

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



=====

**“DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENORES DE  
EDAD, APLICADO LA TEORÍA DEL ERROR POR  
OPERADORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA EL  
AÑO 2017”.**

=====

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO,  
MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

**TESISTA: LIZ TEREZA PALACIOS ESTEBAN**

**ASESOR: Dr. PEDRO G. VILLAVICENCIO GUARDIA**

**HUÁNUCO – PERÚ**

**2018**



## **DEDICATORIA**

Dedico este presente trabajo a Dios, supremo creador del universo, quien me ha dado la fortaleza necesaria, de igual forma a mi esposo, mis hijos y a mi madre que me ilumina con su mirada y su tierna conversación.

## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento muy especial a la "profesora" encargada de brindar sus sabios consejos y colaboración para la culminación del presente trabajo y a todos a quienes de una u otra forma han colocado un granito de arena para afianzar los conocimientos vertidos en esta investigación.

## RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es determinar cómo los operadores del proceso aplican la teoría del error en los delitos de violación de menores de edad cuando existe error de comprensión culturalmente condicionado o error de tipo mediante instrumentos técnicos-científicos de establecer las consecuencias ante una incorrecta aplicación de las normas legales a las menores de edad. El tipo de estudio o investigación será el descriptivo –correlacional y para la recolección de datos se utilizó la ficha de entrevistas llevadas a cabo con los Jueces y Fiscales, y se utilizó la lista de cotejo para la revisión análisis e interpretación de los 24 expedientes. Al aplicar la Guía de Análisis Documental, a 24 expedientes del 38° J. P L (Reos en Cárcel); vemos que en el delito contra la libertad sexual: violación de menor, la etiología de las conductas delictivas; diez corresponden a anomalías psíquicas; ocho a comportamientos desviados y seis a anomalías biológicas. Se ha determinado que la violencia sexual de los delincuentes pedófilos, formaría parte de un cuadro más amplio de conductas antisociales al decir que innumerables agresores Sexuales serían también delincuentes en otros delitos: Contra el patrimonio, contra la vida el cuerpo y la salud, contra la salud pública, etc., representando un patrón de conductas violentas propio de las subculturas delictivas o de violencia.

Palabras clave: agresores sexuales, conductas delictivas, violación a menores



## ABSTRACT

The objective of the present investigation is to determine how the operators of the process apply the theory of error in the crimes of rape of minors when there is a mistake of culturally conditioned understanding or type error through technical-scientific instruments to establish the consequences before an incorrect application of legal norms to minors. The type of study or research will be the descriptive - correlational and for the collection of data the file of interviews carried out with the Judges and Prosecutors was used, and the checklist was used for the review, analysis and interpretation of the 24 files. When applying the Documentary Analysis Guide, to 24 records of the 38<sup>o</sup> J. P L (Prison in Prison); we see that in the crime against sexual freedom: violation of a minor, the etiology of criminal behavior; ten correspond to psychic anomalies; eight to deviant behaviors and six to biological anomalies. It has been determined that the sexual violence of pedophile delinquents, would be part of a larger picture of antisocial behaviors by saying that innumerable sexual offenders would also be delinquents in other crimes: Against heritage, against life, body and health, against public health, etc., representing a pattern of violent behavior characteristic of criminal subcultures or violence.

Keywords: sexual aggressors, criminal behavior, rape of minors

## INTRODUCCIÓN

Uno de los delitos que generan mayor alarma social, es sin duda la violación de menores, a diario los medios de comunicación nos muestran hechos que son exhibidos como crónica, existiendo innumerables factores que inciden en que se desconozca la magnitud del problema, para tal efecto coexisten la cifra negra: Constituyendo los actos de agresión sexual no denunciados por parte de los agraviados, no obstante de saber quien cometió el delito, porque desde un instante a menudo acuerdan un convenio que les favorezca a ellos y a sus familiares; la cifra blanca: Que califica a las numerosas y diversas actividades socialmente nocivas que aparecen “inmunizadas”, por el poder político o la potencia económica, crítica al orden establecido, partiendo del supuesto de que la justicia es un instrumento político y de que el sistema judicial, esta “condenado” a proteger las desigualdades y las injusticias. Asimismo, encontramos la cifra dorada de criminales que detentan el poder gubernamental y que lo ejercen impunemente lesionando a los ciudadanos y a la colectividad en provecho de su oligarquía o que disponen de una potencia económica que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad. La prueba de ello es la enorme cifra negra que hemos destacado.

En tal sentido, la violación sexual de menores viene a formar parte de aquella violencia que se da tanto en el seno familiar como fuera de él. Se trata de un problema ético, social y jurídico. La política preventiva del Estado para controlar esta forma de criminalidad adolece de coherencia, por un lado permite la difusión de valores e imágenes que despiertan las apetencias genésicas de la población (a través de los medios de comunicación) y por otro, pretende resolver el problema apelando solo al incremento desmedido de las penas en esta materia dentro de los

alcances del Derecho Penal del Enemigo y como prevención especial negativa.

El objetivo es Determinar cómo los operadores del proceso aplican la teoría del error en los delitos de violación de menores de edad cuando existe error de comprensión culturalmente condicionado o error de tipo mediante instrumentos técnicos-científicos de establecer las consecuencias ante una incorrecta aplicación de las normas legales a las menores de edad. En tal sentido, nuestra investigación académica, contiene seis capítulos:

Capítulo I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: Delimitación del Problema a estudiar, Formulación del Problema y Objetivos Generales y Objetivos Específicos.

Capítulo II: MARCO TEÓRICO: Antecedentes de estudio, Bases Teóricas, Bases Legales y Marco Conceptual.

Capítulo III: ESTRATEGIA METODOLÓGICA: Hipótesis: Hipótesis General y Específicas: Variables y Operacionalización de Variables. Tipo y Nivel de investigación, Población y Muestra.

Capítulo IV: DE LOS INSTRUMENTOS DE INVESTIGACION: Métodos y Técnicas de Recolección de Datos.

Capítulo V: CONTRASTACION DE HIPOTESIS Y EXPLICACIÓN CIENTIFICA: A través del análisis e interpretación de datos.

Capítulo VI: PRESENTACION, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De los aciertos de nuestra investigación. A modo de colofón, se enuncian las Conclusiones y Sugerencias, asimismo, las Fuentes Bibliográficas y

Páginas de Internet consultadas en nuestro estudio y como Anexos: La Matriz de Consistencia, la Guía de Análisis Documental; el Formato de Cuestionario aplicable a los Magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público; el Formato de Cuestionario aplicable a los Sentenciados por el Delito de Violación de Menores de Edad; y el Formato de Cuestionario aplicable a los Profesores de Criminología y Derecho Penal de las Universidades Públicas y Privadas de Lima.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
RESUMEN.....	v
INTRODUCCIÓN .....	viii
ÍNDICE DE TABLAS .....	iii
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN .....	1
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA .....	1
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	3
1.2.1 Problema general: .....	3
1.2.2 Problemas específicos:.....	3
1.3 OBJETIVOS:.....	4
1.3.1 General:.....	4
1.3.2 Específicos: .....	5
1.4 HIPÓTESIS:.....	5
1.4.1 Hipótesis General: .....	5
1.4.2 Hipótesis Específicas:.....	6
1.5 VARIABLES:.....	6
1.6 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	7
1.7 VIABILIDAD .....	8
1.8 LIMITACIONES .....	8
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	9

2.1	ANTECEDENTES:.....	9
2.2	BASES TEÓRICAS:.....	9
	2.2.1 Teoría del delito.....	9
2.3	Definiciones conceptuales .....	15
2.4	La teoría del error en el derecho penal .....	18
	2.4.1 El error de tipo.....	18
2.5	El error de prohibición.....	28
2.6	El error de comprensión culturalmente condicionado.....	37
2.7	ANTECEDENTES.....	41
2.8	BASES TEÓRICAS.....	50
	2.8.1 TEORÍAS BIOLÓGICAS .....	50
	2.8.2 TEORÍAS ECOLÓGICA.....	50
	2.8.3 TEORÍAS DE LA ASOCIACIÓN DIFERENCIAL .....	50
	2.8.4 TEORÍA DE ANOMIA .....	51
	2.8.5 TEORÍA DE LAS SUBCULTURAS DELICTIVAS.....	51
	2.8.6 TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO:.....	51
	2.8.7 TEORÍAS INTEGRADORAS.....	51
2.9	Biocriminología .....	52
2.10	La Teoría De Ernesto Kretschmer (1888 - 1964) .....	55
2.11	Teoría de William Sheldon (1899-1977).....	62
2.12	DEFINICIONES CONCEPTUALES .....	66
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....		68
3.1	Tipo de investigación: .....	68
3.2	Diseño y esquema de investigación:.....	68
3.3	Población y muestra: .....	68

3.4	Definición operativa del instrumento de recolección de datos: .....	69
3.5	Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos .....	69
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....		70
4.1	Estadística descriptiva .....	70
4.2	Aporte científico de la investigación .....	75
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN .....		77
CONCLUSIONES .....		80
RECOMENDACIONES .....		82
BIBLIOGRAFÍA.....		84
ANEXO O1: MATRIZ DE CONSISTENCIA .....		85
ANEXO O2: CONSENTIMIENTO INFORMADO.....		87
ANEXO O3: CUESTIONARIO.....		88
FORMATO DE VALIDACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS POR JUECES O JUICIO DE EXPERTOS.....		91
NOTA BIOGRÁFICA.....		92
ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO		
AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICA DE POSGRADO		

**ÍNDICE DE TABLAS**

Tabla N° 1: Etiología de las Conductas Delictivas.....	70
Tabla N° 2: ELEMENTOS ENDÓGENOS.....	71
Tabla N° 3: Elementos Exógenos .....	72
Tabla N° 5: ¿Se Le Practicó Examen Psicopatológico? .....	73
Tabla N° 6: Grado de Parentesco con la Víctima .....	74

## **CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

El delito de violación de un o una menor de dieciocho años, aparece regulado debidamente en el tipo penal del **Art. 173 del Código Penal**. Cuyo texto original ha sido modificado en varias oportunidades habiendo innovado la **Ley N° 28251 del 8 de junio del 2004**<sup>5</sup> el acceso carnal "por vía vaginal, anal o bucal o realizando actos análogos, introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad". Dicha descripción típica, recientemente fue sujeta de modificación mediante la **Ley N° 28704 del 05 de abril del 2006**<sup>6</sup>, en el que agrava las penas de la siguiente manera:

- 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 será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en e1 su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua. Además, el **Art. 173 - A**, preceptúa, que, en los incisos precedentes, si causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si lo procedió con crueldad, la pena

será de cadena perpetua. Asimismo, sentencia la improcedencia del indulto, la conmutación de pena y el derecho de gracia en los delitos previstos en los **Artículos 173 y 173-A**. También de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional.

De lo glosado, podemos inferir que la actividad legislativa reciente en materia de **Derecho Penal Sexual**, ha colocado al elenco nuclear de normas penales, un conjunto de tipos punitivos que, vistos desde la perspectiva de los bienes clásicos, constituyen supuestos de criminalización de lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, establecen sanciones desproporcionadamente altas. Orientándose nuestra política criminal a la sostenida por **Günther Jakobs**<sup>7</sup>, indicando que el **Derecho Penal del Enemigo** se caracteriza por tres elementos:

- A.-** Se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad (**en perspectiva de hecho futuro**).
- B.-** Las penas previstas son desproporcionadamente altas.
- C.-** Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

En este contexto, el delito más grave previsto dentro del rubro "delitos contra la libertad sexual" en nuestro Código Penal, lo constituye el ilícito penal denominado acceso carnal sexual de menor. De la redacción del tipo penal se desprende con claridad que la verificación del delito de violación de menor no se necesita que el agente actúe haciendo uso de la

violencia, la intimidación o la inconsciencia. En tal sentido así la víctima preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual u análogo, el delito se verifica pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores cuya edad se encuentre entre el acto del nacimiento hasta los dieciocho años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilícitud del acto sexual del sujeto activo. De lo descrito ultra supra, se demuestra enfáticamente que la Política Criminal asumida por el legislador se encuadra dentro de los alcances del **Derecho Penal del Enemigo**, ocasionando pánico en el ordenamiento jurídico penal, pues la administración de justicia, no trata a los delincuentes pedófilos como sujetos que necesitan ayuda **Psiquiátrica, Psicológica y Teoterapia**, sino como simples transgresores infames de la ley penal e allí la imperiosa necesidad de establecer la **Pluricausalidad Criminógena de los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor**.

## 1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

### 1.2.1 Problema general:

¿De que manera los operadores del proceso aplican la teoría del error en los casos en que el agente de un delito de violación sexual de menor actúa con desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos del tipo objetivo o en la creencia de que su conducta es lícita de acuerdo a su forma de vida?

### 1.2.2 Problemas específicos:

¿En qué nivel los operadores del proceso penal aplican la teoría del error de tipo y comprensión culturalmente condicionado en los delitos de violación sexual de menores?

¿Los Jueces y fiscales utilizan las categorías de la Teoría del delito y del error al motivar sus resoluciones donde el inculpado alega error por desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos del tipo objetivo y/o en la creencia de que su conducta es lícita y/o que es su forma de vida de acuerdo a su cultura?

¿Cómo se considera la incidencia criminal de los casos donde el agente del delito alega que su conducta se encuentra dentro de los alcances del error de tipo y del error culturalmente condicionado?

¿Las costumbres y tipo de cultura influyen en el error de los agentes activos?

### 1.3 **OBJETIVOS:**

#### 1.3.1 General:

Determinar cómo los operadores del proceso aplican la teoría del error en los delitos de violación de menores de edad cuando existe error de comprensión culturalmente condicionado o error de tipo mediante instrumentos técnicos-científicos de establecer las consecuencias ante una incorrecta aplicación de las normas legales a las menores de edad.

### 1.3.2 Específicos:

- Establecer en qué nivel los operadores del proceso penal aplican la teoría del error de tipo y comprensión culturalmente condicionado en los delitos de violación sexual de menores.
- Determinar si los Jueces y fiscales utilizan las categorías de la Teoría del delito y del error al motivar sus resoluciones donde el inculpado alega error por desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos del tipo objetivo y/o en la creencia de que su conducta es lícita y/o que es su forma de vida de acuerdo a su cultura.
- Identificar relaciones de diferencias, identidades y similitudes en sistemas jurídicos extranjeros.
- Conocer la incidencia criminal de los casos donde el agente del delito alega que su conducta se encuentra dentro de los alcances del error de tipo y del error culturalmente condicionado.
- Establecer si las costumbres y tipo de cultura influyen en el error de los agentes activos.

## 1.4 HIPÓTESIS:

### 1.4.1 Hipótesis General:

Si los magistrados no conocen o dominan los diversos aspectos dogmáticos de la teoría del error no es posible que apliquen correctamente las normas jurídico-penales, en los casos por

violación sexual de menor.

#### 1.4.2 Hipótesis Específicas:

- Si se establece en qué nivel los operadores del proceso penal aplican la teoría del error de tipo y comprensión culturalmente condicionado en los delitos de violación sexual de menores entonces se podrá determinar que los jueces y vocales utilizan las categorías de la Teoría del delito y del error al motivar sus resoluciones.
- Si se identifica las relaciones de diferencias e identidades así como similitudes en el sistema jurídico extranjero entonces se podrá conocer la incidencia criminal de los casos donde el agente del delito alega que su conducta se encuentra dentro de los alcances del error de tipo y del error culturalmente condicionado.
- Las costumbres y tipo de cultura influyen en el error de los agentes activos.

#### 1.5 VARIABLES:

<b>VARIABLES</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>
<b>TEORÍA DEL ERROR (X)</b>	1. DETERMINACIÓN DEL TIPO PENAL
	2. UBICACION DEL ERROR DE TIPO
	3. TIPO OBJETIVO
	4. TIPO SUBJETIVO
	5. CONCEPTO DE ERROR DE TIPO
	6. OBJETO DEL ERROR
	7. ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO
<b>NORMAS JURIDICO- PENALES (Y)</b>	1. LEY PENAL
	2. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO
	3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

<b>VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES (Z)</b>	1. ACCION
	2. TIPICIDAD
	3. ANTIJURICIDAD
	4. RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD
	5. IMPUTABILIDAD
	6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

## 1.6 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

- a) Relevancia Científico - Social,** Esta investigación se justificará en la medida que se compruebe que los juzgadores al momento de emitir sentencia no aplican la teoría del error en los delitos de violación sexual de menores de edad.
- b) Relevancia Académica,** los resultados de la investigación servirán para Comprobar las razones por las que el operador del proceso debe aplicar en todos sus casos la teoría del error en los delitos de violación de la libertad sexual de menores. Presentará alternativas de solución a la problemática planteada, coadyuvando a la formación de futuros profesionales del derecho.
- c) Relevancia Práctico Institucional,** el estudio permitirá el conocimiento de la realidad jurídica, para que en la futura modificación del código penal se tengan en cuenta algunos aspectos identificados y que sean aplicables en los casos. Así mismo servirá para conocer dificultades y limitaciones que existe en la administración jurisdiccional.

Además, el estudio que se propone resulta importante porque

permitirá reflexionar críticamente a los magistrados sobre la teoría del error y su aplicación dogmática por parte de los operadores jurídicos, este hecho ayuda a generar más conciencia, lo que en el futuro contribuirá a llevar el nivel de aplicación de la teoría del error en los casos de violación sexual y permitirá también el desarrollo de las tendencias modernas del derecho penal.

### 1.7 VIABILIDAD

La ejecución de la presente investigación es viable, toda vez, que en mi condición de abogado vengo enfrentado algunos casos en los que se cometen una serie de errores insalvables, por tal razón es necesario plantear alternativas y propuestas viables. Su ejecución es viable acudiendo a casos y hechos reales, que servirán de fuente directa.

### 1.8 LIMITACIONES

Las limitaciones que afectarán el trabajo de investigación son:

- Falta de accesibilidad a algunos expedientes, por la reserva de ellos en el poder judicial.
- Asimismo barreras administrativas por las características de la investigación que se ponen las instituciones tutelares del poder judicial.
- Hechas las averiguaciones del caso a tratar, la bibliografía es escasa, no se han encontrado trabajos de investigación que analicen simultáneamente las tres variables

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1 ANTECEDENTES:**

Realizadas las pesquisas bibliográficas referentes al tema de estudio, no he encontrado trabajos iguales. Por lo que su realización será el primer caso sobre esta materia.

### **2.2 BASES TEÓRICAS:**

Tomando en consideración las variables objeto de investigación, vamos establecer como fundamentos teóricos y básicos de cada uno de ellos a partir de un estudio.

La base de conocimientos que sustenta el estudio es la teoría doctrinaria de instituciones jurídicas:

#### **2.2.1 Teoría del delito**

Al respecto BACIGALUPO<sup>1</sup> expresa que la teoría del delito tiene un carácter claramente instrumental y práctico: es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos. En otras palabras: la teoría del delito trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad.

Con ello el profesor aludido nos permite dar a conocer que la labor jurídica es de carácter científico, en cuanto y en tanto se aplique la teoría del delito.

Para VILLAVICENCIO recogiendo a Fragoso, Bacigalupo, Jescheck, Jesús y Zaffaroni y en su términos señala que La Teoría del delito estudia las características generales que debe tener cualquier conducta para ser calificada como un delito.

Esta teoría del delito nace de la ley y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica. Se construye como análisis de distintos niveles, en el que cada nivel supone al anterior, pero ello no autoriza que nos podamos mover de un plano a otro de análisis cuando nos convenga. Así, se van descartando simultáneamente las causas que impedirían aplicar la pena de las que la fundamentan.

Sin embargo, el lenguaje utilizado en la ley no supone uniformidad de criterios, de allí que existan diversos sistemas que estudiaremos posteriormente. En realidad, un sistema “dogmático” del delito no es otra cosa que una hipótesis posible de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un orden de problemas y soluciones referidos a los casos en los que la ley debe aplicarse.

Por lo que se debemos de anotar que el orden a que alude Villavicencio es porque la teoría del delito tiene categorías de análisis y no podemos saltar de uno a otros sino que opera como un sistema.

Por su parte ZAFFARONI señala que se llama “teoría del delito” a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe

tener cualquier delito.

Esta explicación no es un mero discurrir sobre el delito con interés de pura especulación, sino que atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en *la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.*

En efecto, cuando el juez, el fiscal, el defensor o quien fuere, se encuentra ante la necesidad de determinar si existe delito en un caso concreto, como por ejemplo, la conducta de un sujeto que se apoderó de una alhaja en una joyería, incumbiéndole averiguar si esa conducta constituye o no delito, lo primero que debe saber es qué carácter debe presentar una conducta para ser delito.

Puede argumentarse que es delito la conducta del sujeto en cuestión, pero puede suceder que pese a adecuarse a alguna disposición, en el caso concreto el sujeto hubiese tomado la alhaja por error, o que lo hubiese hecho porque necesitaba dinero para operar a su hijo en peligro de muerte, o que la alhaja fuese de él y él creyese que era del joyero, o que la hubiese tomado para amenazar al joyero con destruirla sino le entregaba una carta comprometedora con que el joyero le extorsionaba exigiéndole entregas de dinero. En cualquiera de éstos supuestos igualmente habrá que dar una respuesta: ¿el sujeto cometió un delito o no cometió ningún delito?

Para dar ésta respuesta, será imprescindible saber qué caracteres

debe tener un delito (aspecto positivo) como primario e indispensable paso para poder averiguar si en cada uno de esos supuestos de hecho falta un carácter delictivo (aspecto negativo) o no llega a faltar.

Todo esto nos indicará que para averiguar si hay delito en un caso concreto, tendremos que formularnos una serie de preguntas, o sea, que no basta preguntarnos “¿hubo delito?”, sino que el “¿hubo delito?” debemos descomponerlo en un cierto número de preguntas y sus respectivas respuestas deben darse en un cierto orden, porque no tiene sentido que preguntemos algunas cosas cuando aun no hemos respondido otras, del mismo modo que en otros ordenes de la vida a nadie se le ocurre preguntarse si una vaca es una pintura de la edad media, sencillamente porque una pintura medieval, ante todo, debe ser una pintura, y una vaca es un animal y no una pintura.

Las preguntas y su orden es precisamente lo que nos proporciona la teoría del delito, puesto que al explicarnos qué es el delito en general, dándonos los caracteres que debe presentar todo delito, nos está revelando las preguntas que deben responderse para determinar en cada caso si hay delito, y nos la está dando en un orden lógico, del mismo modo que el cualquier otro fenómeno complejo cuya naturaleza debemos esclarecer, como el ejemplo de la pintura medieval: ¿Es una pintura? ¿Hay en ella una tendencia a la simplificación? ¿Carece de profundidad? ¿Se desentiende de la perspectiva? ¿Las proporciones y gestos del cuerpo son

arbitrarios?

En síntesis: la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto.

Ello implica que al realizar un análisis dogmático, se hace dentro de los parámetros contemplados en la ley penal, con lo que automáticamente estamos aludiendo a que el análisis que se realice en cada caso concreto sea para aplicar la ley penal, bajo un razonamiento lógico, coherente y ordenado a fin de determinar si el hecho constituye o no delito.

Igualmente MUÑOZ CONDE señala que la teoría general del delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea éste en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos.

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la Parte General del derecho penal; el estudio de las concretas figuras

delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., a la Parte Especial.

Así mismo, MIR PUIG señala que la teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse *comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos*. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Esta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los *principios básicos* del Derecho penal positivo y su articulación en un *sistema* unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito *debería ser* — no es una construcción *iusnaturalista* sino una *elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste*.

Ello no significa, sin embargo, que la doctrina penal no elabore la teoría del delito con un cierto (con frecuencia amplio) *margen de libertad*. El Derecho penal positivo fija, ciertamente, un *marco* que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica. Este marco constituye un *límite infranqueable* para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina.

### 2.3 Definiciones conceptuales

Cuanto más generales son los principios a considerar, menos inequívocamente vienen impuestos por los preceptos del Derecho positivo. La decisión acerca de tales principios habrá de depender, entonces, de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada **momento histórico-cultural**. De ahí que la evolución histórica de las teorías del delito refleje fielmente la evolución más general de las ideas: el **positivismo** (desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzos del XX), el **neokantismo** (desde principios de siglo hasta la 2ª Guerra Mundial) el **ontologismo fenomenológico** (desde los años 30 hasta los 60) y el **funcionalismo** (en Derecho penal desde los años 70 hasta el presente) que han determinado las fases más características de la moderna Teoría del delito.

Esta evolución no ha de detenerse. Uno de los aspectos más criticables de la fundamentación tradicional de la teoría del delito, fuertemente positivista, es el intento de presentar todos sus conceptos como no disponibles valorativamente, sino como exigencias sistemáticas. Hay que rechazar este planteamiento, que encubre auténticas decisiones valorativas mediante un entramado conceptual aparentemente aséptico y neutral. *La gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativas, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido.* El neokantismo advirtió la dimensión valorativa de las categorías de la teoría del delito, pero no su significado *político*. Desde los años 70 se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir de la *función político-criminal* del Derecho penal (funcionalismo). Pero la política criminal depende de cada modelo de Estado.

Importa, pues, desvelar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada concepción filosófico-política del Derecho penal como cometido del Estado.

Por su parte BUSTOS RAMIREZ señala que en la doctrina penal se suele definir el delito como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. A partir de ésta definición, se distinguen tres elementos diferentes ordenados de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior. Estos son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Esta fórmula es conocida genéricamente como el sistema Liszt — Beling en referencia a los Autores a quienes, con razón a pesar de pertenecer a escuelas diferentes, se les atribuye el merito de haber puesto las bases fundamentales de la moderna teoría del delito. En términos generales, la tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la definición abstracta y genérica que hace un tipo legal; la antijuricidad, la contravención de éste hecho típico con todo el ordenamiento jurídico; y la culpabilidad, es el continente de todo lo que dice relación con el sujeto responsable e implica, por tanto, la capacidad del estado para exigirle al sujeto responsabilidad por ese hecho.

Estos tres conceptos de la definición y sus contenidos conforman lo que en derecho penal se conoce como la teoría del delito. Esta definición no tiene otro objetivo que ofrecer al jurista una propuesta metodológica para el análisis jurídico de hechos concretos y poder determinar si este eventualmente puede ser fuente de responsabilidad penal para las personas implicadas en su realización. Luego, no se trata de una

definición con pretensiones de universalidad, sino de una definición que se pone al servicio del jurista que quiere analizar y resolver casos concretos, reales o ficticios. Su finalidad es, en consecuencia, esencialmente práctica y tiene un importante valor instrumental.

Por su parte MAC IVER indica que vale la pena dejar establecido que cuando se habla del concepto o de la definición del delito se hace referencia a su CONCEPTO ABSTRACTO GENERAL, según lo hemos dicho anteriormente, con prescindencia de los casos concretos de la vida real, aunque, evidentemente el Juez que conoce un proceso deberá comprobar, en el desempeño de su función, si el inculpado realizó un hecho típico y antijurídico que se le puede reprochar, esto es, culpable. Pero, en esta tarea, el magistrado no tiene un imperativo lógico resultante de la jerarquización de los elementos, lo que quiere decir que no debe, primeramente, enfrentarse con el hecho y sus derivados de la causalidad, para seguir, a continuación, con el problema de subsumir ese hecho en alguno de los tipos descritos por la ley, etc., sino que se debe conocer la realidad intuitivamente, cualquiera que sea el orden en que aparezcan esos presupuestos (La jerarquización es solo lógica). En efecto, normalmente el juez establece la tipicidad antes que nada, y si el hecho denunciado no es típico (no constituye delito), no pierde su tiempo iniciando sumario para establecer si efectivamente se ha realizado.

En la formulación de UN CONCEPTO ABSTRACTO GENERAL del delito, creemos que, aunque filosóficamente es una estructura inescindible, para su estudio sistemático se hace necesario el análisis de sus diversos

aspectos, sin importar que ellos carezcan de autonomía propia y que solo vivan en función del todo. Por lo demás, esta tarea es plenamente realizable, ya que si es posible mediante la abstracción separar incluso lo que se encuentra materialmente unido, con mayor razón lo será cuando tan solo idealmente tiene este carácter.

## 2.4 La teoría del error en el derecho penal

### 2.4.1 El error de tipo

Al respecto ROXIN señala: “Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente.” Con ese “conocimiento”, cuya falta excluye al dolo típico, se hace referencia al elemento intelectual del dolo. Al respecto ya sabemos que es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá posiblemente a la realización de un tipo. El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo. Así pues, quien p. ej. No se da cuenta de que el supuesto espantapájaros sobre el que dispara es una persona no actúa con dolo. A quien en cambio duda de si tiene delante de sí una persona o un espantapájaros, pero se aventura (lo deja al azar) y dispara a pesar de todo, se le castiga por delito doloso.. Por otro lado, el error de tipo no presupone ninguna falsa suposición sino que basta con la falta de la correcta representación. Quien seduce a una muchacha que aun no tiene dieciséis años cumplidos actúa por tanto sin el dolo, no sólo cuando ha supuesto erróneamente una edad situada por encima del límite de protección, sino ya incluso cuando no ha realizado reflexión de ninguna clase sobre

la edad de la muchacha; pues tampoco en ese caso conoce una “circunstancia... que pertenece al tipo legal” (o sea la circunstancia de que la muchacha aún no tiene dieciséis años).

El Derecho penal conoce, junto al error de tipo, otros errores diversos,. Aquí debe mencionarse sin embargo ya un error de diferente clase, pues su delimitación del error de tipo ha de esclarecerse de un principio: error de prohibición. Concierno a la situación en que el sujeto conoce todas las circunstancias del hecho y actúa por tanto dolosamente, pero no obstante considera permitido (es decir no antijurídico) su hecho. Quien p. Ej. grava la llamada telefónica de otro en una cinta magnetofónica sin consultar al interlocutor sabe que “registra en un soporte de sonido la palabra de otro no pronunciada públicamente”, actúa por tanto dolosamente. Si en ese caso el sujeto cree que su comportamiento está permitido, se trata de un error de prohibición, que deja intacto el dolo y que únicamente en caso de ser invencible excluye la culpabilidad y con ello la punibilidad , pero que en otro caso conduce sólo a un atenuación facultativa de pena. Se discute desde un punto de vista de política jurídica y se discutirá al tratar el error de prohibición si resulta justificado distinguir entre errores de tipo y de prohibición y anudarles consecuencias jurídicas muy diferentes. Por lo pronto aquí sólo importa retener la distinción legal como tal.

El error de tipo no afecta por tanto al conocimiento o al desconocimiento de la antijuridicidad, sino tan sólo al de las circunstancias del hecho.

Así mismo, MIR PUIG señala si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto*. Tal es la esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino (sólo) del hecho de *estar prohibida* su realización.

*Ejemplos:* Quien dispara sobre un cazador tomándolo equivocadamente por una pieza incurre en error de tipo, pues desconoce un elemento esencial del tipo de homicidio, que requiere que se mate a “otro” hombre. Quien creyendo erróneamente que la ley lo permite, da muerte a un delincuente que huye, actúa en error de prohibición, pues conoce los elementos del tipo (que mata a otro), pero entiende que su realización no está prohibida.

Adviértase que en la concepción tradicional del dolo como “*dolos malus*”, el error de prohibición excluía también el dolo (por que éste requería no sólo conocer y querer la situación típica, sino también que su realización es antijurídica, esto es, prohibida por la ley). Esta era la llamada “teoría del dolo”. En cambio, referido el dolo solamente a los elementos del supuesto de hecho (“dolo natural”), el error sobre el estar prohibido del mismo no excluye el dolo, sino que, según la doctrina dominante, solo disminuye o excluye la culpabilidad. Esta es la “teoría de la culpabilidad”.

Se discute la naturaleza del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Por afectar como el error de tipo al supuesto de hecho prohibido por la norma, y no a ésta, no puede admitirse la opinión del finalismo ortodoxo que lo considera constitutivo de “error de prohibición”, sino que ha de atribuírsele la misma significación que al error de tipo cuyo tratamiento ha de compartir.

Del error de tipo deben distinguirse también los supuestos de desconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, de alguna causa personal de exclusión de la pena o de la posibilidad de imputación personal. Como las condiciones objetivas de punibilidad no precisan ser abarcadas por el dolo, el error a cerca de las mismas es irrelevante y carece de efectos jurídico-penales. Lo mismo sucede, y por idéntica razón, respecto al error relativo a una causa personal de exclusión de la pena. Mayor complejidad encierra el tratamiento jurídico-penal del error sobre la posibilidad de imputación personal (el llamado “error sobre la culpabilidad”), que se estudiará en su momento.

La terminología “error de tipo” ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de “error de hecho”, del mismo modo que la expresión “error de prohibición” ha desplazado a la anterior de “error de Derecho”. La razón es que el tipo puede contener tantos elementos de hecho como de Derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento

con independencia de si son de hecho o de Derecho.

Así también JAKOBS al referirse a los problemas relativos al error señala

a) Hay que distinguir según que el autor conozca el juicio *antes* de su sustrato o sólo pueda deducir el juicio sirviéndose del sustrato.

- Al conocimiento de un orden o atribución no llega el autor siempre a través del conocimiento del sustrato; ejemplo: Muy pocas veces se conoce cómo ha surgido la propiedad ajena; las especulaciones erróneas sobre el modo de haberse adquirido la propiedad no impiden el dolo. Así, concurre dolo cuando el autor supone que le sustrae al propietario una cosa heredada, mientras en realidad la cosa la ha adquirido por legado. O bien: El que un documento auténtico que el autor quiere falsificar haya surgido de propia mano o legitimando la redacción por mano ajena (espiritualizadamente) carece de relevancia para el dolo de falsificar cuando se trata de deducciones del autor a partir de la autenticidad de todos modos conocida. En todo caso, concurre dolo cuando el autor, conociendo la circunstancia fáctica, supone incorrectamente acerca del fundamento de su origen.

- Deducir de un sustrato *inapropiado* la circunstancia fáctica no da lugar a dolo, ni siquiera cuando la deducción sería adecuada a partir de otro sustrato (dado un error “doble”, uno de los errores no anula al otro). Ejemplo sobre elementos referidos a normas: Quien considera pornográfico un escrito por su contenido de ateísmo, desconociendo sin embargo su tendencia obscenamente sádica, carece de dolo. Ejemplos sobre los elementos completados normativamente: Quien considera legatario al

heredero, pero le atribuye esa propiedad legal por suponerle erróneamente beneficiario de un legado de vindicación (es decir, un legado que crea directamente la propiedad), carece de dolo con respecto a esa propiedad; pues objeto de las normas protectoras de la propiedad no es proteger las pretensiones como propiedad. Si un sobrino supone erróneamente, al incendiar el almacén de su tío, que éste —aun no mediando colusión- no tiene derecho a percibir el seguro de incendios, no actúa con intención de estafar, sino con intención propia de delito putativo.

- Si, a partir de un sustrato *en si apropiado*, el autor deduce la circunstancia fáctica, concurre dolo; si la circunstancia fáctica, a falta de sustrato, ya no existe, o sólo existe debido a otro sustrato, no se pasa de la tentativa; ejemplo: Sólo se da tentativa de hurto en el “golpe” del fabricante de artículos de joyería que cree haber visto cómo el apoderado vendía diamantes sin tallar, mientras que en realidad era un proveedor de diamantes que recobraba en virtud de pacto de reserva de dominio. Sin embargo, distinta es la situación cuando el autor no deduce la consecuencia jurídica (la circunstancia fáctica) a partir del sustrato, sino que conoce la circunstancia fáctica por consideraciones generales, y especula sobre el sustrato (así, en el ejemplo indicado *supra* al principio). En definitiva, el dolo es tan indivisible como lo es la conciencia de la antijuricidad.

b) Quien, habiendo conectado correctamente sustrato y consecuencia, supone que también otras circunstancias objetivamente inapropiadas desencadenarían la consecuencia, sólo actúa con dolo si su error no afecta más que a casos marginales. Ejemplo: El concepto de propiedad no se convierte en

erróneo porque el autor suponga erróneamente, y sin relación con el comportamiento concreto, que un legatario adquiere inmediatamente la propiedad, o porque el autor, p. ej., no tenga idea acerca de la posibilidad de adquisición en pública subasta. Sin embargo faltará un concepto correcto de propiedad cuando el autor suponga que la propiedad es un derecho que, en otros modos posibles, cualquier ladrón puede adquirir mediante la sustracción; en tales casos falta un conocimiento suficiente del efecto de la regulación.

Al respecto QUIROZ SALAZAR señala que se admite error de tipo cuando el agente realiza un comportamiento, desconociendo alguno o todos los elementos del tipo penal. Estos elementos pueden ser descriptivos o normativos del tipo penal. Si se comprueba que el sujeto actuó por desconocimiento o ignorancia de la norma, entonces se excluye el dolo típico.

Como podemos apreciar el autor aludido claramente precisa que existe error no solo cuando se desconoce todos los elementos del tipo objetivo; sino, también cuando se desconoce uno de los elementos del tipo, a ello debemos agregar que no solo se estaría en error cuando hay desconocimiento; sino, también cuando hay conocimiento equivocado de algún elemento o todos del tipo objetivo.

Así mismo, MUÑOZ CONDE señala que el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo más, si el error fuera vencible, deja subsiguiente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente. El error, igual que el dolo, debe

referirse a cualquiera de los integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una “valoración paralela en la esfera del profano”, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.

El error sobre cualquier otro elemento pertenece a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad) carece de relevancia a efectos de tipicidad. Sólo el error sobre los elementos del tipo excluye el dolo. Por eso se llama *error de tipo*.

Al respecto BACIGALUP0 señala que habrá error de tipo cuando el autor carezca de la correcta representación de la realidad, en la que actúa de tal forma que no pueda saber que su acción realiza el tipo de un delito; el que obra con un error sobre el tipo no sabe lo que hace, en el sentido de que no sabe que realiza un tipo penal.

Así también ZAFFARON escribe que el error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Así, quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de casería; quien se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con el, en la creencia de que se trata de su propio abrigo; quien cree que yace con una mujer de diecisiete años, que en realidad tiene catorce, quien cree que aplica un

ungüento cicatrizante y está aplicando un ácido corrosivo que causa una lesión. En todos estos casos el error ha recaído sobre uno de los requerimientos del tipo objetivo: en el primero, el sujeto ignora que causa la muerte de un hombre, en el segundo que la cosa es ajena, en el tercero que la mujer tiene menos de quince años, en el cuarto que emplea un medio que causará una herida. Esto determina que, en el primer caso realice una conducta final de cazar un oso (pero no una conducta final de homicidio), que en el segundo realice una conducta final de llevarse su abrigo (pero no una de hurto de un abrigo), que en el tercero su finalidad sea tener acceso carnal (pero no estupro), y que en el cuarto la conducta sea final de curar (pero no de lesionar).

Así mismo VILLAVICENCIO T. al referirse al error de tipo señala que es el error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo. El error de tipo excluye el dolo.

Es equívoco identificar error de tipo y error de hecho. En realidad, un error de tipo puede referirse a sus elementos de hecho como de derecho. Ejemplo: el error sobre la cosa mueble ajena, creyéndola propia en el hurto (artículo 185 del Código Penal), es un error de tipo.

Todo lo perteneciente al tipo objetivo puede ser objeto de error (incluso el curso causal).

Se diferencia entre error de tipo evitable e inevitable (vencible o invencible). Ambos excluyen el dolo, pero el error de tipo evitable supone responsabilidad y la infracción será sancionada como culposa.

Existe error de tipo en el caso del nativo que sale de casería por los bosques y en la creencia que el objeto que se movía era un hermoso venado al lado de un grueso tronco disparó y mató a su compañero de caza.

Existe **error de tipo vencible**, cuando el agente, observando el cuidado debido pudo haber salido del error en el que se encontraba y pudo evitar el resultado. En estos casos sólo se sanciona si existe un equivalente tipo culposo. Por el contrario, es **error de tipo invencible** cuando el agente habiendo observado el cuidado debido no pudo salir del error en el que se encontraba originado el resultado. En este caso, la conducta debe ser atípica aunque exista un tipo culposo.

Sobre el punto BUSTOS RAMÍREZ señala que el *error de tipo* es aquel que recae sobre las circunstancias del tipo legal y el *error de prohibición* aquel que recae sobre la antijuridicidad o injusto del hecho. Esta clasificación aparece bastante consecuente con la posición del finalismo o, por lo menos con la de todos aquellos que distinguen entre el dolo (natural) en la tipicidad, referido entonces al aspecto objetivo de ella y por tanto relacionado con un error sobre ese aspecto objetivo; y, la conciencia de la antijuridicidad, situada como aspecto de la culpabilidad, y referida entonces al injusto como tal, con lo cual aparece relacionada con un error sobre el injusto del comportamiento.

De éste modo la clasificación aparecía sin contradicciones, ya que el error de tipo podía recaer tanto sobre circunstancias fácticas del tipo como sobre elementos normativos; pero entonces solo referido a los aspectos de la tipicidad. En ello se diferenciaba del antiguo error de hecho, que abarcaba tanto las

circunstancias fácticas de la tipicidad como de la antijuridicidad (los presupuestos fácticos de las causas de justificación, como la agresión o la situación de peligro).

Por su parte, el error sobre la antijuridicidad o la prohibición o el injusto recaía sobre todos los aspectos de la antijuridicidad, tanto valorativos como fácticos (los presupuestos de las causas de justificación). También en eso se diferenciaba el antiguo error de derecho; que recaía solo sobre aspectos valorativos. En principio, pues, esta nueva clasificación aparece más adecuada con la reordenación que ha sufrido la estructura del delito en los últimos tiempos.

## 2.5 El error de prohibición

Al respecto ROXIN señala que concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. P. ejemplo alguien grava en una cinta magnetofónica, sin que los sepa su interlocutor, la conversación telefónica que está manteniendo; no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido. O alguien organiza para fines de beneficencia una lotería pública; no sospecha que necesita una autorización oficial para ello. O alguien seduce a una muchacha de quince años; conoce su edad, pero considera permitido su hecho.

El legislador a configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Por tanto si los tres sujetos de los casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y han de ser

absueltos. Si el error, como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad, sino que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena. En particular, el error de prohibición, sea vencible o invencible, no afecta al dolo del sujeto. Por tanto, si en los ejemplos de partida aceptamos que los sujetos pudieron evitar su error, se les castiga por delito doloso. Una concepción así del error de prohibición como causa de exclusión o atenuación de la culpabilidad no resulta en modo alguno evidente, sino que es el resultado de una larga evolución y resulta hoy aún discutida.

Sobre el tema MIR PUIG plantea reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia del delito que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se haya prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la *situación* típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que su actuación se haya prohibida. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuricidad del hecho. Cuando tal conocimiento falta se habla de “error de prohibición”, en contraposición al “error de tipo”. Dicho error será vencible o invencible según que haya podido o no evitarse con mayor cuidado. También se admite pacíficamente que el error invencible ha de determinar la *impunidad*, mientras que el error vencible debe conducir —al menos en principio- a una *pena inferior*.

Sobre el punto JAKOBS indica que si al autor le falta la conciencia de la antijuricidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales, es decir, de aquellas normas que sólo se pueden revocar

mediante un acto de revolución estatal o social, la inevitabilidad de ese error sólo cabe concebir en personas pertenecientes a otras culturas.

Así también QUIROZ SALAZAR precisa que se admite error de prohibición cuando el agente desconoce la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, de que se encuentra prohibida su realización. Para la doctrina moderna actual con error de prohibición, sólo disminuye o excluye la culpabilidad. No excluye el dolo, eso fue, para la doctrina tradicional. Antiguamente se denominaba error de derecho (causalismo). Comparto la opinión dominante en que éste error no pertenece para nada a la tipicidad, por el contrario, es un problema de culpabilidad.

Este error puede darse de dos modalidades: directo (cuando el error se refiere a la existencia de una norma prohibitiva) o indirecto (recae sobre la existencia o límites o presupuestos fácticos de una causa de justificación, pero sí sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que se da una causa de justificación que lo permite).

Sobre el tema MUÑOZ CONDE señala que existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (*error de prohibición directo*) o la existencia, límites o

presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (*error de prohibición indirecto* o error sobre las causas de justificación).

En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer; en el segundo, el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos. En la práctica es mucho más frecuente el segundo tipo de error que el primero.

El *tratamiento del error de prohibición* es doctrinalmente muy discutido. Al principio se consideraba que el error de prohibición no debía ser relevante en ningún caso (*error\_íuris nocet*); este planteamiento ni siquiera se mantiene ya en el ámbito del derecho civil. Pronto se observó que, además de ser injusto, planteaba en la práctica serios problemas porque muchos tipos penales se refieren a disposiciones administrativas cambiantes (“normas penales en blanco”) y porque el error no siempre se refiere a la norma prohibitiva, sino a la existencia de una causa de justificación o a los presupuestos fácticos de dicha causa. Ante ello, la jurisprudencia comenzó a distinguir entre el error de hecho (relevante) y el error de derecho, que en principio era irrelevante, pero que empezó a considerarse relevante cuando recaía sobre una norma de carácter extra penal.

Un paso adelante importante supuso la *teoría de dolo*, según la cual

éste exigía, como forma de la culpabilidad, tanto el conocimiento de elementos del tipo como el de la antijuridicidad. Para ésta teoría, el tratamiento del error debería ser el mismo en todos los casos: excluir la culpabilidad si el error era invencible; excluir el dolo, pero castigar por imprudencia, si era vencible. Para la teoría del dolo, el error, tanto si era error de tipo, como si era de prohibición, recibía el mismo tratamiento.

*La teoría de la culpabilidad*, consecuencia de la teoría final de la acción, supuso la culminación de todo este proceso. Ciertamente partía de la relevancia del error tanto si se refería al tipo, como si se refería a la prohibición; pero, al incluir el dolo, como “dolo natural”, en el tipo y el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad, atribuyo a ambas clases de error distinta trascendencia práctica y sistemática. El dolo, entendido como consecuencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo no tiene, en efecto, nada que ver con la conciencia de la antijuridicidad; se puede realizar dolosamente un tipo (matar a un hombre) y creer que se realiza amparado por una causa de justificación (matarlo en legítima defensa). El error de tipo invencible excluye el dolo y, si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por imprudencia; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de injusto del delito cometido.

Así también BACIGALUP<sup>0</sup> señala que el error sobre la desaprobación jurídico-penal no tiene una regulación expresa en el Código Penal argentino. Tampoco la tiene el error sobre la prohibición, cuya relevancia no es hoy puesta en duda. Por lo tanto, la falta de una regulación expresa en

el texto legal no impide, tampoco en éste caso, formular los principios con los que se lo debe tratar. El fundamento de la relevancia del error sobre la desaprobación jurídico-penal es el principio de culpabilidad, aunque redefinido con respecto a las tradicionales concepciones restrictivas del mismo. En efecto, las opiniones más generalizadas han limitado el principio de culpabilidad simplemente a la exigencia del conocimiento (posible al menos) de la antijuricidad.

Nuestro punto de vista es más amplio: no hay culpabilidad jurídico-penal si el autor, por lo menos, no pudo conocer el reproche expresado por la amenaza penal. En otras palabras: el autor debe haber podido conocer la punibilidad del hecho.

El error sobre la desaprobación jurídico-penal asume diversas formas:

- a) Ignorancia de la desaprobación jurídico-penal del hecho: el autor ignora que el hecho está prohibido o, sabiendo que está prohibido, ignora que es punible;
- b) Suposición errónea de una causa que excluya la antijuricidad o la atribuibilidad que el ordenamiento jurídico no contiene;
- c) Suposición errónea de las circunstancias que de haber ocurrido habrían determinado la exclusión de la punibilidad (causas de justificación o que excluyan la atribuibilidad): es decir, las llamadas eximentes putativas.

Si el error es invencible excluirá la culpabilidad y con ella la responsabilidad penal.

Por el contrario, si el error es evitable sólo cabe la posibilidad de una atenuación de la pena.

Esto plantea el problema de la evitabilidad del error: ¿cuándo es evitable un error sobre la desaprobación jurídico-penal? El primer requisito de la evitabilidad es que el autor haya tenido razones para pensar en la punibilidad de su comportamiento. Naturalmente, el autor que conoce o pudo conocer la antijuricidad ya tiene razones para pensar en la punibilidad. Y en general habrá razones para pensar en la punibilidad del comportamiento cuando el autor haya conocido circunstancias que le habrían permitido tomar conciencia de la incompatibilidad de su comportamiento con el orden jurídico y de la gravedad del hecho.

La segunda condición de la evitabilidad del error consiste en que el autor haya tenido a su disposición medios adecuados para alcanzar el conocimiento de la punibilidad. En éste sentido, el autor puede haber aclarado la situación jurídica en casos muy señalados (por ejemplo: homicidio, lesiones, robo, hurto, etc.) mediante reflexión. Pero en la mayoría de los casos cuando el autor haya tenido razones para pensar en la punibilidad, la forma de aclarar la situación jurídica será la información obtenida a través de fuentes confiables.

Sintetizando: el error sobre la desaprobación jurídico-penal será evitable si el autor tuvo razones para pensar en la punibilidad de su hecho y dispuso de los medios adecuados para alcanzar el conocimiento de la punibilidad.

Para ZAFFARONI el error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se evidencia, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama *error de prohibición* al que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza: hasta el mínimo legal, o, en algunos casos, aplicando disposiciones especiales, (circunstancias extraordinarias de atenuación).

(VILLAVICENCIO señala, error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta (ilicitud del hecho). Se diferencia entre error de prohibición invencible y vencible. La invencibilidad del error de prohibición es verdaderamente discutible. Así, se dice que el error de prohibición es vencible o evitable cuando el autor pudo haber salido de su estado de error. De ésta manera, evaluar la posibilidad de si el sujeto pudo o no salir de ese error requiere de una serie de comprobaciones. Una evaluación objetiva del error de prohibición evitable no coincidirá necesariamente con el criterio desarrollado para el error de tipo vencible en el que será suficiente determinar si el sujeto infringió su deber de cuidado de manera que la infracción será castigada como culposa (art. 14, 1er. Párrafo). En un sentido diferente, en el error de prohibición la evitabilidad “quiere decir que el sujeto no ha hecho todo lo necesario y posible para salir de su error sobre el carácter autorizado de su hecho. El error versa aquí sobre una situación jurídica y no fáctica. El reproche por no haber salido de ese error es mucho más amplio y extenso que el que corresponde a la imprudencia”.

En otras palabras, para determinar la vencibilidad en el error de tipo basta comprobar que el sujeto no actuó con el debido cuidado, por el contrario, para determinar la vencibilidad en el error de prohibición son necesarias más exigencias, pues son más las opciones del sujeto para salir de ese error. En consecuencia, en un error de prohibición no es suficiente que se haya actuado cuidadosamente (en el sentido del deber de cuidado de los delitos culposos) para que dicho error sea considerado invencible.

Dada las características del juicio sobre la vencibilidad de un error de prohibición y sus diferencias con el juicio de vencibilidad de un error tipo, resulta razonable que el legislador peruano haya indicado consecuencias penales diferentes: Al error de prohibición vencible le corresponde la pena por el mismo delito doloso, atenuada (art. 14, 2º párrafo) y al error de tipo vencible le corresponde por el delito culposo cuando se hallare previsto como tal en la ley (art. 14, 1er párrafo del Código Penal). Se diferencia **entre error directo e indirecto de prohibición**. El error es directo cuando versa sobre el conocimiento de la norma penal, su vigencia o aplicabilidad. Ejemplo: la mujer que ignora que la práctica del aborto ético está sancionado (art. 120, 1er. Párr. C.P.) el error es indirecto, cuando recae sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación y puede ser por la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no señala. Ejemplo: el homicida que cree que se encuentra amparado por la ley de fuga que en realidad no existe o, por la falsa admisión de una situación de justificación que no se presenta. Ejemplo: justificante putativa o imaginaria: el que cree que es agredido y se defiende pero en realidad se trataba de una broma.

Las reglas del error de prohibición son también aplicables a los delitos culposos y a

los delitos omisivos.

En un sentido diferente se expresan los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo quienes plantean que la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación sería un error de tipo y no de prohibición. “Será, en cambio, un error de prohibición el de quien, sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa”.

Al respecto BUSTOS RAMÍREZ señala que el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto), el error vencible permite entonces sólo atenuar la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo.

## 2.6 El error de comprensión culturalmente condicionado

Al respecto ZAFFARON señala El error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad hemos visto que es un error de prohibición, sea directo (cuando recae sobre la norma prohibitiva misma), sea indirecto (cuando recae sobre la permisión de la conducta). No obstante, puede haber casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce.

Si nosotros visitamos la casa de un esquimal y su ocupante quiere agasajarnos ofreciéndonos a su mujer perfumada con orines, nos resultará bastante difícil recibir el agasajo y, aunque sepamos que el anfitrión tomará esto como una ofensa, se nos hará muy arduo internalizar la pauta de

conducta que evite la injuria que le inferimos. Si un juez esquimal tuviese que juzgarnos por la injuria cometida, difícilmente podría exigirnos que hubiésemos internalizado esa pauta de conducta. De la misma manera, el indígena de una comunidad que tiene desde siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, incurrirá quizá en una tipicidad contravencional al violar las reglamentaciones sobre inhumaciones, pero es muy duro exigirle que abandone todas esas pautas para recibir las nuestras y reprocharle que no lo haya hecho. Nosotros cometiendo injurias al rechazar a la mujer perfumada con orines en la sociedad esquimal, y el indígena violando las disposiciones sobre inhumaciones en nuestra sociedad, estaremos en supuestos de errores de comprensión, porque no se nos podría exigir la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas. En estos supuestos estaremos en un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión, el error de comprensión culturalmente condicionado, por regla general, será un error invencible de prohibición; que eliminará la culpabilidad de la conducta, por mucho que la conciencia disidente, en principio, por sí misma, no es una causa de inculpabilidad. Se trata de grados de exigibilidad de la comprensión que, como sucede con toda la problemática de la culpabilidad, se traducen en grados de reprochabilidad, no siempre sencillos de valorar.

El mismo autor señala que en principio, es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la **inimputabilidad del indio**. El indio no es inimputable, salvo por las mismas razones que los puede ser cualquiera de nosotros. Lo que sucede es que el indio incurre en un **error de prohibición culturalmente**

**condicionado** o que, por razones culturales, no le sean exigibles las pautas promovidas por la ley. Este problema debe de ser tratado en el lugar que corresponde, esto es, en la culpabilidad. Yo no le puede reprochar a una persona la realización de algo que no pudo comprender y, más aún, si la cultura a la que este sujeto pertenece le impide comprender el carácter injusto de un determinado hecho. El problema en cuestión, es un problema de exigibilidad, de reprochabilidad y, por ende, debe centrarse en la culpabilidad y no en la inimputabilidad.

Como ya lo precisamos el indio no es inimputable por ser tal, es más tal dispositivo contraría el espíritu de varias disposiciones constitucionales.

Considerar al indio como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonarlo con el enfermo, perturbado psíquico, etc. En rigor de verdad, el indio no es un ser inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta. No existe en el mundo razón alguna que avale la prédica hipócrita de la superioridad de nuestra cultura, por más que el indio fabrique lanzas, reduzca cabezas, nosotros no debemos olvidar que nuestra cultura fabrica misiles, bombas de neutrones, etc. El autor señalado menciona que el código penal estría en mejor regulación si depuramos la fórmula y establecemos que se trata de un caso de inculpabilidad. Después de realizar este cambio sistemático y terminológico, se podría ensayar una fórmula como la siguiente: "Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal.

Sobre el tema QUIROZ SALAZAR indica que no debemos confundir el error de prohibición con el error condicionado culturalmente, porque éste, se presenta cuando en determinada cultura, es común ver que un menor de catorce años mantiene relaciones sexuales con un adulto, inclusive con anuencia de los padres y de pronto, éste sujeto estando en la ciudad de lima ejecuta el mismo hecho en la creencia que su comportamiento que su comportamiento no es contrario a derecho.

Al respecto VILLAVICENCIO T. Señala que dentro del planteo de la culpabilidad del acto el error de comprensión es “la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente.

Se entiende por “compresión” “el más alto nivel de captación humana que implica internalización o introyección, encierra y presupone el mismo conocimiento”. No cualquier conocimiento supone comprensión pero toda comprensión supone conocimiento.

Es posible que un sujeto obre con **conciencia de disidente**, es decir, quien siente su obrar como resultado de un esquema general de valores diferente al nuestro. La conciencia disidente o autoría por conciencia será siempre al menos, una causa de disminución de la culpabilidad dada que la posibilidad de comprensión se haya disminuida, se atenuará la pena (art. 15 in fine CP). Habrá casos de conciencia disidente en que aparezca un verdadero error de comprensión invencible y, en tales supuestos no habrá culpabilidad. Particularmente relevante será en éste sentido los “errores de comprensión culturalmente condicionados”.

El error de comprensión culturalmente condicionado se presenta cuando, el infractor se desarrolló en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conductas de esa cultura. Ejm. el miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de catorce años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de doce años.

Generalmente, el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición que exime de responsabilidad (art. 15 CP).

Sin embargo el condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede originar distintas clases de errores (errores sobre la causalidad, errores de tipo, justificación putativa). Ejm. ciertas comunidades de la Amazonía peruana actúan en defensa en el convencimiento de que los hombres extraños les agredirán (justificante putativa — art. 14, 2º párr. C.P. y no error de comprensión — art. 15 CP).

## 2.7 ANTECEDENTES

La violación entendida como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima ha sido contemplada por las legislaciones antiguas, explica **Flavio García del Río**<sup>8</sup>, sosteniendo que en Roma se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras (**Digesto, Ley V, Título VI**). En la antigüedad las sanciones eran severas contra los infractores de los delitos sexuales. En el **Código de Hammurabi** de los babilónicos y caldeos sancionaban de una manera enérgica y la agraviada no sólo era considerada solo la víctima sino la sociedad en su

conjunto y sobre todo los Dioses, ya que estaban arraigadas las ideas religiosas, por esta razón la sanción que se aplicaba era la pena de muerte mediante ahorcamiento en público al violador.

Sin embargo, el **Derecho Hebreo**, tenía penas más drásticas, pues la pena de muerte impuesta no solamente se circunscribía al autor directo, sino, además, a sus familiares más cercanos.

Por otro lado, el **Derecho Canónico** sancionaba igualmente la comisión de este delito con la pena de muerte, pero requería de la desfloración de la víctima, de manera que si el acto sexual se hacía sufrir a una persona no virgen, esta no era considerada como una violación sexual y sólo se sancionaba con penas leves. En definitiva, podemos decir que la pena de muerte era aplicada durante la **Edad Media hasta la Edad Moderna**.

En las **Leyes Españolas**, el **Fuero Juzgo**, castigaba al hombre libre con 100 azotes y al siervo a morir quemado en fuego. **El Fuero Viejo de Castilla** determinaba la muerte de quien forzara a una mujer, fuera o no virgen.

**Carlos Montan Palestra**<sup>9</sup> añade que "en las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o yaciere con alguna de ellas por fuerza".

En el Perú, los **Incas** sancionaban de distintas formas como, por ejemplo, la expulsión del pueblo, el linchamiento, entre otros y sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.

En la **época de la Colonia** la cifra negra de la criminalidad aumenta ostensiblemente debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestras indígenas. Ya en la **época de la República** explica **Iván Noguera Ramos**<sup>10</sup> y estando en vigencia el Código Penal de 1924, había pena de muerte para el violador que agraviaba a menores de 7 años, siendo sustituida por la pena de internamiento; para, posteriormente, con la **Constitución Política de 1979** dejar solamente la aplicación de pena de muerte en caso de traición a la patria en situación de guerra exterior.

Actualmente, **la Constitución de 1993**, establece: **Art.140°**: "La pena de muerte sólo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo conforme a las leyes y a los Tratados de los que el Perú es parte obligada".

De otro lado, el **artículo cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica**<sup>11</sup>, señala que la pena

de muerte no puede ser extendida a delitos en los que no se aplicaba cuando dicho Tratado entró en vigor y que tampoco será ampliada a delitos que no la contemplaban. Con el actual precepto constitucional advierte **Marcial Rubio Correa**: "Estamos ampliando la aplicación de la pena de muerte a los delitos de traición a la patria en caso de guerra interna y también al delito de terrorismo. Como el artículo señala que la pena de muerte debe ser aplicada conforme a los Tratados en los que el Perú es parte obligada, entonces para que se condene a muerte a alguien en el Perú por delito distinto al de traición a la patria en caso de conflicto exterior, o bien tendremos que lograr que se modifiquen las normas restrictivas de la aplicación de la pena de muerte que en el contienen".<sup>12</sup>

En consecuencia, dicha situación afectaría a la sociedad peruana, ya que diversos sectores sociales se verían afectados al no poder acceder a esta instancia supranacional y concomitantemente sería a un retroceso en el orden jurídico empañándose la imagen del Perú, al denunciar el presente Pacto Internacional y retornar a la aplicación de la pena de muerte en la legislación nacional.

A continuación realizaremos una **sucinta recopilación de las normas referentes a la indemnidad sexual que a continuación abordamos**:

- El fundamento del **Código Maúrtua de 1924** era tangible desde la rúbrica utilizada, pues reguló los llamados "Delitos contra la Libertad y el honor sexual" (Titulo I), dentro de la **Sección Tercera del Libro Segundo** que sancionaba los "Delitos contra las buenas costumbres".

---

<sup>8</sup> **FONTAN BALESTRA, Carlos**, Derecho Penal-Parte Especial, 16° Edición, actualizada por

Guillermo LEDESMA, Edit. Abeledo - Perrot, Bs. As, 2002, Pág. 52

<sup>9</sup> **NOGUERA RAMOS, Iván**, Los Delitos contra la Libertad Sexual, Edit. Portocarrero, Lima, 1995, Pág. 15

La consideración de elementos empírico - culturales en el tipo, como mujer de "conducta irreprochable" (art. 201), o la imposibilidad de considerar como sujeto pasivo de violación al hombre o a la mujer casada (art. 196), constituían claras manifestaciones de una criminalización moralista y discriminatoria, convalidada doctrinalmente y que dio lugar a una extensa jurisprudencia pre-constitucional que merece una valoración similar y cuyas principales tendencias se aprecian hasta la actualidad.

El conservadurismo prelegislativo se aprecia en los proyectos de **Código Penal de septiembre de 1984, octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril de 1986**, textos que prácticamente reprodujeron la ubicación sistemática, rúbricas y características típicas de los delitos sexuales del **Código de 1924**. Por su parte, los **Proyectos de Julio de 1990 y enero de 1991** se limitaron a plantear la modificación parcial de algunos tipos penales a fin superar las principales críticas doctrinales y hacerlos acordes con el principio constitucional de igualdad, pero mantuvieron la consideración del **"honor sexual" y las "buenas costumbres"** como intereses penalmente protegibles.

---

**RUBIO CORREA, Marcial**, Para conocer la Constitución de 1993, Edit. Desco, Tercera Edición, Lima, 1994, Pág. 14

A tales intereses renunció el **C. P de 1991** que, por primera vez, incardino los ilícitos sexuales dentro de los "**Delitos contra la libertad**" (**Título. IV del Libro II**), en el **Capítulo IX** denominado "**Delitos de Violación de la Libertad Sexual**", rúbrica incompleta si se tiene en cuenta que incorpora delitos que atentan contra la "**indemnidad**" o "**intangibilidad sexual**" de menores de edad. Originalmente el **texto de 1991** sancionaba los siguientes delitos: violación mediante violencia o amenaza (Art. 170), violación a persona con incapacidad de resistir (Art. 171), violación de persona en incapacidad de resistir (Art. 172), violación de menor (Art. 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (Art. 174), seducción (Art. 175), actos contra el pudor (Art. 176), violación seguida de muerte o lesión grave (Art. 177).

Finalmente, el Art. 178 estableció la obligación accesoria del condenado de mantener a la prole, el ejercicio privado de la acción penal y la cancelación de la pena por matrimonio con la ofendida.<sup>13</sup>

- De esta forma, la **regulación de 1991** prácticamente mantuvo el núcleo de comportamientos típicos del **Código Maúrtua**, pero con algunas importantes diferencias. En los tipos de violación simple (Art. 170) y con el Art. 171, se pasó a considerar como sujeto pasivo a cualquier persona, hombre o mujer y al margen del estado civil. El tipo del Art. 170 incorporó como circunstancia agravante el concurso de personas y el uso de armas, en el delito de seducción (Art. 175) se suprimió la expresión mujer de "conducta irreprochable", mientras que el tipo de actos contrarios al pudor (Art. 176) especificó que el sujeto activo no debe tener el propósito de practicar el acto

sexual. Sin embargo, la reforma de 1991 no criminalizó otras formas de atentado sexual relevantes en el Derecho comparado, como la introducción de objetos o el acoso sexual, modalidades que recientemente han merecido un mayor desarrollo en nuestro catálogo de leyes y recientemente han sido incorporados.<sup>14</sup>

- **La Ley Nº 26293 de 14 de febrero de 1994**, básicamente incrementó las penas de los arts. 170 a 174 y 176 y 177, e incorporó los arts. 173-A, 176-A y 178-A. Mediante el **art. 173-A** se previó como agravante del tipo de violación de menores, la creación de un resultado de muerte o lesión grave. A su vez, el art. 176-A pasó regular el delito de atentado contra el pudor de menor de 14 años, mientras que el art. 176 sancionaba el mismo comportamiento realizado contra una persona de 14 años o más, pero con una pena inferior a la del art. 176-A. El Art. 178-A prescribe como consecuencia jurídica del delito la posibilidad de someter al condenado, previo examen médico o psicológico, a un tratamiento terapéutico, el cual podrá considerarse como regla de conducta en los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio. Esta norma también estableció que los beneficios penitenciarios y el derecho de gracia, solo pueden concederse previo informe médico y psicológico sobre la evolución del tratamiento terapéutico.
- Mediante la **Ley Nº 26357 de 28 de septiembre de 1994**, se agravó el máximo de la pena privativa de libertad, de dos a tres años, en el delito de seducción (Art. 175). Posteriormente, la **Ley Nº 26770 de 15 de abril de 1997** modificó el Art.) 178, restringiendo la exigencia de ejercicio privado de la

acción a los delitos de los arts. 170 primer párrafo, numeral: 171, 174 y 175. Asimismo, limitó la cancelación de la pena por matrimonio a los casos de seducción (Art. 175).

- El **Decreto Legislativo N° 896 de 24 de mayo de 1998** de “**Delitos Agravados**”, afianzó esta tendencia sobrecriminalizadora. Tal dispositivo fue aprobado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una difusa facultad legislativa delegada por el Congreso, pues la **Ley N° 26950 de 19 de mayo de 1998** autorizó legislar en materia de “**Seguridad Nacional**”, rótulo en el que, contrariamente a toda definición gramatical y jurídica, se incardinó el problema de la criminalidad organizada<sup>15</sup>.

En ese sentido, el citado Decreto incremento las sanciones de los delitos de violación de menor (Arts. 173 y 173-A), permitiendo la imposición de penas privativas de libertad de 25 años, 30 años y hasta cadena perpetua, decisión que no sólo se opone a los principios de reserva de ley y proporcionalidad, sino que denota una clara utilización, simbólica de la ley penal. De otra parte, el **Decreto Legislativo N° 897 de 26 de mayo de 1998**, “**Ley de Procedimiento Especial para la Investigación y Juzgamiento de los delitos agravados**”, que tipifica el **Decreto Legislativo N° 896**, violando las garantías previstas principalmente en el **art. 139 de la Constitución**, relajó notablemente las reglas del Derecho Procesal Penal común y de ejecución penal, al impedir por ejemplo la concesión de la libertad provisional, privilegiar la imposición de la medida cautelar de detención, restringir los plazos de la investigación y juzgamiento, o excluir los beneficios penitenciarios excepto la redención de la pena por el trabajo y la educación.

Además, la **Ley N° 27115 de 17 de mayo de 1999** varió el art. 178, suprimiendo totalmente la exención de pena por matrimonio y el ejercicio privado de la acción penal.

- Seguidamente mediante **Ley N° 27472, de fecha 5 de junio del 2001**, se deroga los **Decretos Legislativos N° 896 y 897**, que elevaban las penas y restringían los derechos procesales en los casos de delitos agravados.<sup>16</sup>
- Sin embargo, **este hecho fue tomado por la opinión pública y la prensa nacional como un retroceso en la legislación penal sexual, favoreciendo impunemente a estos trasgresores de la ley.** En consecuencia como producto de ello el **Congreso** de la República un mes después se vió obligado a reestablecer el contenido del Art. 173 y 173 - A del Código Penal mediante Ley 27507 de fecha 13 de junio del 2001.
- Tres años después, con fecha **8 de junio del 2004, mediante**

**Ley 28251**, el Congreso de la República extiende la configuración típica de los artículos **170, 171, 172, 173, 174 y 175; incluyendo el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o el que realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.** Llenado con ello un vacío legal que la realidad venía reclamando en pos de luchar contra la afanada impunidad de que era cómplice, en estos execrables delitos.

---

<sup>15</sup> **BLOSSIERS**      **HÜME, Juan José**, Criminalidad Organizada & Corrupción,

## 2.8 BASES TEÓRICAS

A continuación expondremos las Escuelas y Teorías que versan sobre el estudio multifactorial de la delincuencia:

La Criminología es una ciencia empírica, pragmática y multidisciplinaria, que tiene por objeto la explicación de la criminalidad y de la conducta delictiva individual. Al respecto, se formulan los siguientes planteamientos:

### 2.8.1 TEORÍAS BIOLÓGICAS

Que se resumen en la Escuela Positiva, planteadas inicialmente por Cesare Lombroso, luego por Enrico Ferri y después por Rafael Garófalo. Para ellos existen características biológicas en su mayoría transmitidas por vía hereditaria, que predisponen a la delincuencia, siendo importantes como los factores ambientales. Ahora último se ha estudiado la impulsividad como característica delictiva en algunas perdisculpaas.

### 2.8.2 TEORÍAS ECOLÓGICA

Planteadas por Robert Park y Ernest Burgess, traducidas en la llamada Escuela de Chicago, que examinan la importancia que tiene sobre la delincuencia el medio o contexto en que las perdisculpaas habitan y se desenvuelven.

### 2.8.3 TEORÍAS DE LA ASOCIACIÓN DIFERENCIAL

Entre otras, elaborada por Edwin Sutherland las que postulan que el comportamiento delictivo es aprendido y que no se hereda Aprendizaje que se concreta por medio, de un proceso de comunicación.

#### 2.8.4 TEORÍA DE ANOMIA

Termino acuñado por Emilio Durkheim y posteriormente expuesta por Thorsthen Sellin. Se entiende a la Anomia como ausencia de normas. Esta sostiene que en las sociedades anómicas existen presiones para obedecer las normas y también se presiona en sentido contrario, para desobedecerlas.

#### 2.8.5 TEORÍA DE LAS SUBCULTURAS DELICTIVAS

Propiciada por Cohen, que estudia la delincuencia juvenil que tiene lugar en las bandas (llamado pandillerismo en el Perú).

#### 2.8.6 TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO:

Propiciada, entre demás, por Lemert, en Estados Unidos de América. Postula que por reacción social el delito surge no sólo cuando se efectúa un comportamiento que infringe la norma, acaso cuando la infracción es interpretada, definida y registrada como delito por la sociedad que etiqueta a la perdisculpaa como delincuente.

#### 2.8.7 TEORÍAS INTEGRADORAS

Las cuales tratan de formular planteamientos compatibilizando sus propuestas y que podrían aplicarse en la sociedad, a fin de determinar las causas reales de las conductas que quebrantan la ley, según la Criminología Crítica.

Seguidamente se desarrollan los planteamientos más relevantes sobre la etiología de las conductas punitivas y comportamiento

antisocial:

## 2.9 Biocriminología

El maestro Mimbela De Los Santos [23] extiende el conjunto de teorías sistemáticas acerca del delito y la conducta desviada, que tienen como fuente explicativa sobresaliente algunos aspectos constitucionales o biológicos. A la par, analiza los diversos factores de carácter fisiológico, somático, como lesiones y/o enfermedades neurofisiológicas, que pueden tener algún vínculo con la explicación de las conductas antes mencionadas. De demás lado, despliega el análisis correlacional entre trastornos mentales y delitos, que valdría incluirse dentro de los factores biocriminológicos, lo que designa como psicopatología criminológica, por ser más cercano al ámbito mental.

Prosigue dicho autor, abordando variadas teorías antropológicas que han pretendido hallar una definición general del crimen, subrayando el aspecto constitucional, tales como la conocida concepción del maestro de Turín sobre el «delincuente congénito», la posición neolombrosiana de Ernest Hooton, así como la Teoría de la «Constitución Delincuencial» de Benigno Di Tullio que si merece un mayor detenimiento. También la Tesis de la « Biotipología Criminal» como los biotipos de Kretschmer y los aportes de William Sheldon. Realiza indistintamente una revisión de los aspectos biológicos que tienen implicancia criminológica, que no constituyen sistemas o teorías explicativas generales, acaso más bien disculpa agentes que posiblemente se activan con demás elementos condicionantes, como las lesiones orgánico-cerebrales, y de igual forma las alteraciones cromosómicas, entre los más evidentes. Objetamos la existencia de un «delincuente congénito», o un delincuente

predeterminado por rasgos portos o fisiológicos. No dejamos de lado la importancia de los diversos aspectos biológicos que juegan cierto papel en el grado de ajuste o desajuste del comportamiento social, valorados en su real dimensión. Vale decir, los elementos determinantes o ineluctables, acaso más bien como agentes precipitantes o coadyuvantes de algún tipo de conducta desviada. Este análisis, no apoya un biologismo criminal, pero no por ello se puede desconocer la importancia de nuestra base biológica en la conducta humana. De hecho no podemos soslayar que somos una realidad natural compleja, una entidad biológica, cuyas alteraciones, trastornos o lesiones van a incidir también en nuestro comportamiento. Así también, Solís Espinoza considera que la conducta humana es resultante de las condiciones socio-psico-biológicas, por cuanto la realidad humana es una unidad que tiene ineludiblemente un soporte biológico, sobre cuya base ocurre su configuración socio psicológica durante su desarrollo ontogenético, siendo predominante su condición social. Sobre este aspecto podemos recordar, por ejemplo, que los criminalistas marxistas, orientados por concepciones político sociales, en el siglo XX, intentaron revalorar la naturaleza humana. Por su parte, Avanesov brinda un capítulo de su libro a explicar la correlación entre lo social y lo biológico en las causas de la delincuencia, afirmando que lo social del hombre no surge ni se desarrolla "de repente", en un lugar vacío, acaso que tiene determinadas premisas biológicas. "y el porque el hombre es un sistema biosocial". Sin embargo, indica Blossiers Hüme[26]debemos considerar que las bases biológicas van a influir de diverso modo en el comportamiento desviado del ser humano, interrelacionado con sus condiciones socio-

psicológicas y la fortuitidad criminal que esta presente en cualquier ámbito de la realidad pluricausalista del hombre.

En efecto, los criminalistas críticos cuestionan frontalmente esta posibilidad, rotulando la aceptación de esta dimensión biológica con el epíteto de positivismo, o concibiéndola como "racismo", probablemente por carencia de información objetiva sobre este tópico. Estas teorías disculpa posteriores a las antropológicas, que trataron de descifrar dicha problemática, basándose en el aspecto constitucional, como lo expuesto por Cesare Lombroso, que fue renovado a finales de la década del 30, del siglo XX, cuando las ideas lombrosianas parecían superadas fuera de Italia, surgió una versión explicativa del crimen que fue catalogada de corte neolombrosiano. Teoría presentada por Ernest Hooton en sus obras «Crime and the Man» y «The American Criminal: An Antropological Study», ambas del año de 1939.

De demás lado, Benigno Di Tullio, elaboró la Tesis de la constitución delincencial, en 1929, que amplió en 1945, en su obra "Tratado de Antropología Criminal", por lo que se le considera como un neo lombrosiano al igual que Ernest Hooton, con la diferencia que esta postura la fue modificando, con « Principios de Criminología General y Clínica», en la que afirma que los que cometen delitos, tienen una particular colocación bio-psíquica que los predispone para ello, y especifica que hay factores causales delictivos, como los hereditarios, morfológicos, funcionales y psíquicos. Sobre estos estudios, se esbozaron los de Ernesto Kretschmer y William Sheldon"[29], conocidos como Teorías de la Biotipología Criminal.

## 2.10 La Teoría De Ernesto Kretschmer (1888 - 1964)

Jorge Restrepo advierte que fue el psiquiatra alemán Ernesto Kretschmer (1888-1964), quien empezó en su obra *Körperbau and Charakter*, publicada en 1921, donde formuló una clasificación somatotípica basada en el desarrollo relativo de las líneas verticales y horizontales del cuerpo humano. A partir de este supuesto, diferencia tres tipos principales: el leptosomo, el atlético y el pícnico, y una variación mórbida del tipo leptosomo, que Kretschmer denomina tipo asténico y que constituye el más importante de los llamados tipos displásticos (caracterizados por presentar fuertes anomalías).

El leptosomo o leptosomático es un tipo en el cual predominan claramente las líneas verticales sobre las horizontales. Es notoria la poca anchura tanto corporal como facial. Estos individuos de hombros y caja torácica estrechos, abdomen plano, extremidades alargadas; delgados y de poco peso, dan la equivocada impresión de ser débiles físicamente cuando, en realidad, disculpa poseedores de gran resistencia. Modelo de leptosomático es don Quijote.

Los asténicos presentan los mismos rasgos portes que los leptosomáticos, pero de manera mucho más pronunciada. Mirados de perfil se observa en ellos una frente más bien huidiza de nariz puntiaguda y alargada; muestran, además, un maxilar inferior notoriamente estrecho y bajo, relativamente frágil. Su cabello es abundante y avanza considerablemente sobre la frente, la nuca y los temporales pueden ser gigantes o enanos.

Los atléticos disculpa de talla mediana o ligeramente superior a la mediana; existe en ellos un notorio balance en el desarrollo de las líneas horizontales y

verticales. Sus colocaciones óseas y musculares muestran gran fortaleza, especialmente notoria en el tórax. Presentan clavículas voluminosas, articulaciones sólidas y, frecuentemente, manos grandes, sus pómulos fuertes y maciza su mandíbula. El atlético puede ser mirado como modelo de la belleza masculina por su parte y volumen muscular.

En el tipo pícnico es claro el predominio de las líneas horizontales sobre las verticales. Su talla es mediana o inferior a la mediana; su caja torácica es abombada y su abdomen muy desarrollado.

Su cuello es tan corto que la cabeza parece estar unida directamente al tórax. El cabello de los pícnicos es suave y deja al descubierto ampliamente la frente; gran número de ellos presentan calvicie delimitada. Las cejas disculpa poco desarrolladas, pero la barba suele presentar invasiones sobre el cuello y las mejillas. Sancho Panza es modelo del tipo pícnico. Con algunas variaciones menores, las mujeres presentan también los rasgos característicos de los tipos descritos, morigerados generalmente por la contextura corporal femenina.

Kretschmer establece, correlaciones entre los tipos somáticos y los tipos psicológicos, de la siguiente manera: el leptosomo es de temperamento esquizotímico, con propensión hacia la esquizofrenia; el atlético es de temperamento viscoso o enequético, esto es, de particular lentitud, con cierta proclividad hacia la epilepsia; finalmente, al pícnico corresponde un temperamento ciclotímico, con oscilaciones entre extremos de euforia y depresión; tiene tendencia a la psicosis maniaco depresiva, también llamada ciclotimia. En resumen, los tres biotipos se caracterizan por temperamentos que en circunstancias de normalidad psicológica muestran los mismos rasgos

que presentan en el evento de desarrollar las entidades psicopatológicas a que disculpa proclives, sólo que en una menor intensidad. Pareciera, entonces, que los extremos de lo normal y lo desviado se defieran aquí más sobre bases cuantitativas que cualitativas.

Cada uno de estos biotipos, según Kretschmer presenta características diferenciales en caso de llegar a realizar comportamientos criminales, así: los leptosomos incurren predominantemente en los llamados delitos de inteligencia o astucia, como la estafa, muestran gran frialdad de ánimo al delinquir y, en caso de armarlo, suelen ser delincuentes precoces que fácilmente reinciden. Los atléticos no disculpa ni precoces ni tardíos, en su iniciación delictiva; su criminalidad se caracteriza por la brutalidad; cometen delitos violentos, como el homicidio y las lesiones, o el hurto agravado por el empleo de medios violentos; generalmente se someten sin dificultades al tratamiento penitenciario y, por lo mismo, no es común que caigan en la recurrencia. La criminalidad de los pícnicos, por su parte aparece tardíamente y varía en su naturaleza, según que ocurra en un periodo maniaco o depresivo; en el primer caso cometerán delincuencia de características vandálicas, como el irrespeto a las autoridades y atentados contra la integridad perdisculpaal; en periodos depresivos puede llegar al suicidio a veces con eliminación previa de otras perdisculpaas (el llamado suicidio ampliado). Son los pícnicos también muy ajustables al tratamiento penitenciario.

Aparte de las críticas formuladas, agrega Restrepo[34] todos los intentos biotipológicos que pretenden establecer correlaciones entre las formas físicas y el temperamento, a la biotipología Kretschmeriana le caben dos objeciones

centrales: de un lado, se anota que los biotipos de Kretschmer disculpa ideales; difícilmente se encuentra en la realidad un atlético, un pícnico o un leptosomo puros . Lo más frecuente disculpa tipos intermedios, que presentan características mezcladas de esos tres tipos ideales. De otra parte, al emplear Kretschmer medidas basadas en perímetros o circunferencias, en lugar de utilizar exclusivamente mediciones "a base de alturas y diámetros con puntos fijos de referencia en el esqueleto", como lo sugiere el método de Viola se le resta importancia al sistema óseo en la determinación del biotipo, lo cual puede llevar a que la clasificación se vea influenciada por factores del medio ambiente, tales como la dieta y el régimen de vida. Por ejemplo, un leptosomo congénito, dedicado a una disciplina porte-culturista y a una dieta especial, puede tener una apariencia similar a la de un atlético. Se estaría, entonces, bien lejos de estar partiendo de supuestos meramente naturista. En cierta forma, como respuesta a estas dos objeciones críticas, surgió la biotipología de William Sheldon.

Sin embargo, los estudios realizados sobre la base de la biotipología de Ernesto Kretschmer parten de la observación y correlación de hechos concretos, como la complexión somato-física o fisiológica del organismo y del temperamento y carácter de la perdisculpaalidad, los posibles correlatos funcionales. Los datos estadísticos explican ciertos rasgos correlativos, sin embargo, la doctrina biotipológica no ha tomado en cuenta las propiedades fisiológicas neuro endocrinas, genéticas e influencia del medio social con las correlaciones morfológicas generales del organismo, cuyos indicios exteriores disculpa la contextura del cuerpo, la correlación entre sus partes, así como

también la similitud con el temperamento o carácter. Esta posición es incompleta, en atención a los siguientes supuestos hipotéticos:

Los biotipos que describen formas corporales, no siempre disculpa estáticos, acaso dinámicos y cambiantes en función de la edad, nutrición alimentaría y estado de salud, así como del medio ambiente porte y social e higiénico, donde vive la perdisculpaa, que provoca variantes en el crecimiento y desarrollo psico-somático de la perdisculpaalidad humana. Estos factores quitarían cierta solidez a las correlaciones entre constitución psico-somática, temperamento y criminalidad, como tesis fija y acabada o determinada como colocación bio-antropológica.

Con mayor fuerza, no sería causa suficiente y única en la explicación Criminología de la delincuencia y del estado peligroso. Solo se puede aceptar como aproximaciones y probabilidades descriptivas, en un momento del desarrollo de salto en la vida del ser humano; además una teoría ingeniosa hipotética por explicar la criminalidad y la conducta antisocial. Porque las causas de la criminalidad disculpa múltiples y complejas fundadas en causas predisponentes, condicionantes y determinantes, esto es, tendencia, perdisculpaalidad y mundo circundante.

En la doctrina criminológica y penitenciaria Los delincuentes disculpa catalogados en el marco descriptivo de la biotipología de Kretschmer, para efectos prácticos de su clasificación física o somático-morfológica, pero esta posición no explica una relación causal de la criminalidad y del estado peligroso. Apoyarse en esta doctrina como la panacea científica, se corre el peligro, como advierte el psicólogo soviético Rubinstein de que conduzca « a

una interpretación muy reaccionaria de la perdisculpaalidad: debido a las peculiaridades constitucionales, orgánicas y raciales», de la perdisculpaalidad normal, anormal, enfermo-psíquica y delincuencia. El hombre reacciona ante los estímulos psíquicos internos o espirituales y del medio ambiente social como unidad y totalidad psicosomática.

La explicación biotipológica de carácter psico-somático-morfológica, fundada en las normas físicas o anatómicas, disculpa

Teorías ampliadas de la corriente frenológica de la primera mitad del siglo XX, que trato de explicar el comportamiento moral y delictivo del hombre, observando las formas corporales y externas del cuerpo y organismo humano.

La Teoría Biotipológica de Kretschmer es criticada duramente por el psiquiatra soviético I.F. Sluchevski que lo califica de Teoría reaccionaria burguesa. Se debe rechazar tal nomenclatura porque es viciosa. Afirma el hombre de ciencia, con todos los defectos y errores que pueda tener la doctrina de Kretschmer, estudiada en correlación con los demás factores bio-psíquicos, económico-sociales, político y culturales, por todos los científicos del mundo, aproxima al conocimiento causal de la criminalidad y de los antisociales, su prevención y tratamiento. En cambio los tipos psicológicos de Kretschmer de carácter temperamental o caracterológico, disculpa fenómenos psíquicos observables en la población humana, con las limitaciones de ser tipos ideales, porque en la realidad social, disculpa más frecuentes las formas mixtas atípicas de temperamento y carácter. El psicólogo soviético Petrovski, crítica la interpretación excesiva y literal de los biotipos de Kretschmer, y los somatotipos de Sheldon, que no han tomado en cuenta las propiedades o

factores fisiológicos del tipo general del sistema nervioso superior (el encéfalo): por eso dice: « El defecto de estas Teorías radica en su unilateralidad; sus creadores tuvieron en cuenta solo uno de los aspectos de la actividad del organismo. La constitución general del cuerpo, en realidad ejerce influencia sobre el tipo del sistema nervioso y sobre el temperamento. Esto se manifiesta en que determinadas propiedades del sistema nervioso superior y del temperamento se corresponden a las particularidades individuales del metabolismo y la actividad de las glándulas de secreción interna. Pero a pesar de esto, teniendo un mismo tipo de constitución del cuerpo, se observan diferentes rasgos del temperamento que dependen de diferentes tipos del sistema nervioso. Por cuanto, solo el sistema nervioso superior permite la más completa y ágil adaptación del organismo al medio», del que recibe el influjo y estímulos de los factores mesológicos del ambiente social.

La crítica sustentada afirma Manuel Espinoza es aplicable para todas las doctrinas constitucionales, somáticas, morfológicas y biotipológicas, que resaltan aspectos, propiedades y factores en forma unilateral. Soslayan estudiar y correlacionar con el tipo general del sistema nervioso superior, el sistema endocrino, la herencia biológica, la dieta alimentaría, disculpa los que definen realmente el perfil tipológico somático-temperamental. En este campo, sobresale la ciencia soviética, desde Iván Pavlov, hasta nuevas investigaciones en esta materia, por varios hombres de ciencia en lo que fue la Unión Soviética (U.R.S.S.)

Por último, la biotipología de Kretschmer tiene valor como método de

investigación científica, psicosomática y caracterológica, con proyección al estudio de la criminalidad, pero en correlación con el sistema nervioso superior y el medio ambiente social.

### 2.11 Teoría de William Sheldon (1899-1977)

En 1940 esbozó su Tesis Biotipológica armonizando con Kretschmer que los tipos somáticos tienen correlato con los temperamentos y están vinculados a comportamientos, incluyendo las conductas desviadas, pero se diferencia con el citado médico alemán, en el sentido que distingue entre el adulto y el embrión humano.

Por su parte, William Sheldon ensayo la colocación del embrión humano partes blastodermis de la siguiente manera:

- a) Endodermo, que es la parte interna y que serán las vísceras.
- b) Mesodermo, la intermedia y que serán el esqueleto y los músculos.
- c) Ectodermo, la parte externa, y que será el sistema nervioso.

Pero, cuando se presenta la hipertrofia o predominio de una o dos capas blastodermis, entonces destaca una, que determine el somatotipo, o características morfológicas:

- a) Endomorfo, que es similar al pícnico de Ernesto Kretschmer y tiene carácter letárgico (lento).
- b) Mesomorfo, que es el atlético, es activo y hasta violento.
- c) Ectomorfo que es el leptosomático. Sostiene que es de mayor intelectualidad, pero más retraído que los demás dos tipos.

William Sheldon suponía que los individuos presentan características combinadas de los tres modelos, pero los que reinan disculpa los intermedios.

Creo una formula somatotípica, con una escala de 1 a 7 que en la que el 1, es la máxima atrofia de las partes blastodermicas medidas motivando el predominio de una de ellas.

En esta escala, tenemos que precisar, que la primera cifra señala el desarrollo del endodermo; la segunda, la del mesodermo y la tercera, la de ectodermo.

• **FÓRMULAS SOMATOTÍPICAS:**

1.- Endomorfo Ideal: 7-1-1

2.- Mesomorfo Ideal: 1-7-1

3.- Ectomorfo Ideal: 1-1-7

Clasificación de William Sheldon, según los somatotipos y los temperamentos:

- a) Endomorfo, es viscerotonico (ciclotímico) y le agrada la vida fácil.
- b) Mesomorfo, es somatotonico (colérico) y es activo y fuerte.
- c) Ectomorfo, es cerebrotonico (esquizotimico) y es introvertido e Imprevisible.

Contra este planteamiento se formularon estas objeciones:

- a) Que se fundamento más en argumentos que en análisis.
- b) Se limitó a estudiar pequeños grupos, tanto es así, que de una muestra de 400 perdisculpaas, 200 eran delincuentes y 200 nunca habían delinquido, con el afán de establecer la utilidad de la Tesis Biologista.
- c) Juan Cortes y Florence Gatti, arguyeron que este grupo había sido previamente seleccionado, para poder respaldar su Teoría y que no era un número significativo.

Ante estas severas observaciones, William Sheldon junto con su esposa Eleonor Glueck, comenzaron a estudiar jóvenes delincuentes y con esta nueva

experiencia, a su clasificación adicióno un cuarto tipo, al que llamó el balanceado, porque carecía de prevalecía.

Estadísticamente, dijo que los mesomorfos o atléticos tenían mayor proclividad delictiva que los ectomorfos contradiciendo a Kretschmer y que el ectomorfo o leptosomático era el más peligroso.

### **Influencia De La Encefalitis**

El encéfalo proviene de la porción anterior del tubo neural embrionario y es la parte central del sistema nervioso, contenido en el cráneo, y consta de prosencefalo, mesencefalo y rombencefalo.

Puede sufrir de congestión o encefalemia y aun de endurecimiento o encefaloesclerosis, en edad avanzada.

La encefalitis, incluye en el carácter y en la apreciación de los valores éticos. Las enfermedades cerebrales se estimaban como causantes de biocriminalidad, pero debido al avance de las investigaciones neurológicas, se afirma que no necesariamente los adultos desarrollan cuadros delincuenciales.

No hay que confundirla con la meningitis, porque la meninge es la capa endóstica externa de la duramadre cerebral.

Las repercusiones de la encefalitis se dan en especial a los menores, niños adolescentes y origina variada criminalidad, de acuerdo a las opiniones de Heuyer Di Tullio y Seuchevski porque producen alteraciones en el carácter y en los sentimientos éticos. Esta enfermedad provoca paroxismo de crueldad, con perversiones erógenas y según Albretcht Langeluddeke esta actitud obedece a trastornos sexuales.

### **¿Por que se suscita este cambio conductual?**

Porque la encefalitis ataca a los núcleos subcorticales del cerebro, que guarda relación con los estados emotivos y la agresividad humana.

### **Lesiones en La Zona Frontal Del Cerebro**

El síndrome del lóbulo frontal produce agresividad, por las siguientes razones:

- a) La lesión en las circunvalaciones frontales del cerebro o la interferencia de sus conexiones, presentan cambios en la conducta, pues disminuye el autocontrol y se incrementa la irritabilidad, el egoísmo y la falta de interés por el prójimo.
- b) Aumenta la agresividad en forma desproporcionada, porque como expresa Langeluddeke, las lesiones frontales cerebrales alteran la perdisculpaalid y de este modo se ve favorecida, la criminalidad.

En efecto, la corteza cerebral prefrontal contiene la característica esencial del hombre, como ser humano, donde nace el "yo", como centro de contemplación y acción transformadora del mundo y de la perdisculpaa; de la acción y autoconciencia de su ser y su relación con el mundo circundante, cuyo objetivo es transformarlo. Con el "yo", sabemos que existimos y pensamos, que somos capaces de situarnos en el tiempo, el espacio, las circunstancias, y en la sociedad que se debe transformar y perfeccionar en beneficio del hombre, así como el mundo exterior que nos rodea, que somos capaces de enfrentarlos y modificarlos en beneficio de la sociedad. Estos factores neuro-psíquicos, permiten las consecuencias que pueden derivarse de las lesiones y tumores de los lóbulos frontales, y demás zonas cerebrales en la conducta del hombre, que también se trastorna y puede desviarse por sendas antisociales y

delictivas.

## 2.12 DEFINICIONES CONCEPTUALES

Empero, la situación no queda allí, **mediante Ley 28704 de fecha 5 de Abril del 2006**, las condenas para los violadores serían más severas. A partir de hoy el que abuse sexualmente de un niño menor de 10 años será sancionado hasta con cadena perpetua; si la víctima tiene entre diez y catorce años la pena será no menor de treinta y no mayor de treinta cinco años; y si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad la pena no será menor de veinticinco ni mayor de treinta años .De otro lado, si el agresor cometió el delito aprovechándose de su profesión u oficio, la pena será de 25 a 30 años de pena privativa de libertad. Además los excluye de los derechos de gracia, indulto y de la conmutación de pena. La modificación en el **artículo 170**, que sanciona el ultraje sexual y contempla de 12 a 18 años de prisión si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima e inhabilitación conforme corresponda. Otro cambio severo ha sido realizado al **Artículo 172**, el cual tipifica el delito de violación de la persona en incapacidad de resistir (que sufre de anomalía psíquica, alteración de la conciencia y retardo mental).En este caso se le condenará de 25 a 30 años de pena privativa de libertad al agresor que se valga de su profesión u oficio. Y con respecto al **artículo 173**, si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vinculo familiar que le de 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**.<sup>17</sup>

Como podemos inferir, sostiene **Luís Miguel Reyna Alfaro**<sup>18</sup>: “El fenómeno de la criminalidad sexual en perjuicio de menores de edad es un fenómeno ciertamente preocupante. Verbigracia en Alemania, **Wilfried Bottke**, constata que según las estadísticas oficiales en dicho país, un promedio de 10 a 12% de las víctimas menores de edad, han sido victimadas por familiares, lo que hace pensar la alta **cifra negra** que sufre esta clase de delitos”.

En nuestro país, los **delitos contra la libertad tipo genérico** ocupan el **segundo lugar** en las estadísticas penitenciarias con un **28 % (periodo 2002-2005)**, antes que tráfico ilícito de drogas y después de los delitos contra el patrimonio y los injustos contra la vida el cuerpo y la salud <sup>19</sup> Lo que demuestra una preocupante preeminencia de este crimen, en la realidad punitiva nacional y que es nuestro interés académico pretender **explicar su pluricausalidad en el presente estudio**.

## CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

### 3.1 Tipo de investigación:

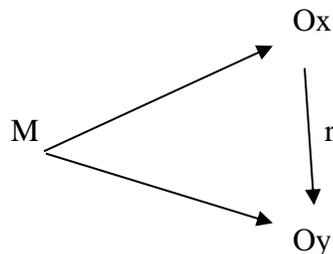
El tipo de estudio o investigación es el **descriptivo –correlacional**.

**Descriptivo**, porque se buscó especificar las propiedades importantes de personas, grupos o cualquier otro fenómeno que será sometido a análisis. Miden o evalúan con la precisión posible diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar.

**Correlacional**, porque se pretende responder a diversas preguntas en base a tres variables.

### 3.2 Diseño y esquema de investigación:

Se utilizó el diseño de investigación correlacional, cuyo diagrama es el siguiente:



Dónde:

M = Jueces y Fiscales del Poder Judicial  
 O = Observación (Delitos de Violacion Sexual)  
 x = Teoría del Error  
 y = Normas jurídico penales  
 r = Relaciones entre variables

### 3.3 Población y muestra:

Estuvo conformado por jueces y fiscales del poder judicial de Lima.

Se tabuló la información a partir de los datos obtenidos haciendo uso del programa computacional SPSS (Statiscal Package for Social Sciences), del modelo de correlación de Pearson y nivel de confianza del 95%.

Se tomó como muestra la siguiente:

<b>Jueces</b>	<b>Fiscales</b>	<b>Expedientes</b>
<b>8</b>	<b>8</b>	<b>24</b>
<b>TOTAL: 40</b>		

#### **3.4 Definición operativa del instrumento de recolección de datos:**

Para la recolección de datos se utilizó la ficha de entrevistas llevadas a cabo con los Jueces y Fiscales, y se utilizó la lista de cotejo para la revisión análisis e interpretación de los 24 expedientes.

#### **3.5 Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos**

Para el adecuado recojo de datos se utilizó técnicas de lista de cotejo, la escala de Lickert y la encuesta.

El procesamiento de datos se hizo siguiendo el procedimiento de las técnicas de tal manera que permitan probar la hipótesis, calculando el estadístico apropiado y el estadístico de prueba. Los cuales se presentan en cuadros gráficos y estadísticos, con su respectiva interpretación.

El desarrollo de la investigación, permitió utilizar información especializada sobre el tema, y respetando los procedimientos establecidos para estudios de esta naturaleza; como también, que los datos obtenidos en el trabajo de campo constituyen información veraz obtenida a través de la técnica de la encuesta, la cual fue procesada en la parte estadística e interpretada por la investigadora

## CAPÍTULO IV: RESULTADOS

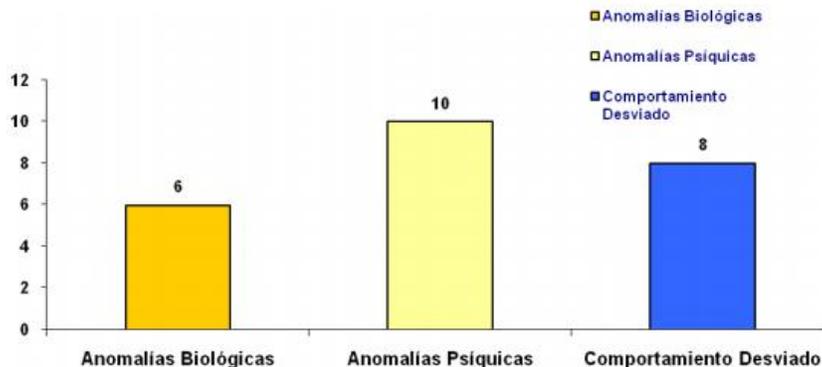
### 4.1 Estadística descriptiva

Se ha realizado un análisis a 24 expedientes con sentencia ejecutoriada por el delito contra la libertad sexual

Tabla N° 1: Etiología de las Conductas Delictivas

Etiología de las conductas	N° de Expedientes
Anomalías Biológicas	06
Anomalías Psíquicas	10
Comportamiento Desviado	08
Total Numérico	24
Total Porcentual	25%

GRÁFICO N° 01

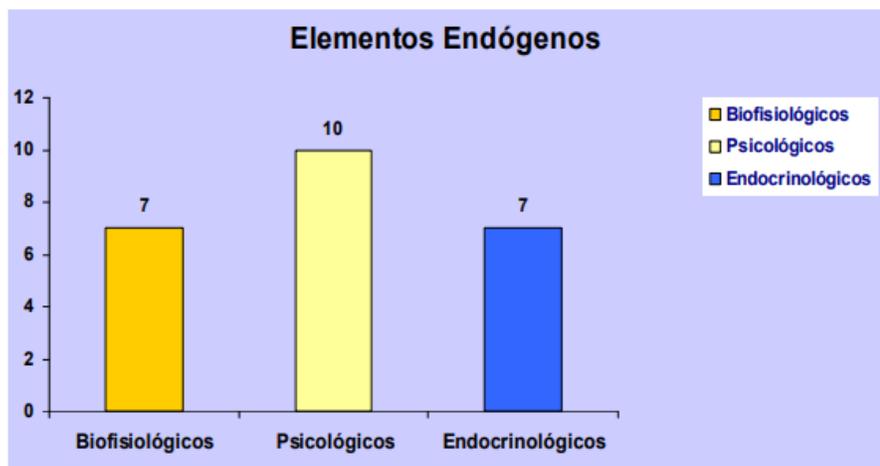


Análisis e interpretación: En la Tabla N° 1 y Gráfico N° 01, al aplicar la Guía de Análisis Documental, a 24 expedientes del 38° J. P L (Reos en Cárcel); vemos que en el delito contra la libertad sexual: violación de menor, la etiología de las conductas delictivas; diez corresponden a anomalías psíquicas; ocho a comportamientos desviados y seis a anomalías biológicas.

Tabla N° 2: ELEMENTOS ENDÓGENOS

ELEMENTOS ENDÓGENOS	N° DE EXPEDIENTES
Biofisiológicos	07
Psicológicos	10
Endocrinológicos	07
Total Numérico	24
Total Porcentual	25%

GRÁFICO N° 02

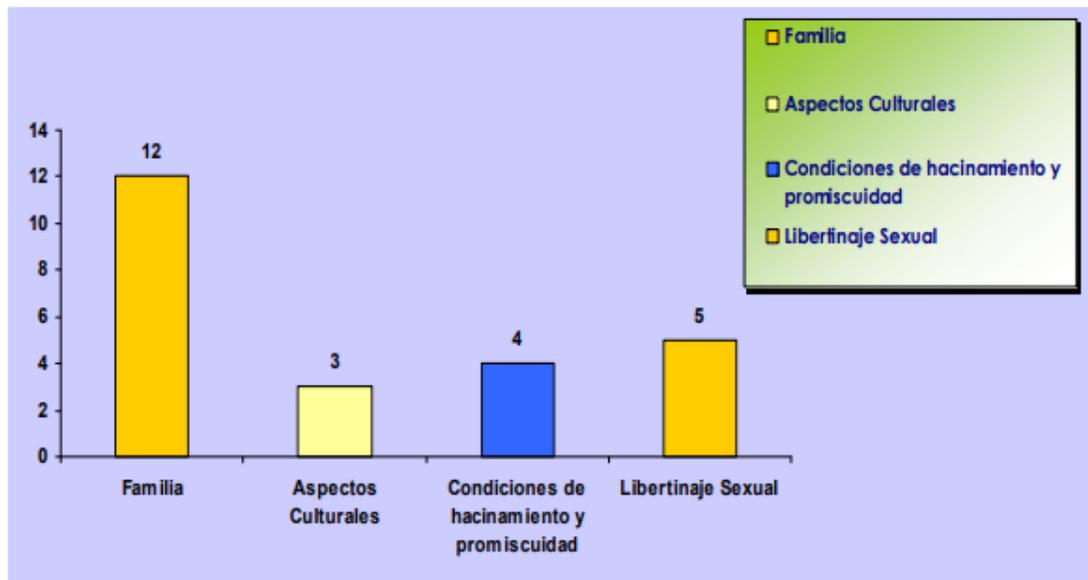


Analisis e interpretación: Tanto en el Tabla N° 02 y el Gráfico N° 02, con relación a los elementos endógenos; en los delitos contra la libertad sexual: Violación de Menor: encontramos 10 expedientes indican preponderancia de elementos biofisiológicos y con relación a los elementos psicológicos y endocrinológicos siete expedientes.

Tabla N° 3: Elementos Exógenos

ELEMENTOS ENDÓGENOS	Nº DE EXPEDIENTES
Familia	12
Aspectos Culturales	03
Condiciones de hacinamiento y promiscuidad	04
Libertinaje Sexual	05
<b>Total</b>	<b>24</b>
<b>Total porcentual</b>	<b>25%</b>

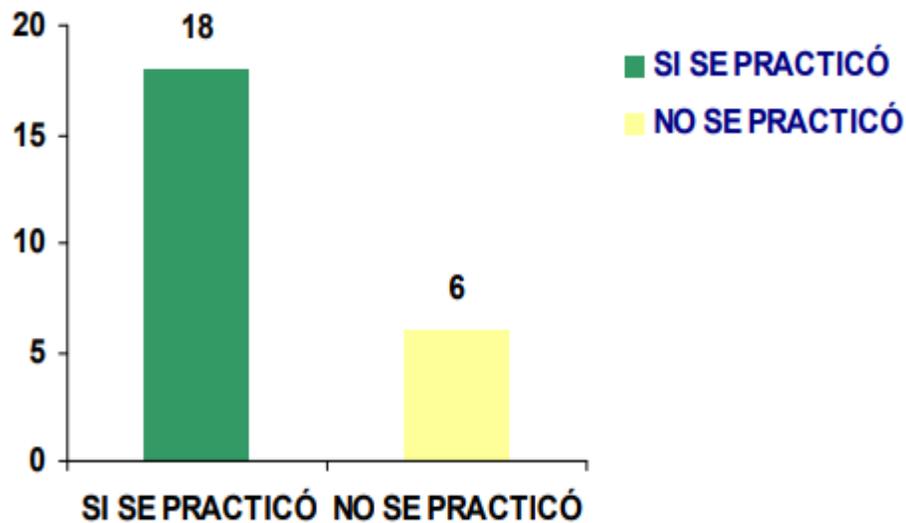
GRÁFICO N° 03



En razón de los Elementos Exógenos, en doce expedientes se consideran a la familia como elemento influyente en las conductas delictivas; cinco expedientes responden a conductas de libertinaje sexual; cuatro expedientes a condiciones de hacinamiento y promiscuidad y tres expedientes: aspectos culturales.

Tabla N° 4: ¿Se Le Practicó Examen Psicopatológico?

<b>EXAMEN PSICOPATOLÓGICO</b>	<b>N° DE EXPEDIENTES</b>
Si se Practicó	18
No se Practicó	06
<b>Total Numérico</b>	<b>24</b>
<b>Total Porcentual</b>	<b>25%</b>

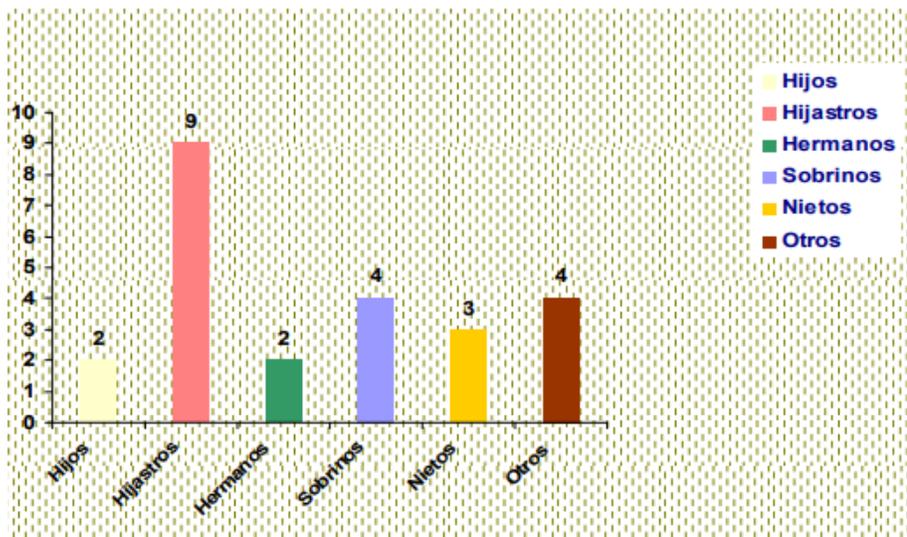
**GRÁFICO N° 04**

En Tabla N° 4 y Gráfico N° 04, observamos que en dieciocho expedientes si se practicó el examen psicopatológico y en seis expedientes no se practicó dicha diligencia por parte del ente jurisdiccional, explicando que se debió a que éste no fue remitido en su oportunidad por el órgano correspondiente (Instituto de Medicina legal).

Tabla N° 5: Grado de Parentesco con la Víctima

Grado de Parentesco con la Víctima	Nº DE EXPEDIENTES
Hijos	02
Hijastros	09
Hermanos	02
Sobrinos	04
Nietos	03
Otros	04
<b>Total numérico</b>	<b>24</b>
<b>Total porcentual</b>	<b>25%</b>

GRÁFICO N° 05



En Tabla N° 5 y Gráfico N° 05, constatamos que en cuatro expedientes el grado de parentesco del agresor sexual con respecto a la víctima se divide en: dos corresponde a hijos; nueve: hijastros, dos: hermanos; cuatro sobrinos; tres: nietos y cuatro en el rubro otros. Debemos indicar, que el seno inter e intra familiar constituye el escenario común de la tipificación de los delitos contra la libertad sexual: violación de menor.

#### 4.2 **Aporte científico de la investigación**

Los resultados encontramos en nuestra investigación conducente al Grado de Maestro en Derecho Penal, reflejan la realidad pluricausalista de la comisión delictiva en los delitos contra la libertad sexual: Violación de menor. En donde se ha demostrado enfáticamente que éstos obedecen a elementos endógenos (biofisiológicos, psicológicos y endocrinológicos) y siendo los elementos exógenos (entorno social degradante) y la combinación de ambos resultan desencadenantes en las conductas materia de discusión y debate. Ante tal realidad polivalente es forzoso como hemos indicado en nuestro marco teórico, incidir en campañas de prevención general y especial destinada que la sociedad civil y el Estado conjuntamente elabore planteamientos desde diferentes perspectivas multisectoriales en pos de morigerar la problemática en análisis y que involucra al enjambre social en su conjunto.

En suma, el problema de abuso y violación de niños, niñas y adolescentes, constituye un conflicto que exige ante todo políticas públicas, que se desarrollen en el corto, mediano y largo plazo, mediante la concurrencia de especialistas en la materia que se mantengan en el cargo, para así monitoriar idóneamente el proceso de avance y perfeccionarlo en el tiempo, lo que implica Información, capacitación, lucha contra la pobreza, combate contra las drogas y el alcohol, el hacinamiento y tugurización, entre otras medidas de carácter técnico-político.

En consecuencia, de lo recogido por nuestra investigación académica, esbozamos que se debe incidir en implementar el tratamiento psiquiátrico y psicológico dirigido a los agresores sexuales de niños y/o adolescentes,

buscando modificar aquellos aspectos planteados previamente como fundamentales en el proceso evaluativo, a saber, la conducta sexual, la competencia social y las distorsiones cognitivas.

## **CAPÍTULO V: DISCUSIÓN**

A través de la Guía de Análisis Documental, del trabajo de campo, de las encuestas y entrevistas aplicadas, se han contrastado las variables elaboradas, con relación a nuestra hipótesis de trabajo, habiéndose encuestado y entrevistado a elementos, distribuidos en función al método de Muestreo Probabilístico – Estratificado en: Guía de Análisis Documental;

Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público; Sentenciados por el delito contra la Libertad Sexual: Violación de menor y Profesores de Criminología y/o Derecho Penal de las Universidades Públicas y Privadas de Lima.

De otro lado, se procesaron las respuestas dadas a cada una de las interpelaciones elaboradas en la Encuesta aplicada a los Magistrados, del Poder Judicial y Ministerio Público; Sentenciados por el delito contra la Libertad Sexual: Violación de Menor y Profesores de Criminología y Derecho Penal de las Universidades Públicas y Privadas de Lima, N° 03 y N° 04), a través del siguiente formato:

1. Indicación de la pregunta.
2. Tabulación de las respuestas y presentación en forma numérica, así como porcentual.
3. Elaboración de los cuadros y gráficos de respuestas.
4. Realización del análisis cualitativo.

\* Este formato se siguió para cada una de las preguntas objeto de la Guía de Análisis Documental y la Encuesta respectivamente.

### **GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**

#### **38º JUZGADO PENAL DE LIMA (REOS EN CÁRCEL)**

Aún cuando en el Derecho Comparado se vienen empleando agentes químicos

inhibidores impulso sexual como la medroxiprogesterona y la ciproterona (la implementación en nuestro país resultaría costosa y ajeno a nuestra realidad socioeconómica), sin embargo, si de diera el caso a través de la cooperación internacional, su prescripción podría orientarse, básicamente, al tratamiento complementario de métodos psicológicos y educativos, ya que los primeros no pueden hacer nada por modificar los patrones de vida desadaptivos de los sujetos, sino se traza un proceso terapéutico idóneo, destinado a controlar dichas malformaciones conductuales.

El tema materia de nuestro estudio sobre la Pluricausalidad Criminógena de los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor, abarca la respuesta multifactorial de la etiología de los comportamientos ilícitos que nos atañen, reconociendo que no se puede hablar de una causa sino de múltiples orígenes que unidas ellas dan como secuela el delito materia de cuestionamiento y que es inexcusable diagnosticar para comprender su verdadera amplitud es aras de morigerarla.

Entendiendo la criminalidad como la infracción de la ley penal, se nos revela como un portento de naturaleza social, en el sentido de ser el fruto de la vida en la sociedad, pues el hombre en el estado de aislamiento absoluto, no podría llegar a ser un delincuente, pues el individuo en estas condiciones gozaría de derecho absolutos sin deberes correlativos, y su conducta no podría ser considerada ni social ni antisocial. Contrario sensu, en la criminalidad podemos observar un verdadero conflicto de voluntades: De un lado, la voluntad perversa del hombre delincuente, siempre dispuesto a tentar contra la vida, honra y bienes de sus conciudadanos y por otro punto, la voluntad de la colectividad, siempre alerta a defenderse no sólo el

patrimonio económico, sino también el patrimonio moral de todos los elementos que constituyen la afluencia colectiva.

Bajo este panorama, hemos VALIDADO LAS HIPÓTESIS: GENERAL Y ESPECÍFICAS, a través de los Instrumentos de Recolección de Datos: Guía de Análisis documental, Encuesta y Entrevistas a la muestra representativa de 96 elementos distribuidas por estratos: Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público; a los Sentenciados por el Delito contra la Libertad Sexual: Violación de Menor y a los Profesores de Criminología y/o Derecho Penal de las Universidades Públicas y Privadas de Lima, otorgando validez científica a cada uno de los módulos de preguntas confeccionadas en razón a las variables: independiente y dependiente, elaboradas y que nos ha permitido deslindar el sustento fáctico y teórico de la Pluricausalidad Criminógena de los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El biologismo postulaba inicialmente la existencia del llamado “delincuente nato”, al que se refirió el médico y antropólogo italiano Cesare Lombroso (1836-1909). Esta teoría en el tiempo fue ampliamente rebatida y luego replanteada a base nuevas formulaciones, entre ellas la importancia que tendrían los estudios sobre la impulsividad que caracterizan a algunas personas. Se pensó, en ese entonces, que la constitución física y determinadas características permitían signos de agresividad en ciertos sujetos. Investigaciones posteriores sobre su etiología, incidieron en que no se trataba de individuos indebidamente agresivos, sino que se hallaban frecuentemente sometido a influencias ambientales. En ese sentido, estudios sociales destacan la importancia del ambiente en el individuo; escasas oportunidades de desenvolvimiento social, fácil acceso a lugares de moralidad relajada, ambiente muchas veces desfavorable del hogar, relaciones interpersonales y etapas de crisis que atraviesan nuestras sociedades. Se sostiene que todos esos elementos o situaciones coadyuvan el surgimiento de la criminalidad.

**SEGUNDA:** La Pluricausalidad Criminógena de los condenados por el delito contra la libertad sexual: Violación de menor, la encontramos en el campo de la ciencia médica, lo que justifica en consecuencia el abordaje multidisciplinario de su enfoque, canalizándolo a través de operaciones periciales que procuren un dictamen científico sobre la posibilidad de que en el futuro el agente repita su comportamiento sexualmente delictivo, otro límite sería el tema de la readaptación social del sentenciado por los referido ilícitos penales basado en la pericia médico legal que pronostique en forma individualizada y favorable su posible reinserción

social. Diversos proyectos legislativos sólo atienden la problemática desde el punto de vista de incremento de la pena como prevención especial negativa, sintonizando su perspectiva con el reclamo social de la búsqueda de mecanismos de prevención de la recurrencia criminal o de soluciones definitivas y aún drásticas para el tratamiento de los autores de estos delitos, situación que se recrudece cuando las crónicas periodísticas dan cuenta de algún caso “aberrante” reciente, olvidando que se trata de una realidad multifactorial que es necesario afrontar científicamente con el ánimo de medirla.

**TERCERA:** Es necesario destacar que a menudo en el iter criminis del agresor en el delito de violación de menores encontramos en la revisión de los autos, que éstos han padecido una socialización deficiente, y que por lo general ha sufrido violencia sexual en su niñez y/o adolescencia, que no han podido superar ni recibido tratamiento especializado, habiendo sido expuestos tempranamente a la pornografía para que se suscitará su interés sexual en beneficio del agresor. Sin duda la combinación de exposición a la obscenidad, un adulto modelando el abuso hacia el niño y/o púber, y la propia activación sexual en este contexto, proporciona una base para las fantasías sexuales futuras que pueden ejercer una atracción hacia la conductas sexuales desviadas.

**CUARTA:** La violencia sexual de los delincuentes pedófilos, formaría parte de un cuadro más amplio de conductas antisociales al decir que innumerables agresores Sexuales serían también delincuentes en otros delitos: Contra el patrimonio, contra la vida el cuerpo y la salud, contra la salud pública, etc., representando un patrón de conductas violentas propio de las subculturas delictivas o de violencia.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** La prevención, como el propio nombre lo da a entender, se refiere a políticas de enfrentamiento del problema, a través de la discusión teórica-práctica de la cuestión, con campañas de una sexualidad responsable y protegida. En el caso de la agresión sexual de niños y adolescentes, se debe tener como base el papel de los adultos en la protección de éstos y no lo inverso, ósea, depositar en los niños y púberes la responsabilidad de defenderse de adultos consumidores y violadores sexuales. En este sentido, las campañas educativas y políticas sociales son fundamentales.

**SEGUNDA:** Si bien es cierto las acciones de prevención deben ser dirigidas por el Estado, también es parte del trabajo de la sociedad civil, por lo urge la necesidad impostergable del trabajo conjunto, por lo cual se debe fortalecer las medidas de seguridad ciudadana, implementando en cada barrio grupos de vigilancia que analicen y evalúen la existencia de un potente violador. Sumándose a ello, la importancia que juegan los padres de familia y los medios de comunicación, en orientar campañas psico sociales de ilustración sobre esta cruda realidad que sufren la niñez y adolescencia nacional.

**TERCERA:** Al Congreso de la República: aprobar la entrada en vigencia del artículo 247 del Código Procesal Penal del 2004 (D.Leg.657), sobre la protección para víctimas, testigos, peritos y colaboradores, para aplicarlas a las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales, y que se implemente a través del Ministerio de la Mujer y Desarrollo humano, los “Hogares de Refugio Temporales para Menores Víctimas de Violación Sexual” que se creó mediante Ley 27637 el 16 de enero del 2002.

**CUARTA:** A la Policía Nacional del Perú: Modificar el Capítulo IV del Manual de Procedimientos Policiales Operativos (2006);B). Que los policías se abstengan durante las investigaciones preliminares de las preguntas “que no guarden relación con el objeto de prueba” a las presuntas víctimas; que los miembros del orden eviten revelar la identidad de los menores. Y que elaboren un archivo digitalizado sobre la recurrencia criminal de los denunciados por abuso sexual de menores de edad.

## BIBLIOGRAFÍA

AAP.(09 de julio de 2013).

[http://www.aap.org.pe/servicios\\_estadisticas.php](http://www.aap.org.pe/servicios_estadisticas.php).

Recuperado el 09 de septiembre de 2013, de Asociación Automotriz del Perú:

<http://www.aap.org.pe>

Alvear, T., & Ronda, C. (2005). Sistemas de información para el Control de Gestión.

Un apoyo a la gestión empresarial. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

ARAPER. (09 de septiembre de 2013).

<http://araper.pe/ckfinder/userfiles/images/araper/imagen/grafico/2012/diciembre/1.png>. Recuperado el 09 de septiembre de 2013, de <http://araper.pe>

AUTONORT. (2013). Indicadores de Crecimiento AUTONORT. Trujillo.

Bueno, E. (1989). Economía de la Empresa. Análisis de las Decisiones Empresariales. Madrid: Pirámide S.A.

Espinoza Fuentes, F. (2011). Sistemas De Información Para La Gestión De

La Empresa. Recuperado el 09 de Setiembre de 2013, de

[http://campuscurico.otalca.cl/~fespinos/21-Sistemas\\_informacion.pdf](http://campuscurico.otalca.cl/~fespinos/21-Sistemas_informacion.pdf):

<http://campuscurico.otalca.cl>

Kaplan, & Norton, D. (1996). Using the Balance Scorecard as a Strategic management System. Harvard Bussiness Review.

Laudon, K. C., & Laudon, J. P. (2002). Sistemas de Información Gerencial:

Organización y Tecnología de la Empresa. Prentice Hall.

Laudon, K. C., & Laudon, J. P. (2012). Sistemas de Información Gerencial.

XII Edición Pearson

Nolan, R. (1970). Teoría de las etapas como impacto en el proceso de planeación de los recursos y las actividades de la informática.

Quispe, D. (2011). Gestión de la información para la toma de decisiones: empresa

Soroban S.A. (2009). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

## ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

” DELITOS DE VIOLACION SEXUAL

EN MENORES DE EDAD, APLICADO LA TEORIA DEL ERROR POR OPERADORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA EL AÑO 2017”

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p><b>Problema General</b> ¿Que correspondencia hallamos entre la Pluricausalidad Criminógena y los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor?</p> <p><b>Problemas Específicos</b> ¿Cual es la etiología de estas conductas delictivas? ¿Que entendemos por Pluricausalidad Criminógena? ¿Que aspectos biofisiológicos, psicológicos y endocrinológicos forman parte de dicha Pluricausalidad? ¿Que tendencias criminógenas sustentan su Pluricausalidad? ¿Por que no se legitima en la comunidad jurídica el concepto de Pluricausalidad Criminógena de los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor? ¿Cual es la Política Criminal &amp; Anticriminal que viene desarrollando el Estado en la procura del control de estas conductas delictivas?</p>	<p><b>Objetivo General</b> Identificar que vinculación encontramos entre la Pluricausalidad Criminógena y los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor.</p> <p><b>Objetivos Específicos</b> Identificar, la etiología de estas conductas delictivas Analizar, el concepto de Pluricausalidad Criminógena. Determinar que aspectos biofisiológicos, psicológicos y endocrinológicos forman parte de dicha Pluricausalidad. Revelar que Tendencias Criminógenas sustentan su Pluricausalidad. Determinar los aspectos jurídico-sociológicos que limitan la legitimación del concepto de Pluricausalidad Criminológica en los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor. Precisar que Política Criminal &amp; Anticriminal viene desplegando el Estado en el intento de control de estas conductas punitivas.</p>	<p><b>Hipótesis General</b> El uso aplicativo del reseñado estudio de la administración de justicia conllevará asentar una investigación que la implementación de un Política Criminal y Anticriminal.</p> <p><b>Hipótesis Específicas</b> Vinculación Encontramos Entre La Pluricausalidad Criminógena Y Los Delitos Contra La Libertad Sexual: Violación De Menor.</p>	<p><b>Variable Independiente</b> Pluricausalida Criminogena</p> <p><b>Variable Dependiente</b> Delitos Contra La Libertad Sexual</p>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b> se aplica el método descriptivo, comparativo, crítico, estadístico, analítico</p> <p><b>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN</b> El diseño de la investigación es no experimental, longitudinal y de tendencia. <math>P_c = f(S.I.G.C)</math> Dónde: <math>P_c =</math> Procesos de Comercialización. S.I.G.C= Sistema de Información de Gestión Comercial.</p> <p><b>Población</b> Se tabuló la información a partir de los datos obtenidos haciendo uso del programa computacional SPSS (Statiscal Package for Social Sciences), del modelo de correlación de Pearson y nivel de confianza del 95%.</p> <p><b>Muestra</b> 8 Jueces, 8 fiscales y 24 expedientes El desarrollo de la investigación, permitió utilizar información especializada sobre el tema, y respetando los procedimientos establecidos para estudios de esta naturaleza; como también, que los datos obtenidos en el trabajo de campo.</p> <p><b>INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN</b> <input type="checkbox"/>Análisis documental y bibliográfica <input type="checkbox"/>Entrevistas.Cuestionarios.Encuestas <input type="checkbox"/>Datos estadísticos</p> <p><b>RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS</b> Los archivos del distrito Judicial de Lima.</p>



**ANEXO 02**  
**CONSENTIMIENTO INFORMADO**



ID: \_\_\_\_\_

FECHA: \_\_\_\_\_

**TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:** DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENORES DE EDAD, APLICADO LA TEORÍA DEL ERROR POR OPERADORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA EL AÑO 2017

**OBJETIVO:** Identificar que vinculación encontramos entre la Pluricausalidad Criminógena y los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor.

**INVESTIGADOR:** LIZ TEREZA PALACIOS ESTEBAN

**Consentimiento / Participación voluntaria**

Acepto participar en el estudio: He leído la información proporcionada, o me ha sido leída. He tenido la oportunidad de preguntar dudas sobre ello y se me ha respondido satisfactoriamente. Consiento voluntariamente participar en este estudio. Conozco que se manejará con absoluta responsabilidad, respeto y confidencialidad, sin divulgar nombres.

Huella digital si el caso lo amerita:

Firma del estudiante:

Firma del investigador responsable:



**ANEXO 03**  
**CUESTIONARIO**



**ID:** \_\_\_\_\_

**FECHA:** \_\_\_\_\_

**TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:** DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENORES DE EDAD, APLICADO LA TEORÍA DEL ERROR POR OPERADORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA EL AÑO 2017

**OBJETIVO:** Identificar que vinculación encontramos entre la Pluricausalidad Criminológica y los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor.

**INVESTIGADOR:** LIZ TEREZA PALACIOS ESTEBAN

Marca con una "X", en el recuadro tu respuesta según la siguiente escala de valores:

1. ¿Los operadores del proceso no aplican la teoría del error en los delitos de violación de menores de edad cuando existe error de comprensión culturalmente condicionado?
  - a) Siempre
  - b) Casi siempre
  - c) A veces
  
2. ¿Los operadores del proceso no aplican la teoría del error en los delitos de violación de menores de edad cuando existe error de tipo?
  - a) Siempre
  - b) Casi siempre
  
3. ¿Los operadores del proceso no aplican la teoría del error en los delitos de violación de menores de edad cuando existe error de comprensión culturalmente condicionado, mediante instrumentos técnicos-científicos?

- a) Siempre
  - b) Casi siempre
4. ¿Los operadores del proceso no aplican la teoría del error en los delitos de violación de menores de edad cuando existe error de tipo mediante instrumentos técnicos-científicos?
- a) Siempre
  - b) Casi siempre
5. ¿Los Jueces y vocales no utilizan las categorías de la Teoría del delito y del error al motivar sus resoluciones donde el inculpado alega error por desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos del tipo objetivo?
- a) Siempre
  - b) Casi siempre
6. ¿Los Jueces y vocales utilizan las categorías de la Teoría del delito y del error al motivar sus resoluciones donde el inculpado alega error por la creencia de que su conducta es lícita y/o que es su forma de vida de acuerdo a su cultura?
- a) Siempre
  - b) Casi siempre
7. ¿La incidencia criminal es alta en los casos donde el agente del delito alega que su conducta se encuentra dentro de los alcances del error de tipo?
- a) Siempre
  - b) Casi siempre
  - c) A veces
8. ¿La incidencia criminal es alta en los casos donde el agente del delito alega que su conducta se encuentra dentro de los alcances del error culturalmente condicionado?
- a) Siempre
  - b) Casi siempre
  - c) A veces
9. ¿Actualmente está demostrado por la realidad que la costumbre influye en el error de los agentes activos?

- a) Siempre
- b) Casi siempre

10. ¿Actualmente está demostrado por la realidad que el tipo de cultura influye en el error de los agentes activos?

- a) Siempre
- b) Casi siempre

11. ¿Actualmente el consentimiento sexual del menor de edad, es una teoría ya arraigada en nuestra legislación que no se está tomando en cuenta muchas veces por la judicatura?

- a) Siempre
- b) Casi siempre

12. ¿Actualmente el consentimiento sexual del menor de edad, es una teoría ya arraigada en nuestra Jurisprudencia que no se está tomando en cuenta muchas veces por la judicatura?

- a) Siempre
- b) Casi siempre



## ANEXO 04



### Formato de validación de los instrumentos por jueces o juicio de expertos

Nombre del experto \_\_\_\_\_ Especialidad: \_\_\_\_\_

*“Calificar con 1, 2, 3 o 4 cada dimensión e indicador a los criterios de relevancia, coherencia, suficiencia y claridad”*

Variables	DIMENSIONES	RELEVANCIA	COHERENCIA	SUFICIENCIA	CLARIDAD
<b>TEORÍA DEL ERROR (X)</b>	1. DETERMINACIÓN DEL TIPO PENAL				
	2. UBICACIÓN DEL ERROR DE TIPO				
	3. TIPO OBJETIVO				
	4. TIPO SUBJETIVO				
	5. CONCEPTO DE ERROR DE TIPO				
	6. OBJETO DEL ERROR				
	7. ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO				
<b>NORMAS JURIDICO-PENALES (Y)</b>	1. LEY PENAL				
	2. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO				
	3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO				
<b>VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES (Z)</b>	1. ACCIÓN				
	2. TIPICIDAD				
	3. ANTIJURICIDAD				
	4. RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD				
	5. IMPUTABILIDAD				
	6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD				

¿Hay alguna dimensión o indicadores que no fue evaluado? Sí ( ) NO ( ) En caso de Sí, ¿Qué dimensión o indicadores faltan?

DECISIÓN DEL EXPERTO: La aplicación de los instrumentos procede a ser aplicada: Sí ( ) NO ( )

\_\_\_\_\_  
Firma y Sello del juez

## **NOTA BIOGRÁFICA**

LIZ TEREZA PALACIOS ESTEBAN nació un 09 de setiembre de 1960 en el distrito de Obas, provincia de Yarovilca, departamento de Huánuco, siendo sus padres Doña Maria Esteban Lorenzo y Fausto Palacios Chavez. Sus estudios primarios lo realizó en la Escuela Primaria Nacional de Mujeres 1056 de Huancayo y sus estudios secundarios en el colegio Nacional Nuestra Señora del Rosario de Huancayo, estudiando el nivel superior en la Universidad Inca Garcilaso De La Vega, egresando el año 2008 con el grado de bachiller y obteniendo el título de abogado en la Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huanuco en el año 2012 , estudiando la maestría en derecho penal en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Lima .

Luego laboré en la Municipalidad de Lurín y en la Escuela de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú en Puente Piedra Lima con el cargo de docente en diferentes materias y coordinadora general de Docentes 2019.



**ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO**

En el local del IDES MARKAYACHAY, Jr. Puno N° 248 – Lima - Cercado, siendo las **17:00h**, del día sábado **01 DE DICIEMBRE DE 2018**, ante los Jurados de Tesis constituido por los siguientes docentes:

Dr. Reynaldo OSTOS MIRAVAL	Presidente
Dr. Abner FONSECA LIVIAS	Secretario
Dr. Jose Carlos GAMARRA RAMON	Vocal

**Asesor de Tesis:** Dr. Pedro Getulio VILLAVICENCIO GUARDIA (Resolución N° 02263-2017-UNHEVAL/EPG-D)

**La aspirante al Grado de Maestro en Derecho, mención en Ciencias Penales, Doña, Liz Teresa PALACIOS ESTEBAN.**

**Procedió al acto de Defensa:**

Con la exposición de la Tesis titulado: **“DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENORES DE EDAD, APLICADO LA TEORÍA DEL ERROR POR OPERADORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA EL AÑO 2017”.**

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación de la aspirante al Grado de Maestro, teniendo presente los criterios siguientes:

- a) Presentación personal.
- b) Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y Recomendaciones.
- c) Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
- d) Dicción y dominio de escenario.

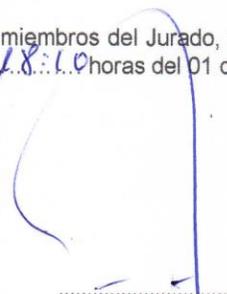
Así mismo, el Jurado plantea a la tesis **las observaciones** siguientes:

.....

Obteniendo en consecuencia la Maestría la Nota de Dieciséis (17)  
Equivalente a Muy Buena, por lo que se declara Aprobado  
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado, firman el presente **ACTA** en señal de conformidad, en Lima, siendo las 18:10 horas del 01 de diciembre de 2018.

  
 PRESIDENTE  
 DNI N° 22900141

  
 SECRETARIO  
 DNI N° 20617106

  
 VOCAL  
 DNI N° 04919083

Leyenda:  
19 a 20: Excelente  
17 a 18: Muy Bueno  
14 a 16: Bueno

(Resolución N° 02827-2018-UNHEVAL/EPG-D)

## AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICAS DE POSGRADO

### 1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL (especificar los datos del autor de la tesis)

Apellidos y Nombres: **PALACIOS ESTEBAN, Liz Tereza**

DNI: **25813903**

Correo electrónico: **liztere\_45@hotmail.com**

Teléfonos Casa:

Celular: **944935144**

Oficina \_\_\_\_\_

### 2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

<b>Posgrado</b>	
<b>Maestría:</b>	<b>DERECHO</b>
<b>Mención:</b>	<b>CIENCIAS PENALES</b>

Grado Académico obtenido: **MAESTRO**

Título de la tesis:

**"DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENORES DE EDAD, APLICADO LA TEORÍA DEL ERROR POR OPERADORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA EL AÑO 2017"**

Tipo de acceso que autoriza el autor:

Marcar "X"	Categoría de Acceso	Descripción de Acceso
<input checked="" type="checkbox"/>	PÚBLICO	Es público y accesible el documento a texto completo por cualquier tipo de usuario que consulta el repositorio.
<input type="checkbox"/>	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con información básica, más no al texto completo.

Al elegir la opción "Público" a través de la presente autorizo de manera gratuita al Repositorio Institucional – UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el Portal Web repositorio.unheval.edu.pe, por un plazo indefinido, consintiendo que dicha autorización cualquiera tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

En caso haya marcado la opción "Restringido", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:

Asimismo, pedimos indicar el periodo de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:

( ) 1 año    ( ) 2 años    ( ) 3 años    ( ) 4 años

Luego del período señalado por usted(es), automáticamente la tesis pasará a ser de acceso público.

Fecha de firma: **30-12-2019**

  
Firma del autor