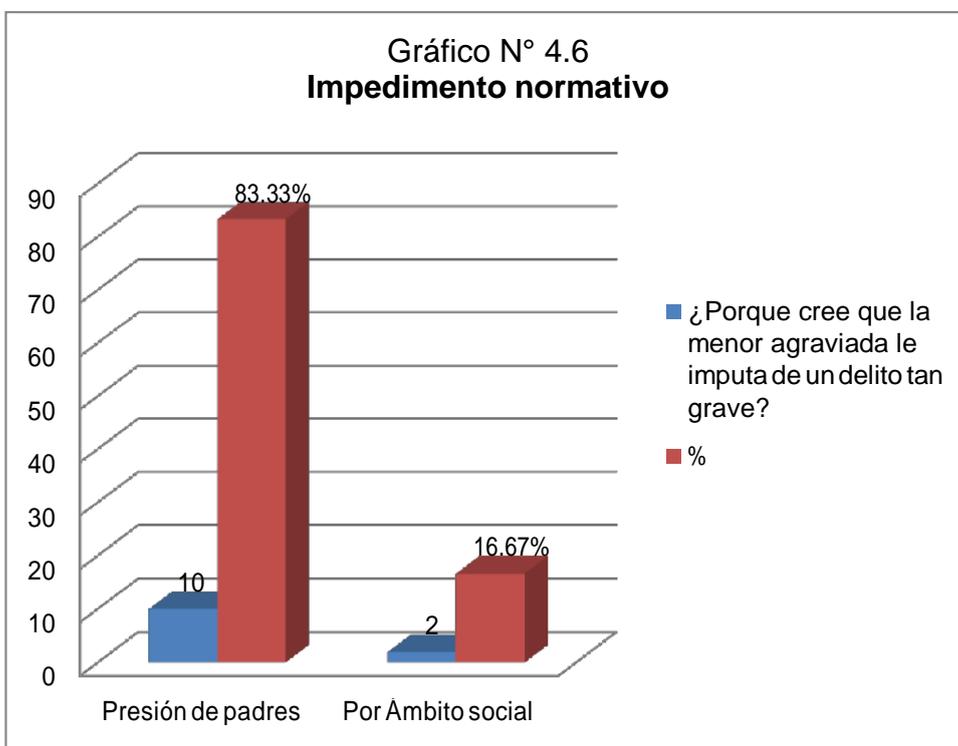


Del Cuadro N° 4.6 y Gráfico 4.5 podemos observar que al 100% de los acusados la agraviada no le habían dado una edad exacta.

Cuadro N° 4.7
Impedimento normativo

	¿Porque cree que la menor agraviada le imputa de un delito tan grave?	%
Presión de padres	10	83.33
Por Ámbito social	2	16.67
Total	12	100

Gráfico N° 4.6
Impedimento normativo

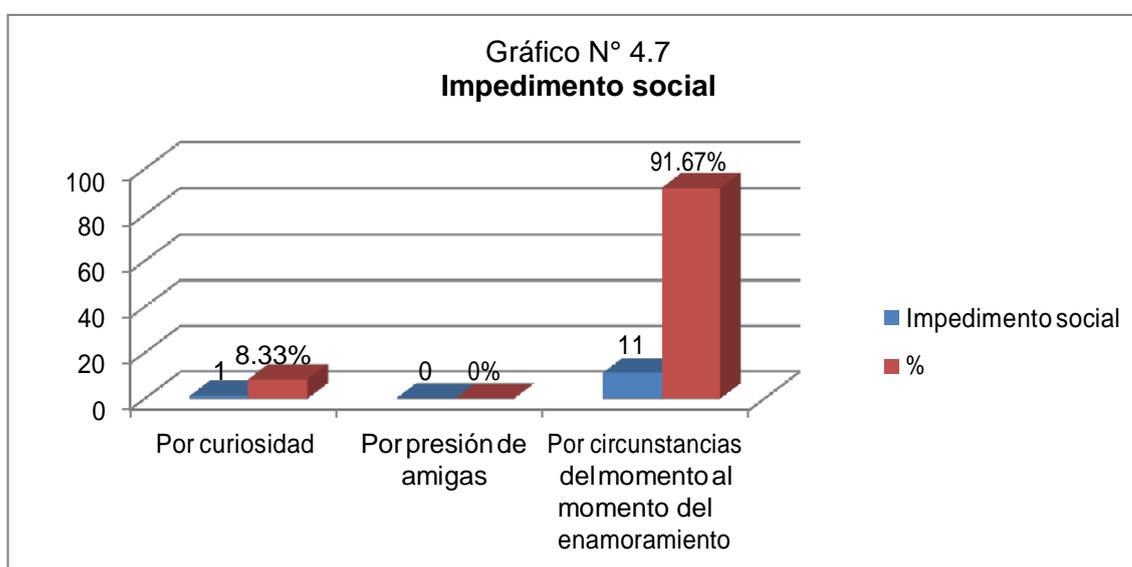


Del Cuadro N° 4.7 y Gráfico 4.6 podemos observar que en un 83.33% de los casos, la menor agraviada le imputa de un delito tan grave como por violación al acusado por la presión de los padres.

4.5 Argumentos de **impedimento social**

Cuadro 4.8
Impedimento social

	Impedimento social	%
Por curiosidad	1	8.33
Por presión de amigas	0	0
Por circunstancias del momento al momento del enamoramiento	11	91.67
Total	12	100

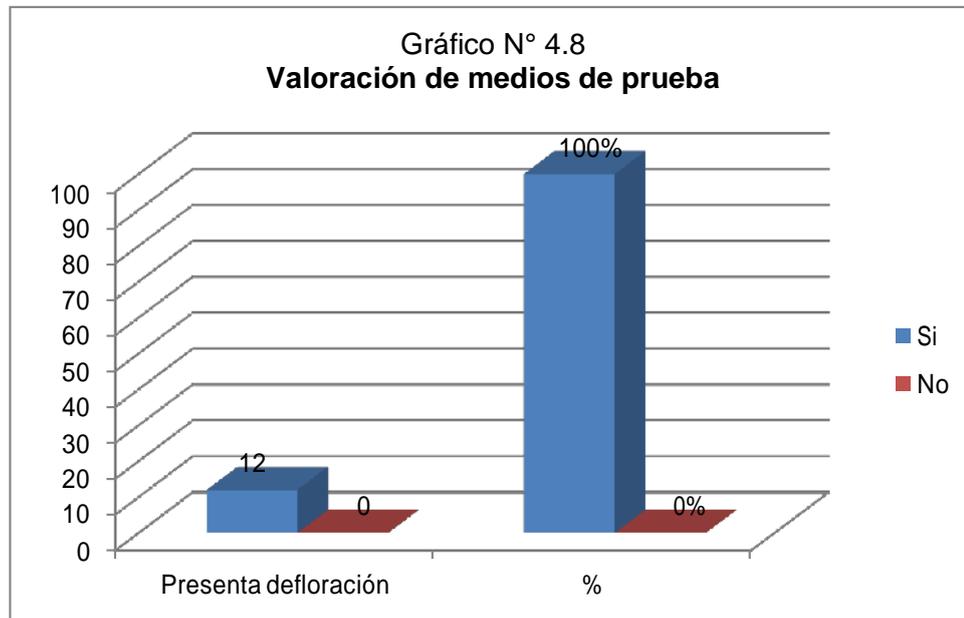


Del Cuadro N° 4.8 y Gráfico 4.7 podemos observar que en una gran mayoría, un 91.67%, el acto sexual se da por circunstancias del momento al momento del enamoramiento, solo un 8.33% por curiosidad y no por presión de amigas.

4.6 Argumentos de valoración de medios de prueba

Cuadro N° 4.9
Valoración de medios de prueba

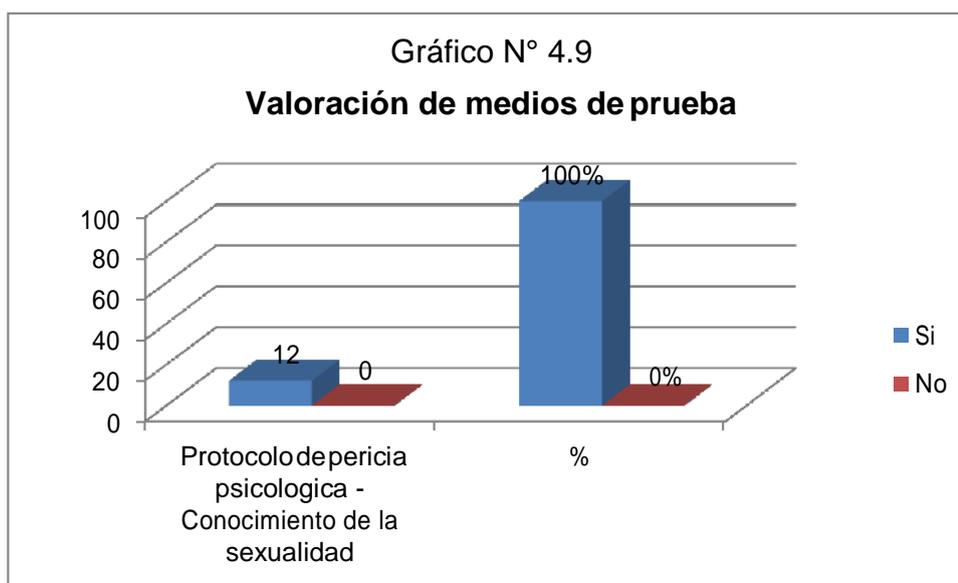
	Presenta defloración	%
Si	12	100
No	0	0
Total	12	100



Del Cuadro N° 4.9 y Gráfico 4.8 podemos observar que del examen médico legal el 100% de las agraviadas presentan defloración.

Cuadro N° 4.10
Protocolo de pericia psicológica

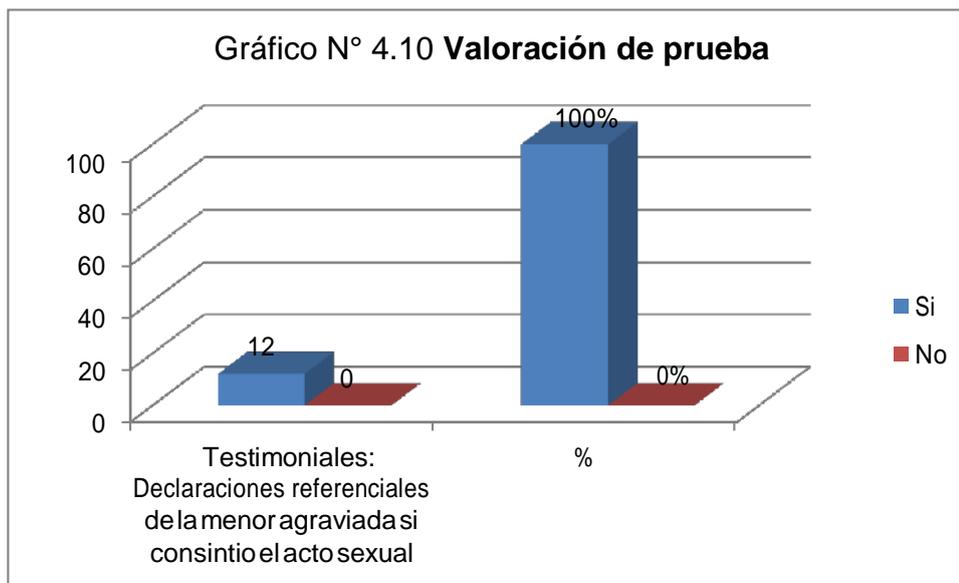
	Protocolo de pericia psicológica - Conocimiento de la sexualidad	%
Si	12	100
No	0	0
Total	12	100



Del Cuadro N° 4.10 y Gráfico 4.9 podemos observar que mediante el protocolo de la pericia psicológica, el 100% de las agraviadas si tenían conocimiento de la sexualidad.

Cuadro N° 4.11
Valoración de medios de prueba

	Testimoniales: Declaraciones referenciales de la menor agraviada si consintió el acto sexual	%
Si	12	100
No	0	0
Total	12	100

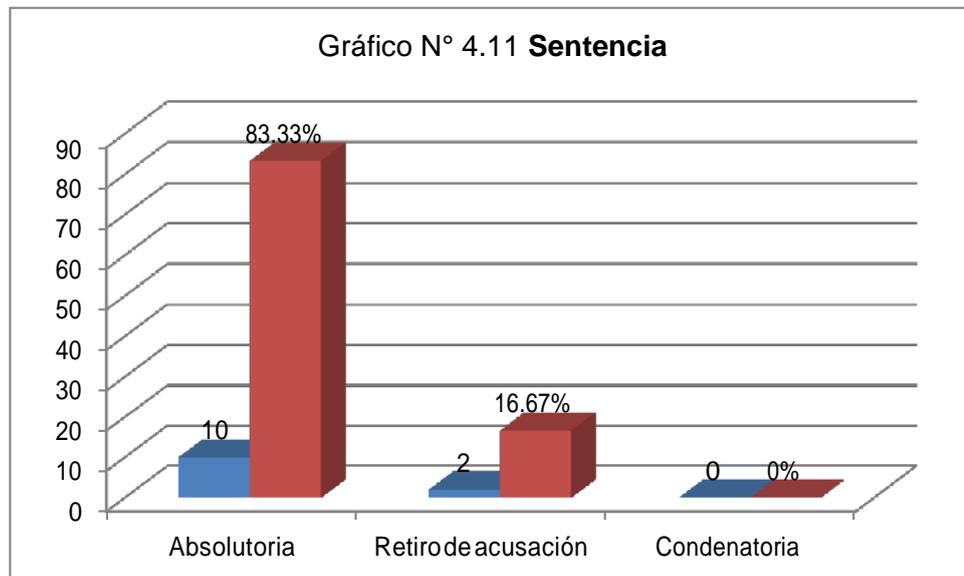


Del Cuadro N° 4.11 y Gráfico 4.10 podemos observar que en el 100% de las declaraciones referenciales de la menor agraviada, ella admite que si consintió el acto sexual.

4.7 Argumentos de **sentencias**

Cuadro N° 4.12
Sentencia

	Sentencia	%
Absolutoria	10	83.33
Retiro de acusación	2	16.67
Condenatoria	0	0
Total	12	100



Del Cuadro N° 4.12 y Gráfico 4.11 podemos observar que en un 83.33% las sentencias son absolutorias, en un 16.67% se retira la acusación y no existe condena.

4.8 Análisis de correspondencia múltiple

Mediante el análisis de correspondencia¹³ múltiple analizamos la relación entre categorías (en nuestro caso las que presentan variabilidad) de las variables:

- Consentimiento de la familia
- Si el acusado sabía si era delito tener relaciones sexuales con una menor de edad de catorce años (Impedimento normativo)
- Si sabía la edad de la menor agraviada (Impedimento normativo)
- Por qué cree que la menor le imputa un delito tan grave (Impedimento normativo)
- Por curiosidad, Por presión de amigas, Por circunstancias del momento al momento del enamoramiento (Impedimento social) y
- Sentencia.

¹³ “El análisis de correspondencias es una técnica estadística para analizar la relación entre categorías de variables cualitativas. Es una técnica de “reducción de dimensiones en el contexto de tablas de contingencia. El propósito es representar gráficamente la estructura de relaciones de dos o más variables cualitativas mediante mapas de posicionamiento” (Vivanco, 1999:121)”. Cita de Díaz y Garrido (2015).

Cuadro N° 4.13
Correlaciones de las Variables transformadas

	Consentimiento de la familia	Si el acusado sabía que era delito	Si sabía la edad de la menor agraviada	La menor agraviada le imputa un delito grave	Impedimento social	Sentencia
Consentimiento de la familia	1,000					
Si el acusado sabía que era delito	0,233	1,000				
Si sabía la edad de la menor agraviada	0,148	-0,091	1,000			
La menor agraviada le imputa un delito grave	0,629	0,135	0,135	1,000		
Impedimento social	0,233	1,000	-0,091	0,135	1,000	
Sentencia	0,629	0,135	0,135	1,000	0,135	1,000
Dimensión	1	2	3	4	5	6

Del Cuadro N° 4.13 podemos observar que entre las variables:

- “Si el acusado sabía si era delito tener relaciones sexuales con una menor de edad de catorce años (Impedimento normativo)” y “Por curiosidad, Por presión de amigas, Por circunstancias del momento al momento del enamoramiento (Impedimento social)” existe una **perfecta correlación** (r:1). (Ver Anexo 01).

Analizando el cuadro N° 4.1, podemos afirmar que existe una correlación perfecta entre: el acusado mayormente no sabía que era delito tener relaciones sexuales con una menor de edad de catorce años y que estas se dieron por circunstancias del momento al momento del enamoramiento.

- “Por qué cree que la menor le imputa un delito tan grave (Impedimento normativo)” y “Sentencia”, existe una **perfecta correlación** (r:1). (Ver Anexo 01).

Analizando el cuadro N° 4.1, podemos afirmar que existe una correlación perfecta entre: que por presión de los padres la menor agraviada le imputa como un delito y que esto conlleva a una sentencia absolutoria.

- “Consentimiento de la familia” y “Por qué cree que la menor le imputa un delito tan grave (Impedimento normativo)” existe una **correlación regular** ($r : 0.629$). (Ver anexo 01).

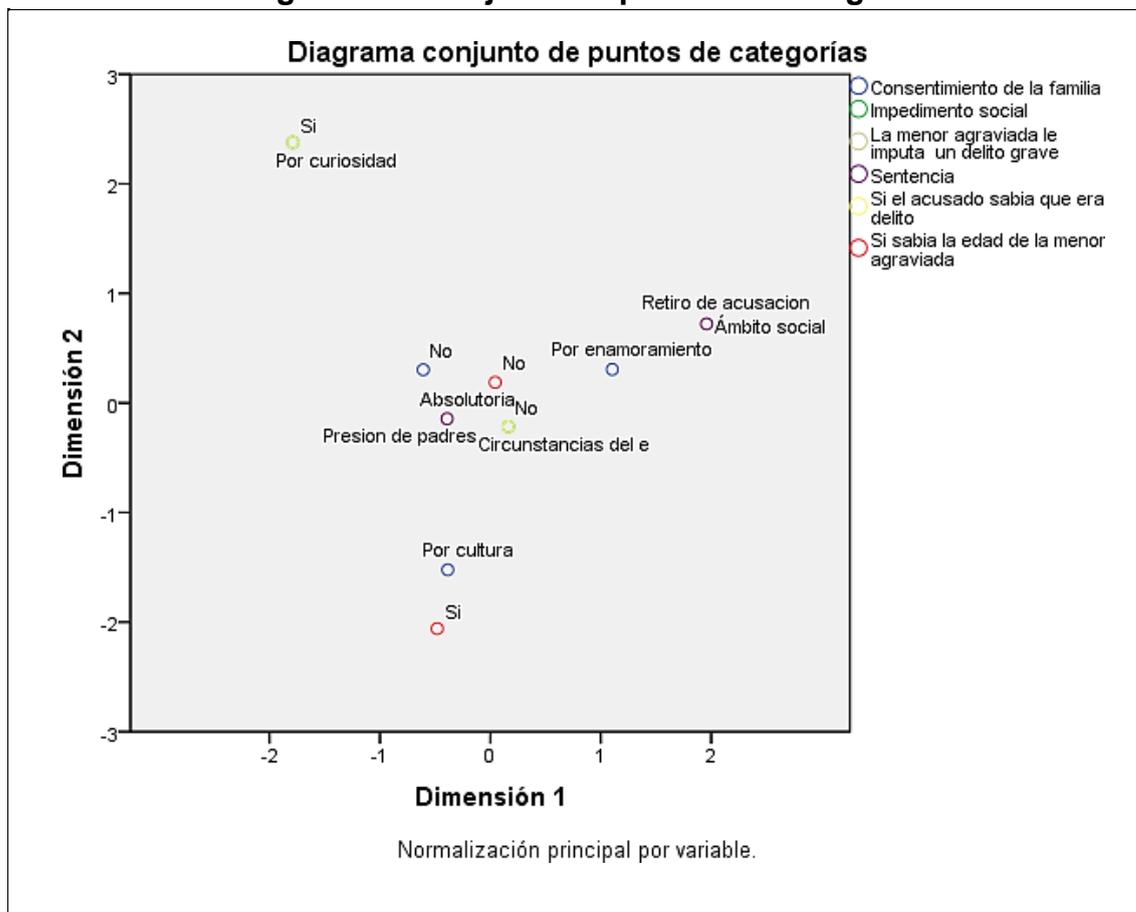
Analizando el Cuadro N° 4.1, podemos afirmar que existe una correlación regular entre: el no consentimiento por parte de la familia, por enamoramiento entre la agraviada y denunciado y por cultura de la región con la variable por presión de padres la menor agraviada le imputa como un delito.

- “Consentimiento de la familia” y “Sentencia” existe una **correlación regular** ($r : 0.629$). (Ver anexo 01).

Analizando el Cuadro N° 4.1, podemos afirmar que existe una correlación regular entre: el no consentimiento por parte de la familia, por enamoramiento entre la agraviada y denunciado y por cultura de la región con la variable sentencia absolutoria.

- Las demás variables no presentan correlación alguna (para para r menor de 0,30 y mayor a 0). (Ver Anexo 01)

Figura N° 4.1
Diagrama de conjunto de puntos de categoría



Fuente: Cuadro N° 4.1 Resultados Generales (procesamiento con Pasw 18)

De la Figura N° 4.1 podemos observar mediante el conjunto de puntos que existe relación entre:

- El acusado no sabía si era delito tener relaciones sexuales con una menor de edad de catorce años (Impedimento normativo)
- No sabía la edad de la menor agraviada (Impedimento normativo)
- Por presión de padres la menor le imputa un delito tan grave (Impedimento normativo)
- Por circunstancias del momento al momento del enamoramiento (Impedimento social) y
- Absolución y retiro de acusación.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Contrastación de los resultados

Teniendo en cuenta los resultados encontrados dentro del análisis de los documentos y específicamente mediante el análisis de las relaciones entre categorías de las variables (análisis de correspondencia múltiple), podemos afirmar que:

“Por presión de padres le imputa al acusado un delito tan grave, por lo que no había consentimiento de la familia y que esta termina con sentencia absolutoria y en algunos casos con retiro de acusación, ya que estas se dieron por circunstancias del momento al momento del enamoramiento, y que el acusado no sabía la edad de la menor agraviada”.

Por lo tanto existen razones suficientemente validas como para proponer la despenalización del delito de violación sexual en niñas de 13 y 14 años por haber consentido el acto sexual en la Selva Central en las zonas de Satipo, Oxapampa y La Merced-Chanchamayo.

Referente a lo descrito por el Profesor Orlando Eduardo Cubillas Romero; del Centro de estudios de Derechos Humanos, nuestros resultados concuerdan con lo propuesto, ya que el autor, teniendo otro punto de vista, analiza desde la perspectiva criminológica, la decisión del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional el tipo penal de violación sexual de menores entre 14 y 18 años de edad cuando ha existido consentimiento,

basado en el mayor valor ponderado, en este caso concreto, del derecho al libre desarrollo a la personalidad. Destaca que en lugar de la criminalización o descriminalización de conductas, o más allá de ello, desde un enfoque político criminológico, se debe preferir la educación sexual para que los adolescentes comprendidos en dicho rango etario puedan ejercer su derecho a la libertad con responsabilidad, evitando graves afectaciones a sus otros derechos, que son igualmente importantes para su vida, salud e integridad. Nuestros resultados concuerdan con lo propuesto.

Respecto a lo manifestado con los integrantes del Centro de Investigación en Derecho de la Familia y el Menor, también nuestros resultados concuerdan con lo propuesto, ya que ellos, hacen un análisis sobre el Tribunal Constitucional que estimó que conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, los menores de edad entre 14 y menos de 18 años pueden ser titulares del derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para fundamentar dicha posición citó lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.

5.2 Aporte científico de la investigación

Los resultados hallados proporcionan a las Ciencias Jurídicas razones validadas a los entes que imparten justicia para despenalizar la ley del delito de violación sexual, tipificado en el artículo 173 del Código Penal como son el congreso de la República y el Poder Judicial, ya que los hechos

encontrados son propuestos mediante el análisis valedero que representa la investigación científica.

CONCLUSIONES

Los argumentos de **consentimiento de la agraviada** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad, por haber consentido el acto sexual es que en el 100% de las agraviadas si existió consentimiento.

Los argumentos de **consentimiento de la familia** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad, por haber consentido el acto sexual es que mayormente este acto se dio por enamoramiento y por la cultura de la zana.

Los argumentos de **impedimento normativos** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual, es que mayormente el acusado no sabía que era delito tener relaciones sexuales con una menores, que no sabía la edad verdadera de la menor agraviada, por que esta le había dado una edad diferente y, porque mayormente por presión de los padres la menor le había imputado el delito.

Los argumentos de **impedimento social** por parte de la agraviada en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual, es que mayormente se dio el acto sexual en circunstancias del enamoramiento.

Los argumentos de **valoración de medios de prueba** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece

y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual es que mediante la pericia psicológica se determinó que la totalidad de las agraviadas si tenían conocimiento de la sexualidad y que en sus testimoniales, todas consintieron el acto sexual.

Los argumentos de **sentencias** en virtud de las cuales se debe despenalizar el delito de violación sexual, en niñas de trece y catorce años de edad por haber consentido el acto sexual, es que la mayoría son sentencias absolutorias (83.33%) y retiro de acusación (16.67%) y ninguna presenta condena.

SUGERENCIAS

Dar a conocer a la comunidad que imparte las leyes de los resultados de esta investigación, ya que proporciona información para poder despenalizar del delito de violación sexual en niñas de 13 y 14 años por haber consentido el acto sexual – en la Selva Central.

Proponer a los entes estudiosos, desarrollar estudios en zonas de características similares para poder llegar a generalizar los resultados., ya que existe la suposición que estos casos tienen incidencias constantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avolio Aleccho B. (2015). ***Métodos cualitativos de investigación: una aplicación al caso de estudios***. México D.F: CENGAGE Learning.
- Bernal Torres C. ***Metodología de la Investigación***. 2da ed. México: Editorial Pearson Prentice Hall. 2006. p 103.
- Carrasco Díaz S. (2005). ***Metodología de la investigación científica: pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación***. Lima: Editorial San Marcos
- Caro Coria, Carlos y San Martin Castro, César. (2000). ***Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales***. España: Editorial Jurídica Grijley..
- Díaz Ignacio, Garrido Isabel. (2015). ***Correspondencias Múltiples en SPSS. Estadística IV***. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile
- Ezaine Chávez Amado (1994). ***Código Penal***. Tercera Edición. Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
- Grande Idelfonso, Abascal Elena. (2005). ***Análisis de encuesta***. Madrid: ESIC.
- Hernández Sampieri R. Fernández Collao C. Baptista Lucio P. (2014). ***Metodología de la Investigación***. 6ª.Ed. México D.F: Mac Graw Hill.
- Martínez Bencardino C. (2005). ***Estadística y Muestreo***. 12ª ed. Colombia, Bogotá: ECOE.
- Martínez Mercado C. (2014). ***Técnicas e instrumentos de recogida y análisis de datos: edición virtual***. Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2012). ***Abuso sexual: estadísticas para la reflexión y pautas para la prevención***. [Visitado el 30/11/2015].<http://www.repositoriopncvfs.pe/wpcontent/uploads/2015/05/abuso-sexual-viviano.pdf>

Pino Gotuzzo R. (2010). ***Manual de la Investigación científica: guías metodológicas para elaborar planes y tesis de pregrado, maestría y doctoral***. Lima: Católica tesis asesores.

Sánchez Carlessi H, Reyes Meza C. (2009). ***Metodología y diseños en la investigación científica***. Lima: Editorial Visión Universitaria.

Sáenz López K. (2012). ***Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales y jurídicas***. España: DYKINSON

ANEXOS

Anexo 01. Correlación de variables

Correlación	r
Perfecta	$r=1$
Excelente	cuando r es mayor de 0,90 y menor de 1
Aceptable	cuando r se encuentra entre 0,80 y 0,90
Regular	cuando r se encuentra entre 0,60 y 0,80
Mínima	cuando r se encuentra entre 0,30 y 0,60
No hay correlación	para r menor de 0,30 y mayor a 0

Fuente: Martínez 2005: 636

Anexo 02. Validación del checklist, lista de comprobación o lista de cotejo.