

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE “SANTA MARÍA”

ESCUELA DE POSTGRADO



**“NORMATIVIDAD PENAL PERUANA Y LA VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENORES DE EDAD EN LA REGIÓN DE PUNO, PERIODO 2003-2005”**

Tesis presentada por el Magíster
MANUEL TORRES QUISPE
para optar el Grado Académico de
Doctor en Derecho

AREQUIPA – PERÚ
2 0 0 7



A mi esposa Martha e Hijos Manuel Joel, Manuel Ivan, Manuel Feliciano y Sahara Bonnie Torres Zúñiga, la razón de mi esfuerzo por superarme día a día.

Quien camina a diario por los pasadizos judiciales, Policía Nacional, el Ministerio Público y escucha noticias en nuestro País - sabe a ciencia cierta que los delitos contra la libertad sexual en agravio de menores constituye uno de los temas que con mayor urgencia necesita y reclama una delimitación normativa, a fin de salvaguardar la integridad sexual de los menores de edad, como una respuesta idónea, de los operadores de Justicia, y de la Sociedad en su conjunto para hacer frente a estos delitos, que afectan el normal desarrollo físico y psicológico de los menores de edad. En los últimos años se han registrado importantes avances en la Legislación Penal Peruana. Pese a estos logros aún se mantiene incólume, demostrándose en los hechos que los esfuerzos desplegados hasta el momento son insuficientes. Tal realidad me impulsa a seguir en este esfuerzo y contribuir a la creación de normas efectivas de solución respecto a los delitos de violación sexual de menores, ya que este delito no reconoce estatus económico, social, cultural, político o religioso, se manifiesta a todo nivel, constituyendo un tema de prioridad para el Estado de Derecho.

AUTOR: MANUEL JOEL TORRES ZUNIGA

RESUMEN

La normatividad Penal Peruana con relación a la violación sexual de menores de edad, en la Región Puno, comprendido entre el periodo 2003 - 2005 y de su revisión se aprecia que no contaba con un rigor coercitivo que impidan la comisión de este tipo de delitos, lo que contribuyó a la proliferación de violaciones sexuales en agravio de menores de edad, en la Región de Puno, incrementándose durante el periodo 2003 al 2005 precisamente por la carencia de una norma efectiva, por lo que en el presente trabajo se hace un análisis de sentencias condenatorias y absolutorias al respecto, y, éstas últimas carecen de una debida motivación, absolviendo a los acusados sin tener en cuenta la magnitud del daño físico y psicológico que se ocasiona al menor de edad.

Por otro lado en los delitos de violación sexual se tutela la intangibilidad o indemnidad de la sexualidad humana de los menores de catorce años de edad, por lo que debe protegerse el libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores, por consiguiente el consentimiento prestado por la víctima es jurídicamente nulo por su edad; lo que nuestra normatividad debe precisar y a su vez el legislador debe tomar en cuenta este hecho al momento de elaborar las normas de sanción penal, cuya sanción sea ejemplar, y así disminuir la violación sexual de menores de edad.

Para la elaboración de la presente investigación se ha contado con un universo cuantitativo de 64 expedientes judiciales, tramitados en los juzgados penales del Distrito Judicial de Puno. Estableciendo la hipótesis que la normatividad penal peruana no es aplicable a la realidad socio jurídica del departamento de Puno, por no contribuir a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de los menores de edad en este departamento por cuanto se desprotege y vulnera la indemnidad sexual; y una vez recogida y procesada la información clasificada y almacenada en la matriz de datos se traslada a un sistema computarizado que permite realizar las fórmulas estadísticas apropiadas para utilizar en la contrastación de las hipótesis y posteriormente proceder a formular las conclusiones y sugerencias que permitirán superar el problema

planteado e investigado cumpliéndose de esta forma con los objetivos propuestos, y contribuir objetivamente a detectar las dificultades y deficiencias de la norma penal, presentar iniciativas de solución y determinar acciones que desplieguen los poderes del Estado, Operadores de Justicia, disminuyendo de esta manera las conductas lesivas a la dignidad de los menores administrando una justicia rápida y efectiva.



SUMMARY

The Penal Peruvian normativity in relation to the minors' sexual violation of age, in the Puno Region, understood(included) between(among) the period 2003-2005 and of his(its) review it(he,she) appreciates that was not relying on a coercive rigor that they should prevent the commission of this type of crime, which I contribute(pay) to the proliferation of sexual violations in minors' damage of age, in Puno's region, being increased during the period 2003 2005 precisely by the lack of an effective norm, by what in the present work there is done an analysis of condemnatory judgments and absolutorias in the matter, and, the above mentioned lack a due motivation, absolving the defendants without having in one tells the magnitude of the physical and psychological hurt(damage) that is caused to the minor of age.

On the other hand in the crimes of sexual violation guardianship the untangibility or indemnity of the humanizes sexuality of the minors of fourteen years of age from this perspective, it thinks that there must be protected the free sexual development of the minor in relation with the major ones, from this perspective the assent given by the victim is juridically void for his(its) age; what our normativity must need(specify) and in turn the legislator must take in bill this fact to the moment to elaborate the procedure of penal sanction, which sanction is exemplary, and like that to diminish the minors' sexual violation of age.

For the production of present investigation has been counted(told) with a quantitative universe of 64 judicial processes, proceeded in the penal courts of the Puno's judicial District. Establishing the hypothesis that the penal Peruvian normativity is not applicable to the reality associate juridical of Puno's department, for not helping to provide(anticipate,prepare) and to sanction the commission of the crimes of sexual violation in damage of the minors of age in this Department since desprotege and it(he,she) damages the sexual indemnity; and once gathered and tried the information classified and stored in the counterfoil of information there moves to a system

computarizado that allows to realize the statistical formulae adapted to use in the contrastación of the Hypotheses and later to proceed to formulate the conclusions and suggestions that will allow to overcome the raised and investigated problem being fulfilled of this form with the proposed aims(lenses), And to contribute(pay) objectively she(it) to be detected by the difficulties and deficiencies(faults) of the penal norm, initiatives of solution to present and to determine actions that desplieguen the power of the State, Operators of Justice, diminishing hereby the harmful conducts to the dignity of the minors administering a rapid and effective justice.



INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como finalidad establecer el número de casos de violación sexual de menores de catorce años en la región Puno, las características de los sujetos activo y pasivo del mismo, así como la incidencia de los factores sociales, culturales en los comportamientos del autor, a efectos de determinar si la Legislación Penal vigente cumple o no con prevenir y sancionar los delitos contra la libertad sexual en agravio de menores, tomando en cuenta los mecanismos para su aplicación así como la forma en que los magistrados vienen aplicando las normas.

Para ello se ha planteado el problema de la eficacia de las normas penales en la prevención de este delito, planteando hipótesis de carácter negativo las cuales han sido comprobadas en el curso de la investigación.

Para ello se ha enmarcado el ámbito de investigación la región Puno, utilizando métodos y técnicas para la recolección de datos, cuya operacionalización se ha expresado en instrumentos como las encuestas, estudio de expedientes, recolección de información en fuentes primarias y otros.

Dentro del marco teórico se ha considerado el delito de la violación sexual de menores de edad desde el punto de vista de la doctrina, resaltando los tratamientos del bien jurídico (indemnidad sexual), el problema de la edad, las penas y el tipo objetivo. Así mismo el marco conceptual ha considerado la mayor cantidad de conceptos vinculados al tema.

Dentro de los resultados de la investigación sorprenderá saber que en base a los datos recogidos así como del estudio de expedientes se han comprobado las hipótesis en gran medida, presentándose el caso que las normas penales pese a tener varios avances no han sido por sí mismas capaces de reducir el índice de casos, debido a deficiencias en su aplicación.

De otro lado se ha comprobado que los encargados de aplicar las normas, no observan los criterios objetivos (imputación objetiva) en las sentencias judiciales, lo que trae consigo que la mayoría de casos terminen con absoluciones, los procesos no cumplen los plazos ni las diligencias ordenadas, generando deficiencias probatorias que causan perjuicio a las víctimas.

Es interesante comprobar que nuestra legislación, aún con las observaciones planteadas, resulta tener una mejor redacción y sistematización que los países de Latino América y España, resaltando que, a excepción de Costa Rica, presenta penas más severas, mayores figuras penales y agravantes.

Los factores sociales (crisis moral), la costumbre y el desconocimiento de las normas contribuyen efectivamente en la incidencia de los delitos, sin embargo estos son observados en forma parcial por parte de los juzgadores.

En general los índices de comisión de estos delitos se mantienen constantes, observándose una ligera disminución en los dos últimos años (2004 Y 2005), lo que sin embargo se explica en la desconfianza que existe en el sistema judicial, que hace que las víctimas padezcan, además de las consecuencias del delito, la decepción que provoca el sistema judicial; percibiendo que existe retardo, corrupción e injusticia, lo que promueve la no interposición de las denuncias y en otros casos la auto composición.

La investigación ha cumplido sus objetivos, pretendiendo ser un aporte al mejoramiento del Sistema de Administración de Justicia, en lo que al delito de Violación Sexual de menores se refiere, para ello se han planteado recomendaciones en base a las conclusiones arribadas.

CAPÍTULO I

RESULTADOS

ANÁLISIS CUALITATIVO Y CUANTITATIVO DE LOS EXPEDIENTES DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD EN EL DEPARTAMENTO DE PUNO.

Para la presente investigación se ha revisado un total de 64 expedientes según el tamaño de muestra hallado en el capítulo III; con sentencias, tanto absolutorias y condenatorias, en base a una selección de muestreo aleatoria efectuada en el archivo central de la Corte Superior de Justicia de Puno y los archivos de la Sala Superior en lo Penal de Puno,

Para establecer la forma en que nuestros juzgadores vienen aplicando la ley y a la vez explicar como es que viene imponiendo las penas, nos hemos propuesto destacar algunos casos, para luego establecer un resumen final de datos recogidos.

Así mismo se han recogido datos del total de las Fiscalías de las 13 provincias de la Región Puno, sobre el número de denuncias presentadas.

PARA LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECIFICA Nro 01 VARIABLE INDEPENDIENTE: NORMATIVIDAD PENAL PERUANA

1.- ANÁLISIS CUALITATIVO DE CASOS:

Aplicación de las normas penales por los Magistrados del Distrito Judicial de Puno en casos de violación sexual de menor de catorce años

1.1. ANÁLISIS DE SENTENCIAS CONDENATORIAS

CASO 1**DATOS DEL EXPEDIENTE:**

INSTRUCCIÓN N° : 2002 - 0136
FECHA DE LA SENTENCIA : 28 DE FEBRERO DEL AÑO 2005
FECHA DE LOS HECHOS : 7 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 2002
LUGAR : PROVINCIA DE CARABAYA
EDAD DE LA VÍCTIMA : 4 AÑOS
TIPO DE SENTENCIA : CONDENATORIA

LOS HECHOS :

La presente instrucción que se sigue en contra de Agustín Bejar Callañaupa, a quien se le imputa la comisión del delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual en la forma de violación sexual de menor de catorce años en agravio de la menor de las iniciales A.C.I. y conforme a la acusación emitida por el Ministerio Público, se tiene que el acusado ultrajó sexualmente a la menor agraviada en repetidas oportunidades, siendo sorprendido el siete de noviembre del año dos mil dos, a horas cinco de la tarde aproximadamente, en circunstancias que el padre de la menor, de nombre Leandro Condori Borda retornaba a su domicilio, en compañía de Facundo Machaca Mendoza, luego de haber realizado sus labores agrícolas, se percató que en un lugar donde existe abundante maleza, el acusado se encontraba echado en el suelo y tenía a la menor agraviada en sus rodillas, al parecer, presumiblemente tratando de practicar el acto sexual, y al percatarse de su presencia se arregló su trusa, que estaba abajo al igual que la de la menor, levantándose se arreglo el buzo, y al ser recriminado el acusado indicó no haber hecho nada, y al encontrarse en estado de ebriedad refirió que al día siguiente arreglaría el problema.

MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS**a) DE LA PARTE CIVIL Y MINISTERIO PÚBLICO**

- El reconocimiento médico legal.
- La referencial de la menor que hace una imputación directa.

- Un testigo de cargo que refiere haber presenciado los hechos
- La informativa de los padres.
- Existe un dictamen médico pericial que declara que no se había producido la violación por la imposibilidad de la penetración dada la desproporción de los órganos genitales.

b) DEL PROCESADO

- Su instructiva, en la que acepta los contactos
- Testigos que afirman que el día de los hechos estuvo en otro lugar.
- Documentales sobre su conducta personal y situación familiar.

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA:

En este caso se ha dictado sentencia CONDENATORIA por OTRO DELITO, argumentando:

- a) Ante la imposibilidad de la penetración se trata de un delito de ACTOS CONTRA EL PUDOR.
- b) Se ha valorado la referencial de la menor aun teniendo en cuenta su edad.
- c) El procesado ha negado los hechos desde el inicio pero ha reconocido haber hecho tocamientos y haber sido sorprendido por el padre de la menor agraviada.

ASPECTOS DE FORMA Y PROCESALES

Desde la fecha de los hechos (7 de noviembre del año 2002) hasta la expedición de la sentencia han transcurrido tres años y tres meses, el retardo es excesivo aun teniendo en cuenta que existe reo en cárcel.

ASPECTOS NORMATIVOS

- a) El proceso se ha tramitado como delito violación sexual de menor de edad, y durante el juicio oral la decisión se ha sustentado en el

principio de determinación alternativa se ha variado la calificación del mismo y se ha consignado delito de actos contra el pudor en su forma agravada.

- b) Pese a la argumentación legal de la aplicación del principio de determinación alternativa, el único sustento fáctico es el dictamen médico pericial, sobre la desproporción de los órganos genitales, en la práctica es un criterio de la Sala aceptar tal hecho que no está establecido en ninguna norma.

RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DOCTRINA

- a) No se hace ninguna cita de Jurisprudencia
- b) No se hace mención a la doctrina

COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA Y PROCESADO:

- a) DEL PROCESADO: Ha negado ser autor del delito de violación sexual de menor de edad, pero ha reconocido algunos actos como el de el lugar donde se le encontró.
- c) DE LA AGRAVIADA: Se ha mantenido firme en sus declaraciones hasta el final del proceso.

PENA IMPUESTA

09 años de pena privativa de la Libertad y una Reparación Civil de Tres Mil Nuevos Soles (S/.3.000.00)

COMENTARIO

La sentencia materia de comentario siendo de carácter condenatoria, al contrario de otras sentencias de carácter absolutorio, en este caso

- a) Basa fundamentalmente su decisión en la referencial de la menor. Con lo que se refuerza el criterio de la valoración ambigua y distinta respecto a la prueba.

- b) En este caso se ha valorado las circunstancias en que se halló el procesado con la víctima, a esas horas.

Sorprende que frente al dictamen pericial se observe la existencia de un delito imposible (desproporción del órgano genital), basado solo en el criterio expuesto por los peritos médicos, no buscándose respaldo científico para ello o apoyo en la jurisprudencia nacional.

Sin embargo en términos generales, descontando lo de la determinación alternativa, existe un adecuado tratamiento del tipo, una valoración de la referencial de la menor siendo un caso típico de imputación objetiva.

Una vez más se trata de un caso en que se dicta sentencia con excesivo retardo procesal estando el procesado con mandato de detención e internado en un penal.

CASO 2

DATOS DEL EXPEDIENTE :

INSTRUCCIÓN Nº	: 2002-0097
FECHA DE LA SENTENCIA	: 16 DE MAYO DEL AÑO 2004
FECHA DE LOS HECHOS	: 22 DE ABRIL DEL AÑO 2002
LUGAR	: PROVINCIA DE YUNGUYO
EDAD DE LA VÍCTIMA	: 10 AÑOS
TIPO DE SENTENCIA	: CONDENATORIA

LOS HECHOS :

Del atestado policial y la denuncia formalizada por el representante del Ministerio Público, se desprende que el veintidós de abril del dos mil dos, como a las tres de la tarde, aproximadamente, en circunstancias que la menor, en cumplimiento a lo encargado por su señora madre, se dirigió al lugar Hirpa Parque del Barrio San Martín, de la jurisdicción del distrito de Yunguyo para pastar sus ovejas, habría hecho su aparición un hombre alto, con pasamontañas con los ojos verdes, es decir moreteados, el que le preguntó por la persona de Jesús Montoya y luego casi a la fuerza la

condujo hacia una casa abandonada donde la violó, después de amenazarla de muerte, y que haciendo las averiguaciones del caso llegaron a saber que el violador era el acusado Juan Cama Peñazco.

MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS

A) DE LA PARTE CIVIL Y MINISTERIO PÚBLICO

- El reconocimiento médico legal.
- La referencial de la menor que hace una imputación directa.
- Dos testigos de cargo que refieren haber visto al sentenciado el día de los hechos en las inmediaciones del lugar de los hechos.
- La informativa de los padres.
- Examen psicológico al procesado que detecta conflictos de personalidad.

B) DEL PROCESADO

- Su instructiva, en la que niega los hechos
- Testigos que afirman que el día de los hechos estuvo en otro lugar.
- Documentales sobre su conducta personal y situación familiar.

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA:

En este caso se ha dictado sentencia CONDENATORIA por DELITO DE VIOLACIÓN DE MENOR DE EDAD, argumentando:

- a) La imputación de la agraviada es firme.
- b) Se ha valorado la referencial de la menor aun teniendo en cuenta su edad.
- c) Ha sido determinante el testimonio de los testigos, y de otro lado el examen psiquiátrico que ha determinado que el procesado era una persona con conflictos emocionales, propenso a cometer estos ilícitos.

ASPECTOS DE FORMA Y PROCESALES

Desde la fecha de los hechos (22 de abril del año 2002) hasta la expedición de la sentencia han transcurrido dos años y un mes, existe retardo.

ASPECTOS NORMATIVOS

No resalta ninguno

RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DOCTRINA

- a) Se hace mención a ejecutorias supremas sin precisar cuales, las mismas que establecen como elementos de responsabilidad: La declaración de la menor, el reconocimiento médico legal y la pericia psicológica efectuada al procesado.
- b) No se hace mención a la doctrina

COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA Y PROCESADO:

- a) DEL PROCESADO : Ha negado ser autor del delito de violación sexual de menor de edad,
- b) DE LA AGRAVIADA : Se ha mantenido firme en sus declaraciones hasta el final del proceso.

PENA IMPUESTA:

16 Años de Pena Privativa de la Libertad y una Reparación Civil de tres mil nuevos soles (S/.3000.00)

COMENTARIO

La sentencia es realmente contradictoria frente a otras de la misma Sala, fundamentado en el examen psicológico efectuado en el procesado; la referencial de la menor, sin tener en cuenta el criterio de la misma Sala Penal; existiendo en el presente caso mayores pruebas inclusive, esto nos lleva a plantear el problema de la prueba en esta clase de delitos.

1.2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

CASO 1

DATOS DEL EXPEDIENTE :

INSTRUCCIÓN Nº : 2001-427
FECHA DE LA SENTENCIA : 10 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2004
FECHA DE LOS HECHOS : 12 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 2001
LUGAR : PROVINCIA DE PUNO.
EDAD DE LA VÍCTIMA : 12 AÑOS
TIPO DE SENTENCIA : ABSOLUTORIA

LOS HECHOS :

Se imputó al procesado XXX a) haber intentado tener acceso carnal con la menor de iniciales Y.A.S., siendo aproximadamente las siete de la noche del doce de noviembre del año dos mil uno, en un rincón de la plataforma deportiva ubicada frente al centro de educación Inicial de Laykakota número doscientos nueve, a una cuadra hacia abajo de la Avenida El Sol, de la ciudad de Puno, hecho que no se consumó por la presencia del padre de la menor Lucio Primitivo Aguilar Ninaraque y su madre Flora Natalia Salamanca Paquita, y, b) haber abusado sexualmente de la referida menor el primer domingo de octubre del año dos mil uno, siendo aproximadamente las diez de la mañana en el interior del vehículo RU-4148 de propiedad del acusado, a orillas del Lago Titicaca, y haberle propinado previamente dos lapos y golpes en el estómago para hacerle perder el conocimiento y que al recobrarlo, la menor tenía el buzo y su traza bajados, no dándose cuenta de las agresiones sufridas, y además, antes de introducirla al vehículo, haberle dado de beber gaseosa que la dejó atontada.

MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS

a) DE LA PARTE CIVIL Y MINISTERIO PUBLICO

- El reconocimiento médico legal.

- La referencial de la menor que hace una imputación directa.
- Un testigo de cargo que refiere haber presenciado los hechos
- La informativa de los padres.

b) DEL PROCESADO

- Su instructiva
- Testigos que afirman que el día de los hechos estuvo en otro lugar.
- Documentales sobre su conducta personal y situación familiar.

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA:

En este caso se ha dictado sentencia absolutoria, argumentando:

- a) La imputación de la agraviada no es suficiente.
- b) No existe coherencia entre su declaración y la de su único testigo.
- c) El procesado ha negado los hechos desde el inicio.
- d) El Lugar donde se habría producido la violación es público no idóneo.

ASPECTOS DE FORMA Y PROCESALES

En el presente caso debemos precisar algunas omisiones:

- a) La sentencia omite pronunciarse sobre la comisión o no del delito, pues no se hace mención a la existencia de un certificado médico legal.
- b) Desde la fecha de los hechos (3 de octubre y 12 de noviembre del año 2001) hasta la expedición de la sentencia han transcurrido tres años y un mes.

ASPECTOS NORMATIVOS

- a) No se invoca ninguna norma que ampare la sentencia.
- b) No se invoca ninguna norma subjetiva o procesal que descarte la imputación de la agraviada.

RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DOCTRINA

- a) No se hace ninguna cita con la Jurisprudencia

b) No se hace mención a la doctrina

COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA Y PROCESADO:

a) DEL PROCESADO: Ha negado los hechos desde el inicio, pero ha reconocido algunos como el de lugar donde se le encontró.

b) DE LA AGRAVIADA: Se ha mantenido firme en sus declaraciones hasta el final del proceso.

COMENTARIO

La sentencia materia de comentario siendo de carácter absolutoria carece de un análisis en base al criterio de conciencia, por cuanto existen algunos aspectos que debieron ser contemplados:

- a) La relación entre víctima e imputado, habiéndose establecido que el procesado, en efecto tenía una relación laboral con la menor al haberse establecido que la menor era cobradora del vehículo en que trabajaba el procesado
- b) Las circunstancias en que se halló el procesado con la víctima siendo este fuera del lugar donde se desarrolla el trabajo, estando en cierto grado de ebriedad el procesado y además en horas de la noche en un lugar desolado.
- c) La relación de confianza entre las partes era evidente bajo el argumento de insuficiencia probatoria se ha descartado como medio probatorio la declaración de la víctima, la misma que ha sido coherente y uniforme dentro de todo el proceso, olvidan los magistrados que en este caso obviamente la declaración de la víctima es prueba idónea si cumple los requisitos de inmediatez, coherencia, y esta evidentemente vinculada a los hechos, la sentencia no se pronuncia si hubo o no delito. Es una sentencia que no abunda ni en doctrina ni en jurisprudencia y refleja el criterio ambiguo de la sala frente a estos casos.

CASO 2

DATOS DEL EXPEDIENTE:

INSTRUCCIÓN N°	: 2001-0352
FECHA DE LA SENTENCIA	: 22 DE AGOSTO DEL AÑO 2003
FECHA DE LOS HECHOS	: DICIEMBRE DEL AÑO 2001
LUGAR	: PROVINCIA DE PUNO.
EDAD DE LA VÍCTIMA	: 13 AÑOS
TIPO DE SENTENCIA	: RESOLUCIÓN DE NO HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL

LOS HECHOS:

De la declaración prestada por la menor agraviada cuya identidad se mantiene en reserva, ante la Fiscalía de Familia de Puno corriente y atestado policial, se tiene que trabajaba en la casa de la señora María Dina Aguilar, desde el mes de septiembre de año dos mil, en calidad de empleada, en esas condiciones el procesado, esposo de María Dina Aguilar, llegaba de vez en cuando a la casa, acercándose a la agraviada en reiteradas oportunidades ofreciéndole que le iba a llevar a la ciudad de Arequipa; es que en el mes de diciembre del año dos mil, cuya fecha exacta no recuerda, fue abusada sexualmente por el procesado, en varias oportunidades, siendo la última vez el dieciséis de julio del dos mil uno, a horas once de la noche, oportunidad en que le tapó la boca, le presionó los brazos para que no grite, para luego bajarle sus prendas íntimas y abusar sexualmente, hecho que no dio cuenta de inmediato a su patrona María Dina Aguilar, sino recién al día siguiente le informó de lo sucedido, optando además por pedir permiso y fue a la casa de sus padres, contándole a su hermana quien a su vez le contó a sus padres.

MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS

a) DE LA PARTE CIVIL Y MINISTERIO PÚBLICO

- El reconocimiento médico legal.
- La referencial de la menor que hace una imputación directa ante la Fiscalía y posteriormente su referencial en que da otra versión.
- La informativa de los padres.

b) DEL PROCESADO

- Su instructiva
- Testigos que afirman que el día de los hechos estuvo en otro lugar.
- Documentales sobre su conducta personal y situación familiar.

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA O RESOLUCIÓN

En este caso se ha dictado resolución de no ha lugar a pasar a juicio oral, argumentando:

- a) La imputación de la agraviada no es suficiente.
- b) La agraviada se ha retractado durante el proceso.
- c) El procesado ha negado los hechos desde el inicio.

ASPECTOS DE FORMA Y PROCESALES

Desde la fecha de los hechos (diciembre del 2000 y julio del dos mil uno) hasta la expedición de la sentencia han transcurrido un dos años y ocho meses. Existe retardo.

ASPECTOS NORMATIVOS

- a) Existe una contradicción entre la referencial de la menor ante la Fiscalía, donde imputa al procesado los cargos, y posteriormente ante el Juzgado donde se retracta, la resolución no fundamenta ni señala la norma legal en que se ampara para preferir la segunda versión.
- b) No se invoca ninguna norma subjetiva o procesal que descarte la imputación inicial de la agraviada.

RELACIÓN CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

No se hace ninguna cita de Jurisprudencia ni doctrina.

COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA Y PROCESADO:

- a) DEL PROCESADO: ha negado los hechos desde el inicio.
- b) DE LA AGRAVIADA: Ha variado su declaración (desistimiento) durante el proceso, inclusive sus familiares han pretendido retirar la denuncia.

COMENTARIO

Nos encontramos ante un caso típico de desistimiento, por cuanto al haberse establecido que la menor agraviada trabajaba en la vivienda del procesado, el cual llegaba en ocasiones existiendo peligro evidente de la comisión del ilícito, el mismo que se ha acreditado con el reconocimiento médico legal. Sin embargo la Sala nuevamente afirma que se trata de un caso de insuficiencia probatoria, corroborado esta vez, por el desistimiento de la víctima quienes pretendieron retirar la denuncia, siendo creíble la afirmación de que tuvo relaciones con un enamorado.

En este caso resulta evidente la facilidad con que la Fiscalía y la Sala Penal se desprenden de la responsabilidad, teniendo en cuenta que el Perú la acción penal es pública, correspondiendo la carga de la prueba al Ministerio Público, sin embargo, atendiendo el principio de legalidad y con las escasas diligencias actuadas, se ha descartado la probabilidad de una sentencia condenatoria

CASO 3

DATOS DEL EXPEDIENTE:

INSTRUCCIÓN N°	: 2002-0058
FECHA DE LA SENTENCIA	: 06 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2004
FECHA DE LOS HECHOS	: ABRIL DEL AÑO 2002
LUGAR	: PROVINCIA DE CARABAYA.
EDAD DE LA VÍCTIMA	: 13 AÑOS (VARÓN)
TIPO DE SENTENCIA	: SENTENCIA ABSOLUTORIA

LOS HECHOS

Que, los cargos que se imputan al acusado Jhonny Mita Castro son que en los primeros días del mes de abril del mil novecientos noventa y nueve, ordenó al menor agraviado F.L.Q.M. para que contara el número de carpetas existentes en el salón del segundo año del colegio secundario Agropecuario del Distrito de Corani, de la provincia de Carabaya, donde él se desempeñaba como profesor y luego como encargado de la dirección; cumplida la tarea el menor comunicó al director sobre el número de carpetas, pero ambos se constituyeron al salón de clases donde el procesado le manifestó al menor que le hablaría de sexo, y bajándose el pantalón le mostró su pene y haciendo ademanes “le refirió si le gustaba en esta o en otra forma”. En el mes de junio o julio del mismo año, cuando el menor agraviado se presentó a la dirección para solicitar la ficha del seguro escolar, el procesado nuevamente le mostró su miembro viril, indicándole que se constituya a su domicilio para que atienda su pedido, en cuyo lugar procedió a violarlo sexualmente y contra-natura; estos actos se repitieron en el mes de agosto, septiembre y noviembre del año 2000, sin poder el menor precisar las fechas exactas. El padre del menor en el mes de abril del 2001, se constituyó al centro educativo para enterarse del rendimiento académico de su hijo, dándose con la sorpresa que había sido desaprobado, el menor tuvo que confesar a su padre el motivo por el cual no quería asistir al colegio, ante ello decidió formular denuncia ante el Juez de Paz del Distrito de Corani, la que derivó ante la Fiscalía Provincial Mixta de Carabaya, a cuyo mérito se inicio la presente instrucción.

MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS

a) DE LA PARTE CIVIL Y MINISTERIO PÚBLICO

- El reconocimiento médico legal.
- La referencial de la menor que hace una imputación directa.
- La informativa de los padres.
- Testigos de cargo, sobre los hechos y la conducta del docente
- La Sala Penal ha ordenado un nuevo examen médico en que se duda de la existencia del delito, de acuerdo a las conclusiones del mismo.

b) DEL PROCESADO

- Su instructiva en que niega los hechos
- Testigos que afirman que dada su condición de docente es inocente
- Documentales sobre su conducta personal y situación familiar.
- Testigos de descargo sobre los hechos y su conducta

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA O RESOLUCIÓN

En este caso se ha dictado Sentencia Absolutoria, argumentando:

- a) La imputación del agraviado no es suficiente.
- b) Existe duda razonable sobre la comisión del delito.
- c) El procesado ha negado los hechos desde el inicio.
- d) Existieron otras motivaciones para la denuncia.
- e) Existiendo duda se adopta la presunción constitucional de inocencia.

ASPECTOS DE FORMA

Desde la fecha de los hechos abril de 2001 hasta la expedición de la sentencia han transcurrido dos años y ocho meses. Existe retardo, considerando que existe REO EN CARCEL.

DEFICIENCIAS NORMATIVAS

- a) Existe una contradicción entre dos dictámenes y en el presente caso no se ha sometido a un debate durante el juicio oral.
- b) Se ha basado la sentencia en un examen practicado luego de un año y siete meses, valorándolo más que el examen inicial que concluía la existencia de la violación.
- c) No se invoca ninguna norma subjetiva o procesal que descarte la imputación inicial del agraviado.

RELACIÓN CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

- a) No se hace ninguna cita de doctrina.

b) Si se hace mención a la tendencia de la Jurisprudencia Nacional respecto a la insuficiencia probatoria en relación a la sola imputación de la víctima.

COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA Y PROCESADO:

- a) DEL PROCESADO: ha negado los hechos desde el inicio.
- c) DE LA AGRAVIADO: Se ha mantenido firme en sus versión inicial.

COMENTARIO:

Reiteradamente nos encontramos ante un caso de insuficiencia probatoria, la misma que es adoptada por la Sala Penal de Puno, de manera constante, sin embargo en el presente caso tal argumento no es coherente con la sentencia misma, por cuanto como se desprende de las motivaciones lo que existe es un pronunciamiento expreso sobre la inocencia del procesado, basado fundamentalmente en el dictamen pericial que durante el juicio oral descartó la violación. Consecuentemente se ha dictado el archivamiento definitivo de la causa, por lo que la insuficiencia probatoria no es aplicable debido a la cantidad de pruebas aportadas por la parte civil

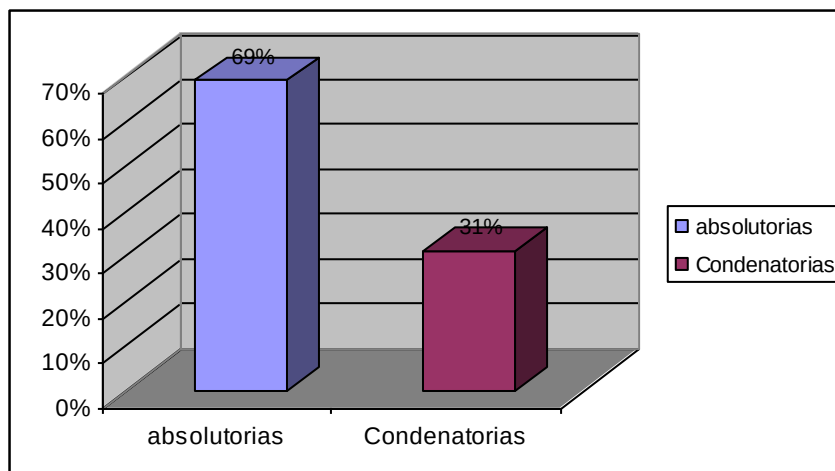
2. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LOS 64 EXPEDIENTES REVISADOS.

CUADRO N° 1
ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

SENTENCIA	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
• Absolutoria	44	69%
• Condenatoria	20	31%
TOTAL	64	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 1
ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS



INTERPRETACIÓN:

Hecha la verificación de los datos y análisis de los **64** expedientes y sentencias se tienen los siguientes resultados.

DECISIÓN FINAL DE LOS JUZGADORES EN NUMEROS (SENTENCIAS ABSOLUTORIAS O CONDENATORIAS)

Efectuada la Selección de **muestreo aleatorio**, y de acuerdo a la revisión de los expedientes mediante la ficha de recolección de datos, 44 (**69 %**) son sentencias **ABSOLUTORIAS** y 20 (**31%**) son **CONDENATORIAS**, con lo que se prueba que la gran mayoría de las sentencias son absolutorias.

Este dato hace ver que del total de causas tramitadas en la Sala Penal desde el año 2003 al año 2005, la tendencia mayoritaria de la Sala es de dictar sentencias absolutorias.

EL TEMA DE LA COSTUMBRE (repetiremos el tema en varios momentos dada la importancia del punto).

En la muestra utilizada, destacamos que no se haga mención en ninguno de los casos al tema de la costumbre, por cuanto en varios de los procesos los inculpados han sostenido que han contado con el consentimiento de la víctima, siendo conocido (como lo mencionamos en el marco teórico y

conceptual que en el sector rural aún se acepta que una menor de edad considerada mujer, forme pareja con otra persona de sexo opuesto).

Respecto al curso del proceso se ha verificado que al igual que en la mayoría de los procesos judiciales, existe retardo en la administración de justicia, por cuanto las sentencias se han expedido cuando los plazos han vencido en forma excesiva, siendo lo grave que esto se presenta hasta en un 100 %, retardos que van hasta los dos años, perjudicándose ambas partes por cuanto en varios de los procesos existía reo en cárcel, y en otros la víctima no pudo soportar la lentitud del sistema y prácticamente abandonaron las causas.

Del 100% de las sentencias condenatorias el total de los casos tiene como fundamento principal o accesorio la imputación de la víctima

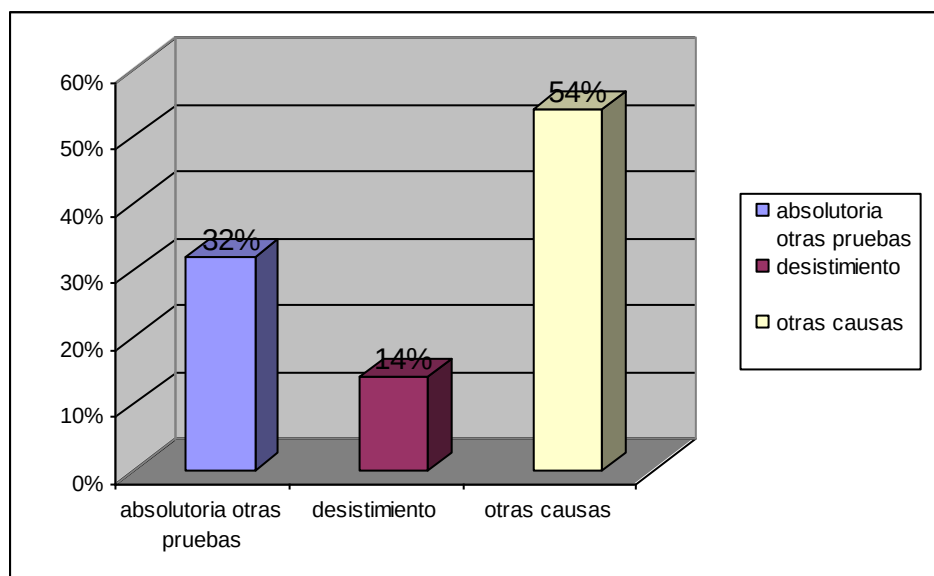
CUADRO N° 2

ASPECTOS DE ABSOLUCIÓN

ASPECTOS DE ABSOLUCIÓN	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
• Sentencia absolutoria donde se tomo en cuenta otras pruebas.	14	32%
• Sentencia absolutoria basada en el desistimiento de la víctima.	06	14%
• Otras causas	24	54%
TOTAL	44	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 2
ASPECTOS DE ABSOLUCIÓN



INTERPRETACIÓN:

Del total de 44 sentencias absolutorias (o con auto de no ha lugar a juicio oral), se han encontrado los siguientes resultados.

- El 32% (14) de los casos tiene como fundamento principal otras pruebas.
- Luego observamos un 14% (06) donde la sentencia absolutoria esta basada en el desistimiento de la víctima.
- Finalmente observamos 54% (24) que fueron absueltos por diversas causas.

Este dato puede demostrar que **en la mayoría de los casos la Sala Penal No valora necesariamente la Referencial de la Menor Agraviada.** Planteando como requisito que esta debe ser corroborada con otras pruebas, de la revisión de expedientes y actividad probatoria se tiene que tal criterio no siempre se cumple.

EL TEMA LA COSTUMBRE: Insistimos en que en ninguna de la sentencias se hace mención a ese tema, no se utiliza como fundamento.

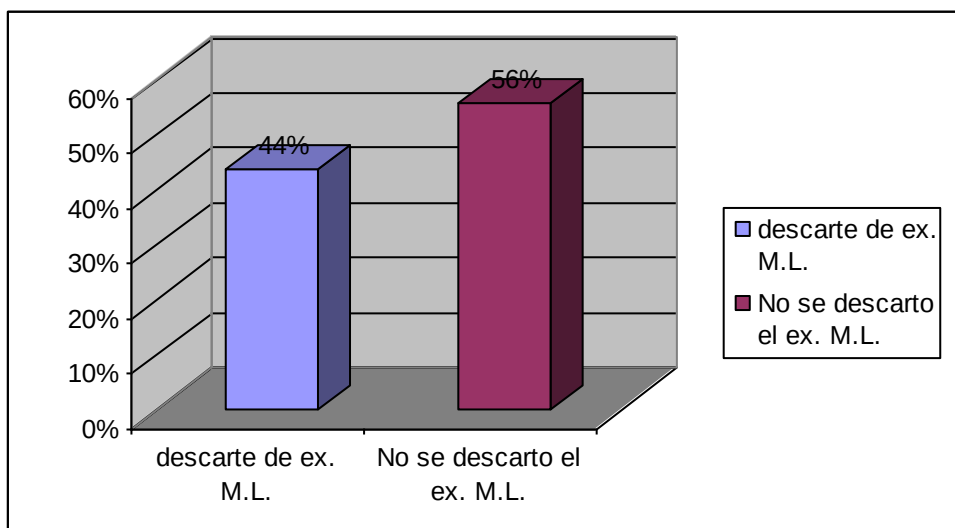
En conclusión podemos decir que los magistrados han reducido el problema de la violación sexual de menor al problema de la prueba.

CUADRO N° 3
PERITAJE MÉDICO

PERITAJE	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
Peritaje médico donde se ha descartado el examen médico legal.	28	44%
Peritaje médico donde no se ha descartado el examen médico legal	36	56%
TOTAL	64	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 3
PERITAJE MÉDICO



INTERPRETACIÓN:

- En el 100 % de los casos se ha cumplido con el examen médico.
- Del total durante el juicio oral o actividad probatoria el 56% del peritaje médico no ha descartado el examen médico legal y el 44% se observó que el peritaje médico ha descartado el examen médico legal.

Como puede observarse la sala Penal no tiene un criterio uniforme respecto a estos casos, por cuanto haciendo una comparación textual de algunas sentencias, estas se contradicen por cuanto en unas para condenar valoran el examen médico legal, en otros casos la rechazan de plano.

En el **100% (29 casos) existe retardo procesal** que va desde un año a mas.

En el **100 %** de los casos **no se han cumplido todas las diligencias** ordenadas.

CUADRO N° 4

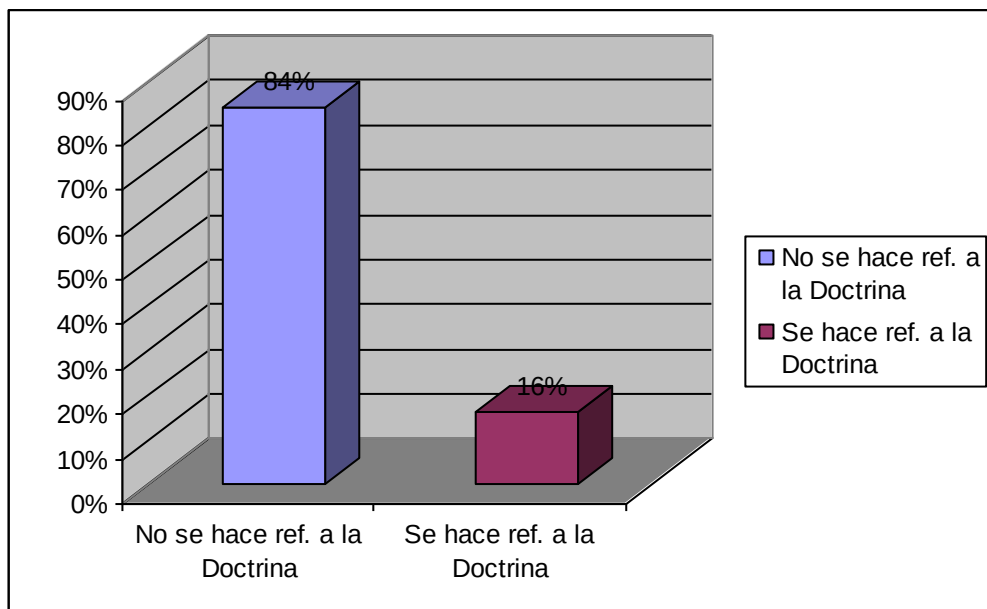
REFERENCIA DE LA DOCTRINA

REFERENCIA DE LA DOCTRINA	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
• Sentencias en las que NO se hace referencia a la Doctrina.	54	84%
• Sentencias en las que SI se hace referencia a la Doctrina	10	16%
TOTAL	64	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 4

REFERENCIA DE LA DOCTRINA



INTERPRETACIÓN

De los resultados observados en el cuadro y gráfico N° 4, podemos observar un **84%** casos en donde las sentencias NO hacen referencia a la doctrina, luego observamos un **16%** sentencias en las que si se hace referencia a la Doctrina.

De los resultados podemos mencionar que en la mayoría de los casos estudiados no se hace referencia a la doctrina o teorías del derecho, puesto que se toma más en consideración el criterio de los magistrados y no así la doctrina del derecho.

CUADRO N° 5

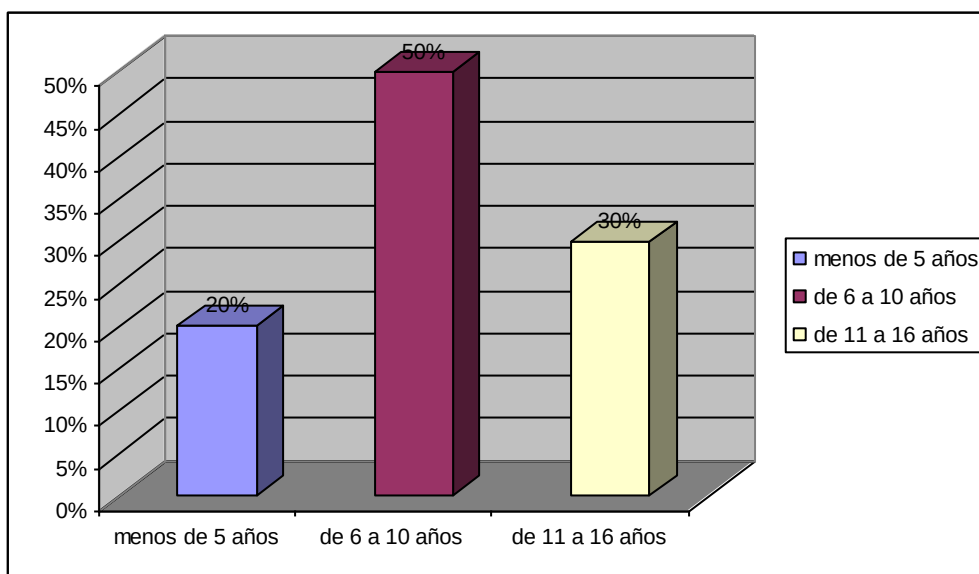
NÚMERO DE AÑOS IMPUESTOS EN PENAS CONDENATORIAS

NÚMERO DE AÑOS	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
• Menos de 5 años.	04	20%
• De 6 a 10 años.	10	50%
* De 11 a 16 años.	06	30%
TOTAL	20	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 5

NÚMERO DE AÑOS IMPUESTOS EN PENAS CONDENATORIAS



INTERPRETACIÓN:

Según lo que podemos observar en el cuadro y gráfico N° 05 un 20% (04) en los que la sentencia es menor de 5 años, luego observamos un 50% (10) donde la sentencia es de 6 a 10 años, finalmente un 30% (06) casos en donde la sentencia es de 11 a 16 años.

De los 20 casos con sentencias condenatoria, la mayor de las penas

impuestas es de 16 años de pena privativa de la libertad y el menor de 4 años de pena privativa de la libertad, suspendida, siendo el promedio de 09 años de pena privativa de la libertad.

Este dato permite observar que respecto a las sentencias condenatorias, los magistrados de la Sala Superior Penal de Puno, vienen aplicando penas bajas en la mayoría de los casos, inclusive en algunos casos se ha impuesto penas por debajo del mínimo legal.

EL TEMA DE LA COSTUMBRE: No se hace mención al fundamento del error culturalmente condicionado, recogido en nuestra legislación penal.

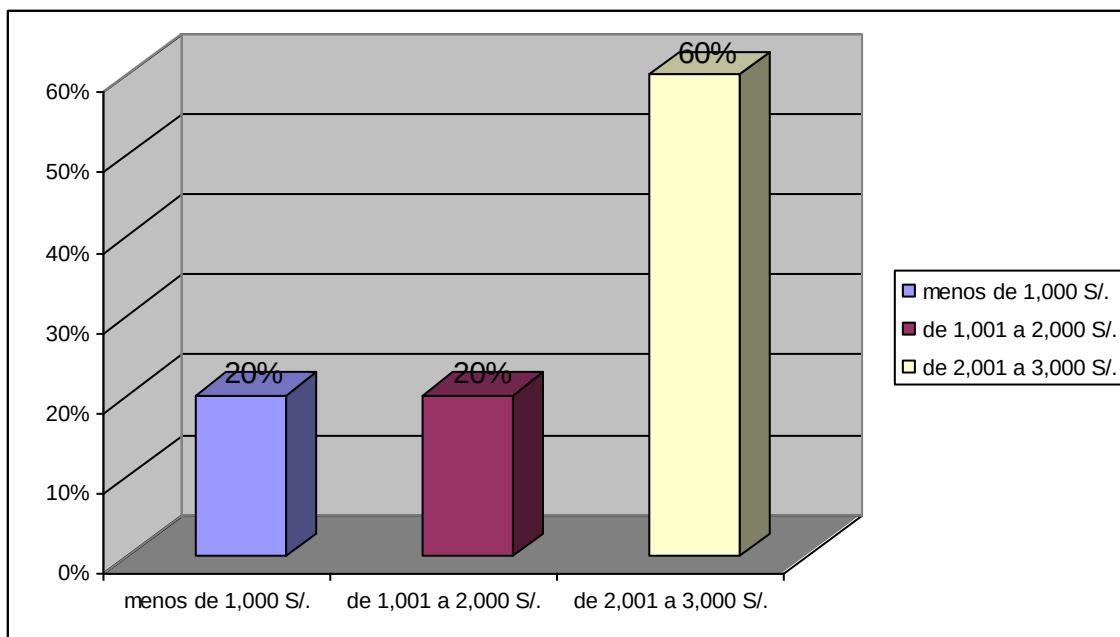
CUADRO N° 6

REPARACIÓN CIVIL EN PENAS CONDENATORIAS.

MONTO EN SOLES	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
Menor o igual a 1,000 soles.	04	20%
De 1,001 a 2,000 soles.	04	20%
De 2,001 a 3,000 soles.	12	60%
TOTAL	20	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 6
REPARACIÓN CIVIL EN PENAS CONDENATORIAS



Según el análisis de los porcentajes podemos observar que el 60% (12) de las sentencias condenatorias tienen una reparación civil de S/. 2,001 a S/. 3,000 nuevos soles, luego tenemos, un 20% (04) que tiene una reparación civil de 1,001 a 2,000 nuevos soles, y finalmente tenemos un 20% (04) que tienen una reparación civil menor de 1,000 soles.

Del total de 20 sentencias condenatorias revisadas, El monto máximo de la Reparación Civil es de S/. 3000.00 (TRES MIL NUEVOS SOLES) y el monto menor es de S/. 1,000.00 (UN MIL NUEVOS SOLES).

El promedio de las reparaciones civiles es de S/. 1,500.00 (UN MIL QUINIENTOS NUEVOS SOLES).

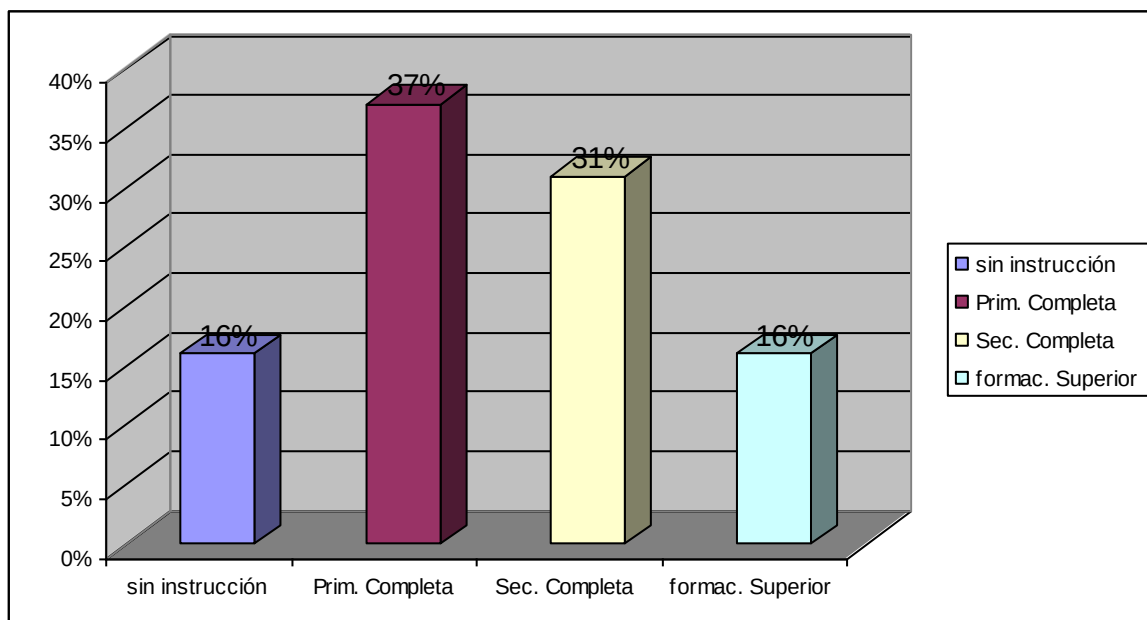
A nuestro criterio esto demuestra que la Sala Penal de Puno, lugar donde se ventilan la mayor parte de los casos, en la mayoría de estos viene fijando reparaciones civiles bajas, planteando una contradicción entre el valor del bien jurídico protegido y el reproche penal, por cuanto se entiende que al imponerse penas altas (inclusive cadena perpetua) el daño al bien jurídico es mayor, por tanto corresponde mayores penas.

CUADRO N° 7
CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESADOS.
GRADO DE INSTRUCCIÓN.

NIVEL DE ESTUDIOS	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
• Sin Instrucción.	10	16%
• Con primaria completa.	24	37%
• Con secundaria completa.	20	31%
• Con formación superior.	10	16%
TOTAL	64	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 7
GRADO DE INSTRUCCIÓN



INTERPRETACIÓN:

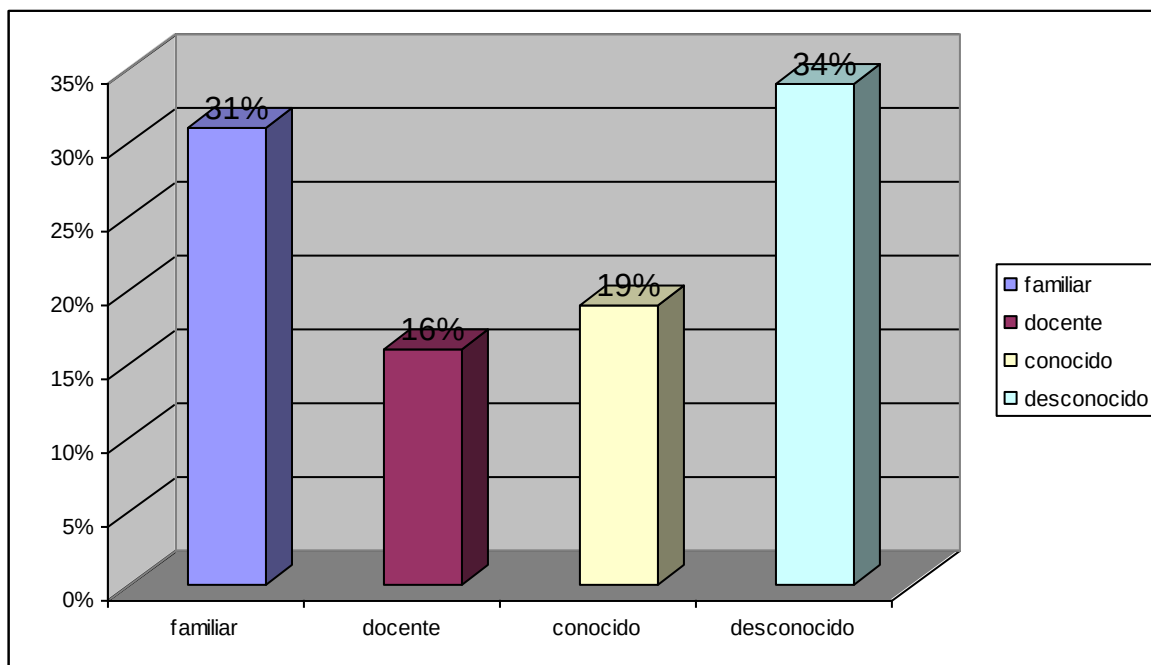
De la extracción de datos referidos al autor se ha establecido que respecto al grado de instrucción, un 37 % (24 casos), corresponden a personas con escasa formación, teniendo en cuenta que sólo cuentan con estudios primarios, en segundo orden un 31% de los procesados tiene estudios secundarios, resultando igualmente significativo que 16% de los sujetos activos del delito tenga formación superior y el mismo porcentaje 16% no tenga ninguna instrucción, lo que refleja la complejidad y variedad de sujetos del delito, por cuanto no existe un predominio absoluto de ninguna de las categorías planteadas.

CUADRO N° 8

CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESADOS. VÍNCULO CON LA VÍCTIMA

VÍNCULO CON LA VÍCTIMA	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
Familiar (padre, padrastro, tío, otro)	20	31%
Docente	10	16%
Conocido, vecino.	12	19%
Desconocido.	22	34%
TOTAL	64	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 8**VÍNCULO CON LA VÍCTIMA****INTERPRETACIÓN:**

Con relación al vínculo del sujeto activo con la víctima, resulta interesante comprobar que un **31 en % (20 casos) existen vínculos de parentesco**, presentándose casos de incesto, y violaciones cometidas por familiares del entorno más cercano. Así mismo se ha detectado casos en que **los autores son vecinos o conocidos siendo el porcentaje de 19%**, de otro lado es preocupante que un **16% de estos casos estén referidos a docentes**, siendo la mayor **cantidad de personas desconocidas (34%)**, esto es explicable por cuanto por las distancias que existen y la actividad laboral los niños se dedican al pastoreo o transitan a su colegio o escuela solos, y también se encuentran en los domicilios solos, siendo fácilmente propensos a ser víctimas de este delito.

CUADRO N° 9

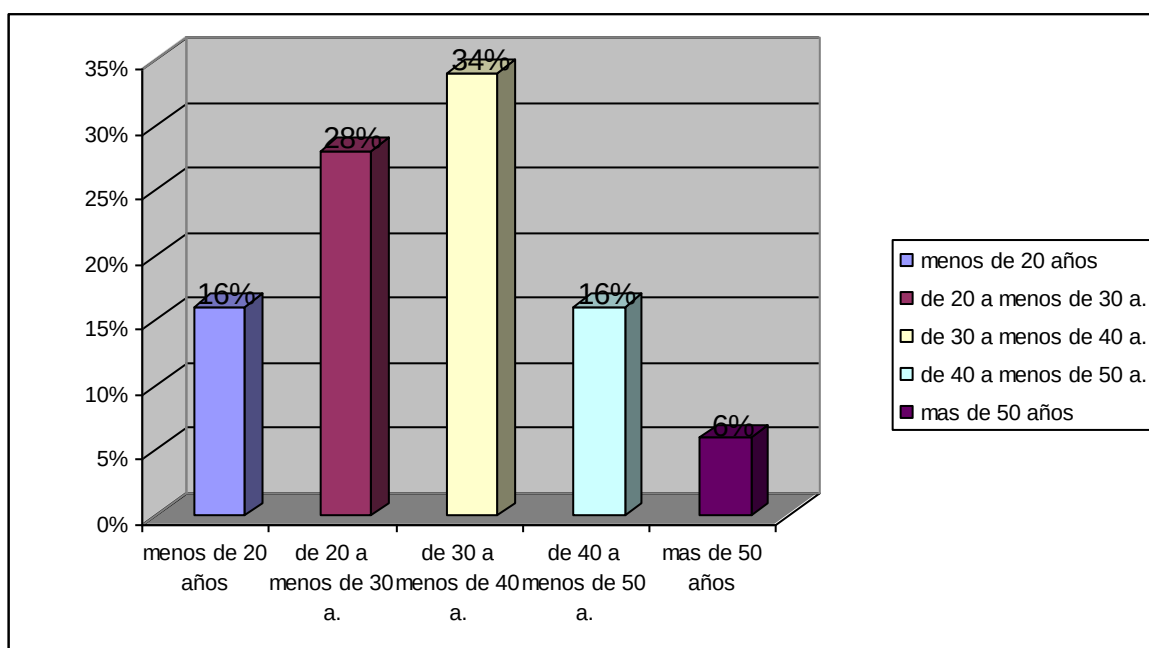
CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESADOS. EDAD DEL PROCESADO

EDAD	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
• Menor de 20 años	10	16%
• Más de 20 y menos de 30 años	18	28%
• Más de 30 y menos de 40 años	22	34%
• Más de 40 y menos de 50 años	10	16%
* Mayor de 50 años	04	6%
TOTAL	64	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 9

EDAD DEL PROCESADO



Según el análisis de los resultados sobre las edades de los procesados el 34% (22) tienen edades entre 30 y 40 años, luego observamos un 28% (18) tienen edades entre 20 y 30 años, seguidamente observamos un 16% (10), con edades entre 40 y 50 años, igual porcentaje tenemos en procesados menores de 20 años y finalmente observamos un 6% (04) que son mayores de 50 años.

Respecto a las edades, en la mayoría de los casos las edades fluctúan entre los 20 y 40 años, siendo importante resaltar que en la gran parte de ellos, son personas maduras con escaso nivel de educación.

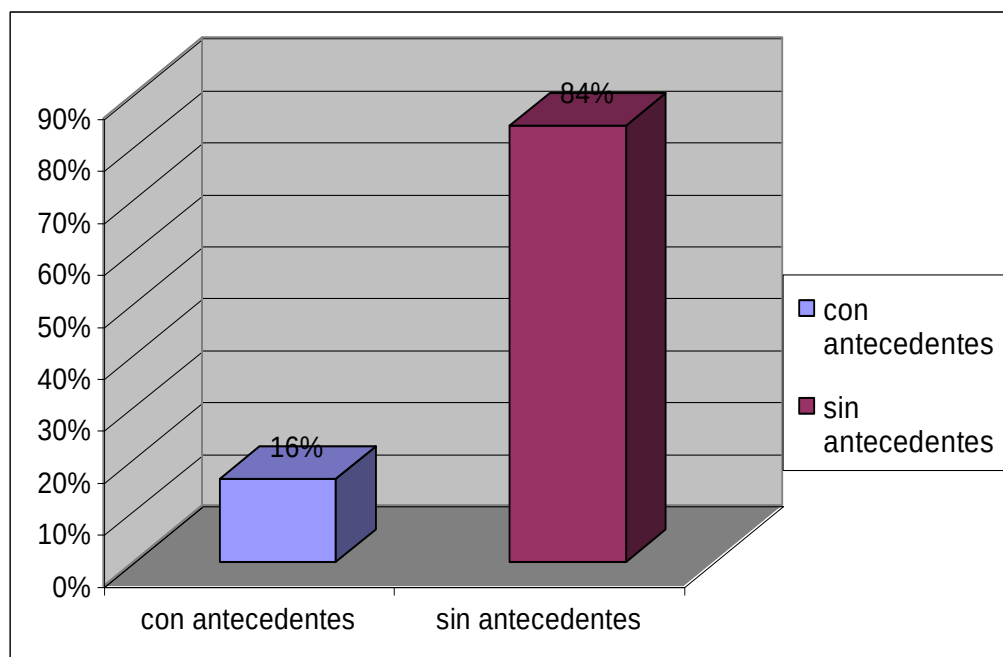
CUADRO N° 10

CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESADOS. ANTECEDENTES DEL PROCESADO

ANTECEDENTES	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL %
• Con antecedentes penales.	10	16%
• Sin antecedentes penales.	54	84%
TOTAL	64	100%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 10
ANTECEDENTES DEL PROCESADO



INTERPRETACIÓN:

Respecto a los antecedentes penales, los procesados resultan ser en su mayor parte delincuentes primarios en un 84 % frente a un solo 16 % de inculcados que tienen antecedentes pero por otros delitos.

EN CONCLUSIÓN: (CONTRASTACIÓN DE LA PRUEBA DE HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 1)

Para la prueba de hipótesis podemos decir que según el análisis realizado nos indica que es importante incorporar nuevos mecanismos legales que contemplen parámetros de aplicabilidad judicial para que se mejoren las sentencias puesto que se ha observado un gran porcentaje de casos que tienen muy poca base legal, no recurren a la doctrina y la jurisprudencia, menos aplican criterios de imputación objetiva para absolver o condenar a los procesados.

3. ANALISIS DE LA ETIOLOGIA DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD EN EL DEPARTAMENTO DE PUNO (PARA LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 2).

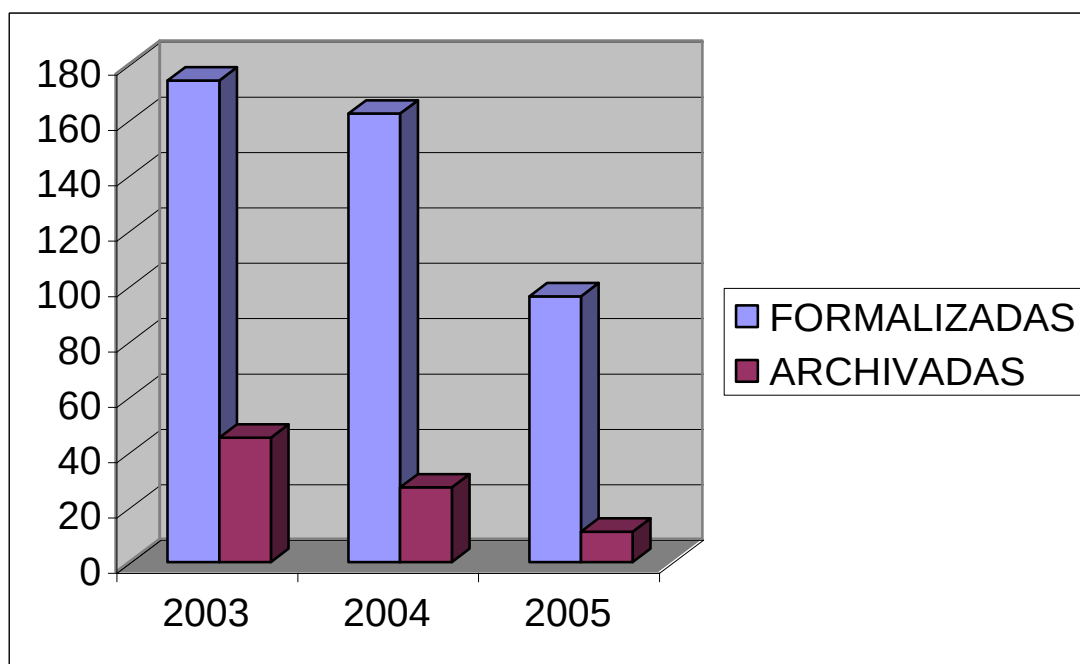
3.1. NUMERO DE CASOS DE VIOLACION SEXUAL EN LA REGION PUNO DEL AÑO 2003 AL AÑO 2005.

CUADRO N° 11

CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LA REGIÓN PUNO

AÑO	FORMALIZADAS	%	ARCHIVADAS	%	TOTAL DE CASOS	%
2003	174	79	45	21	219	100
2004	162	86	27	14	189	100
2005	96	90	11	10	107	100
TOTAL	432	85	83	15	515	100

Fuente : Elaboración propia, en base a informes oficiales emitidos por las fiscalías provinciales del Distrito Judicial de Puno

GRÁFICO N° 11**CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LA REGIÓN PUNO****INTERPRETACIÓN**

Como se puede apreciar en el cuadro, del año 2003 al año 2005, se han presentado un total de 515 denuncias, siendo el año 2003 en que registró el mayor número de casos: 219, en el año 2004 se han registrado 189 casos, y en el año 2005 se han registrado 107 casos.

LA COSTUMBRE Y LA JUSTICIA COMUNAL : Es preciso indicar que si bien es cierto la tendencia es decreciente esto no refleja una disminución significativa estadísticamente. Al margen de ello es conocido que en la actualidad la desconfianza que existe en el sistema judicial, debido a diversas causas (ineficacia, corrupción, onerosidad y otros), habiéndose fortalecido los sistemas de administración de justicia denominado tradicionales (justicia comunal) en donde las comunidades por intermedio de sus autoridades resuelven los conflictos e imponen sanciones que van desde los despojos, la obligación de casarse con la víctima, las vejaciones públicas y hasta la muerte en casos extremos, hechos que debido a las distancias

son sumamente difíciles de controlar, contribuyendo la escasa o nula presencia del Estado en los lugares más alejados.

De otro lado respecto al tratamiento dado a estas denuncias del Ministerio Público, se advierte en el cuadro que en su gran mayoría han sido formalizadas siendo el promedio de formalizaciones de 82 %, frente a tan solo 18 % de archivamientos.

El número de casos sin embargo resulta significativo.

3.2. DETERMINACION DEL NUMERO DE DELITOS DE VIOLACION SEXUAL POR PROVINCIAS, SEGÚN NUMERO DE CASOS.

CUADRO N°. 12

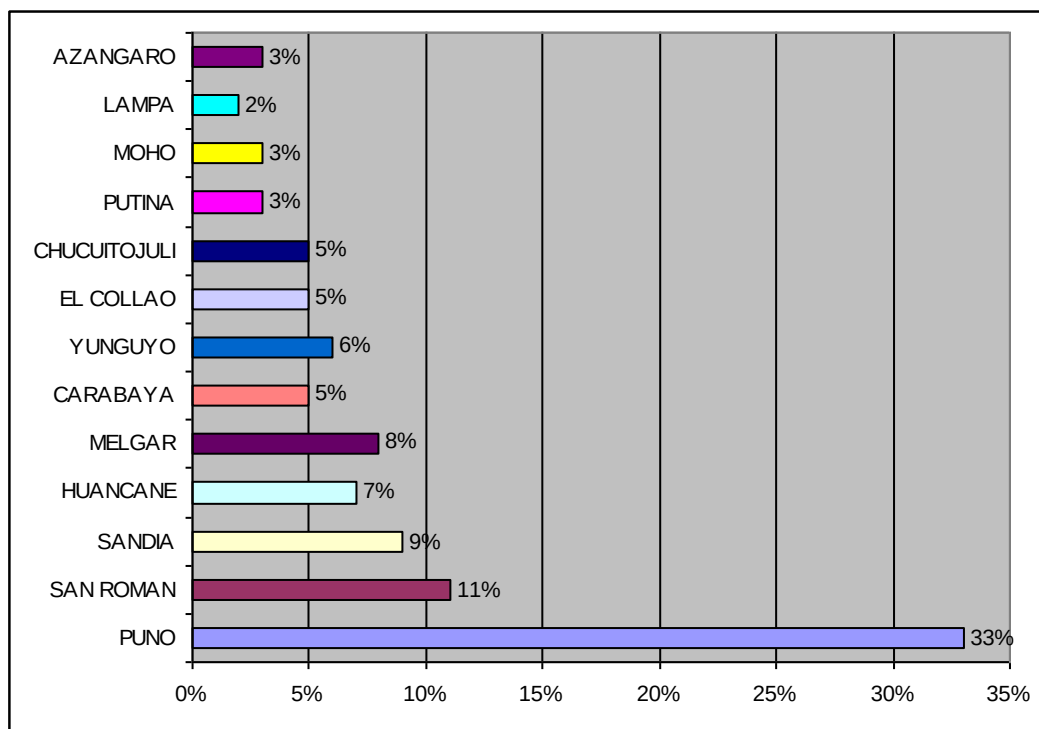
DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL DEPARTAMENTO DE PUNO SEGÚN PROVINCIAS

PROVINCIAS	2003	%	2004	%	2005	%	TOTAL	%
PUNO	70	33	61	31	39	35	170	33
SAN ROMAN	24	11	22	12	11	10	57	11
SANDIA	16	7	14	7	14	13	44	9
HUANCANE	14	6	17	9	7	7	38	7
MELGAR	12	5	20	11	9	8	41	8
CARABAYA	9	4	9	5	7	7	25	5
YUNGUYO	16	7	7	4	6	6	29	6
EL COLLAO	10	5	9	5	4	4	23	5
CHUCUITOJULI	8	4	12	6	4	4	24	5
PUTINA	7	3	9	5	1	1	17	3
MOHO	16	7	3	2	1	1	20	3
LAMPA	7	3	4	2	2	2	13	2
AZANGARO	10	5	2	1	2	2	14	3
TOTAL	219	100	189	100	107	100	515	100

Fuente : Elaboración propia, en base a informes oficiales emitidos por las Fiscalías Provinciales del Distrito Judicial de Puno

GRÁFICO N° 12

DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL SEGÚN PROVINCIAS



INTERPRETACIÓN.

Entre el año 2003 y el año 2005, en la provincia de Puno se han presentado más denuncias, siendo su promedio en los tres de años de 33 % del total de casos, seguida por la Provincia de San Román con 11 %, siendo las provincias con menos casos las de Lampa con un 2 % y las de Azángaro, Mocho y Putina con 3 %.

La provincia de Puno pese a ser la segunda en Población supera largamente a la Provincia de San Román, lo que tendría su explicación en la cantidad de población rural que existe en la Provincia de Puno, la misma que cuenta con 14 distritos rurales, mientras que San Román sólo tiene dos distritos.

Azángaro resulta un caso por demás interesante, debido a que las cifras no parecen concordar con su alta población, no debiendo descartarse una deficiente elaboración de informes del personal de la Fiscalía o una carencia de registro de datos.

En las provincias de Moho, Lampa y Putina, existe coherencia en cuanto a la cantidad de denuncias, debido a su escasa población, así como a su débil actividad económica que ha contribuido a que los pobladores pasen la mayor parte del año trabajando en otros lugares.

4. ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A LOS MAGISTRADOS, ABOGADOS Y LITIGANTES SOBRE LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA (PARA LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 3).

4.1. IMPACTO DE LA LEGISLACION ACTUAL EN LOS OPERADORES JURÍDICOS (MAGISTRADOS Y FISCALES), ABOGADOS Y LITIGANTES.

Mediante la aplicación de encuestas con preguntas guías se ha obtenido los siguientes resultados.

Tamaño de muestra:

- 30 magistrados del Distrito Judicial de Puno.
- 60 Abogados del Distrito Judicial de Puno.
- 60 Litigantes del Distrito Judicial de Puno.

CUADRO N° 13

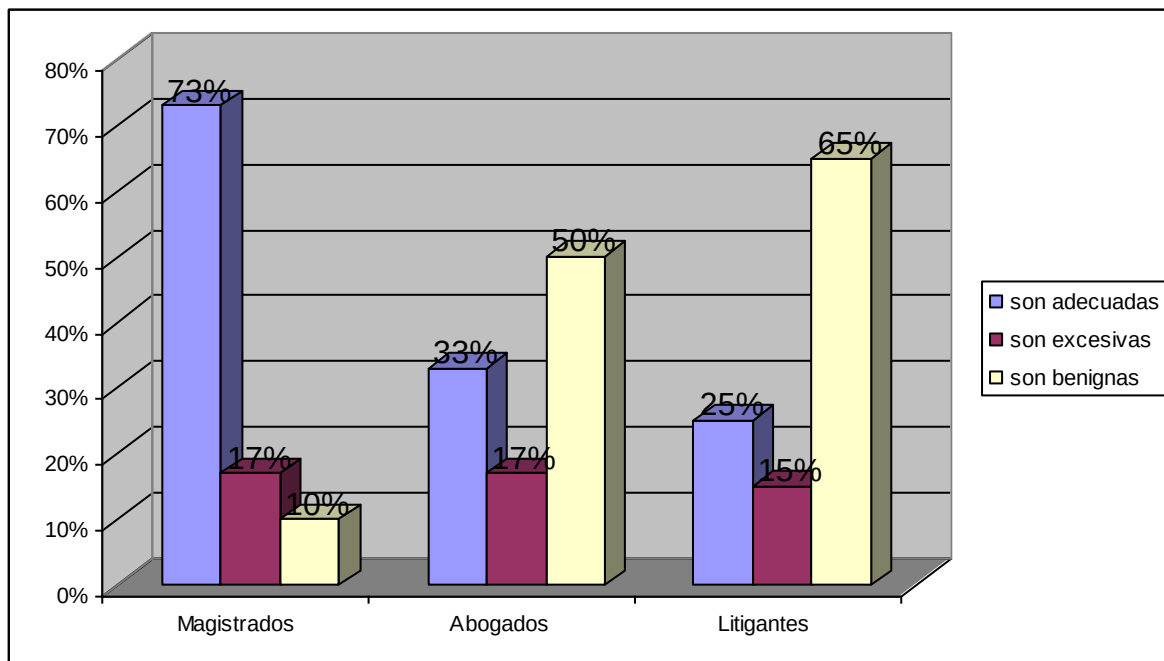
Resultados a la pregunta: ¿EN QUE MEDIDA CONSIDERA QUE LAS PENAS SON ADECUADAS?.

RESPUESTAS	MAGISTRADOS		ABOGADOS		LITIGANTES		TOTAL	
	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%
Son adecuadas.	22	73%	20	33%	15	25%	57	38%
Son excesivas.	05	17%	10	17%	06	15%	21	14%
Son benignas.	03	10%	30	50%	39	65%	72	48%
TOTAL	30	100%	60	100%	60	100%	150	100%

Fuente : Encuesta aplicada a Magistrados, Abogados y Litigantes, del 01 al 30 de mayo del año 2005.

GRÁFICO N° 13

CONSIDERACIÓN DE LAS PENAS



INTERPRETACIÓN.

De estos resultados se advierte que la mayoría de los magistrados se encuentran en términos generales conformes con la actual legislación que regula el delito de violación sexual 73 % considera que las penas son adecuadas, considerando que éstas incluyen la cadena perpetua.

En relación a las penas un 33 % de abogados, considera que son adecuadas, un 17 % considera que son excesivas, mientras que un 50 % considera que son benignas. Al respecto cabe indicar que al ser de tipo entrevista las encuestas, se ha interrogado a que tipo de penas debe imponerse, manifestando los encuestados que deben ser hasta la pena de muerte considerando que ya se ha establecido la pena de cadena perpetua.

CUADRO N° 14

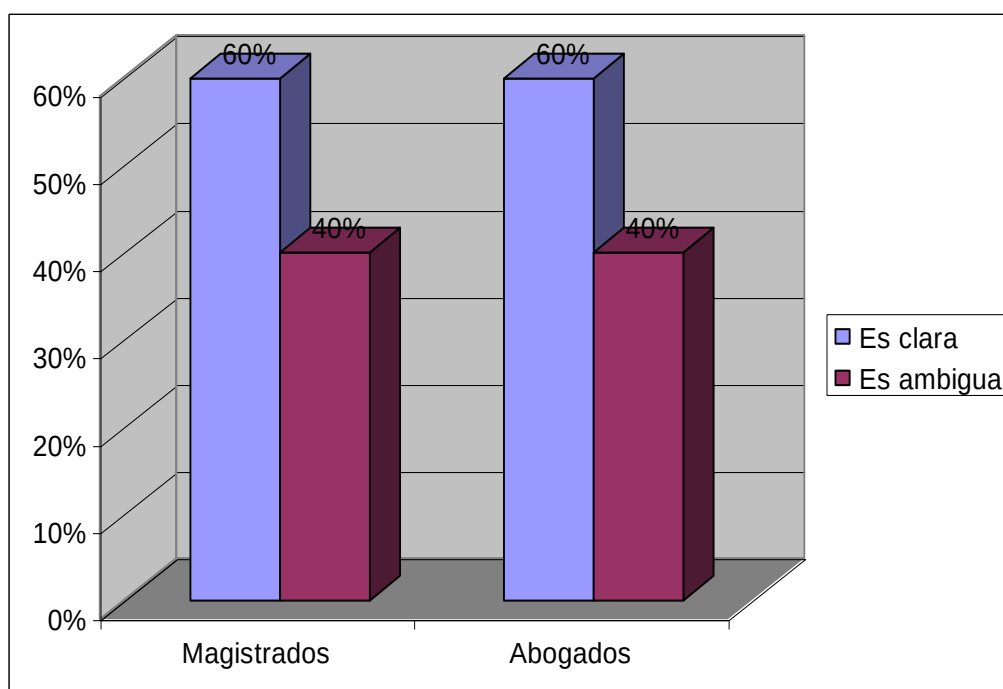
Resultados a la pregunta: ¿CONSIDERA QUE LA TIPIFICACIÓN ES CLARA?.

RESPUESTAS	MAGISTRADOS		ABOGADOS		TOTAL	
	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%
Es Clara.	18	60%	26	60%	44	49%
Es Ambigua.	12	40%	34	40%	46	51%
TOTAL	30	100%	60	100%	90	100%

Fuente : Encuesta aplicada a Magistrados, Abogados y Litigantes, del 01 al 30 de mayo del año 2005.

GRÁFICO N° 14

CONSIDERACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN



INTERPRETACIÓN.

La opinión de los Magistrados nos indica que un **60 %** de los magistrados considera que la **redacción es clara**, mientras que un **40 % considera que es ambigua**, por cuanto se confunde con actos contra el pudor.

Respecto a la opinión de los abogados sobre la tipificación un sector importante **considera que esta es clara (60 %)**, mientras que un **no menos importante 40 % considera que es ambigua**, precisándose que en varios casos algunos procesos han sido declarados nulos por una inadecuada tipificación.

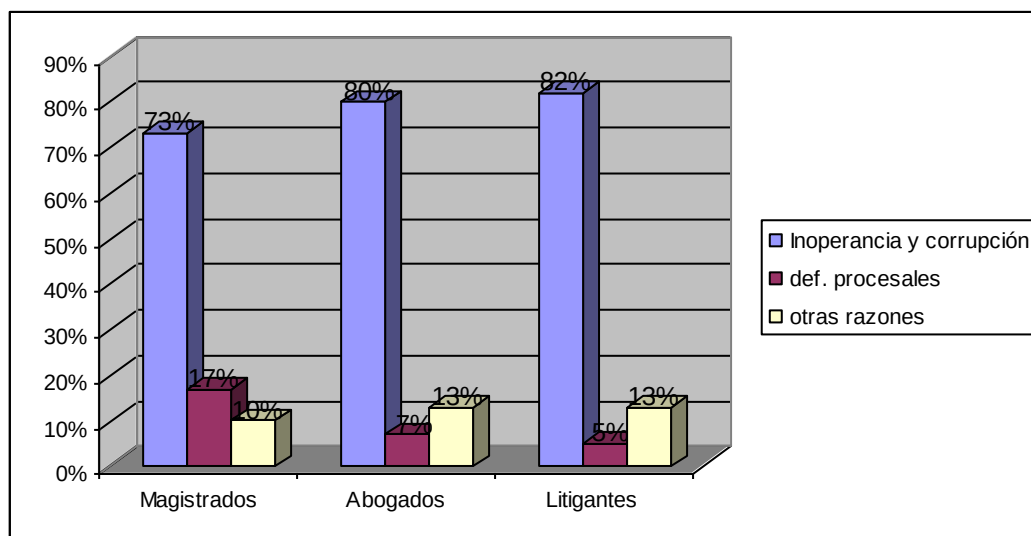
CUADRO N° 15

Resultados a la pregunta: ¿LA RAZON PRINCIPAL DEL RETARDO EN LOS PROCESOS ES:?.

RESPUESTAS	MAGISTRADOS		ABOGADOS		LITIGANTES		TOTAL	
	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%
• La inoperancia del sistema judicial y la corrupción.	22	73%	48	80%	49	82%	119	79%
• Las deficiencias procesales y la investigación policial.	05	17%	04	07%	03	05%	12	08%
	03	10%	08	13%	08	13%	19	13%
• Otras razones.								
TOTAL	30	100%	60	100%	60	100%	150	100%

Fuente : Encuesta aplicada a Magistrados, Abogados y Litigantes, del 01 al 30 de mayo del año 2005.

GRÁFICO N° 15



INTERPRETACIÓN.

La justificación que encuentran los magistrados para **el incumplimiento de los plazos procesales en un 73 % es el de la carga procesal que resulta ser excesiva**, anotando que el retardo se presenta casi en un 100 % de las causas, un significativo **17 % considera que el retraso se debe al incumplimiento de diligencias**, y las deficiencias de la investigación policial.

Algo preocupante implica la opinión de los abogados respecto a las razones a que se atribuyen el retardo de los procesos, siendo los mas importantes en 80 % la inoperancia del Sistema judicial y la corrupción, por cuanto los abogados consideran que los retrasos no se deben a deficiencias de personal o administrativa, sino que fundamentalmente se debe al trabajo de los operadores de justicia y los auxiliares, resulta contundente la percepción del tema de la corrupción, los valores respecto a la carga procesal solo es de 7 %, y un 10 % atribuye el retardo a otras razones.

En cuanto a los ciudadanos, la percepción general es una mayoritaria y contundente desconfianza en el Sistema Judicial, por cuanto un 82 % afirma que la razón del retardo de los procesos en **un 82 % es la de la corrupción**

y la inoperancia del sistema, concordante con el 85 % que considera que las normas penales no contribuyen a prevenir y sancionar el delito, es decir, no funciona siendo el ánimo de la población inclusive de rechazo al sistema, lo que podría explicar el fortalecimiento de los sistemas propios de administración de justicia muy enraizados en el sector rural (justicia comunal) o simplemente la razón por la que no se denuncian los casos, por cuanto la esperanza de alcanzar justicia es casi nula.

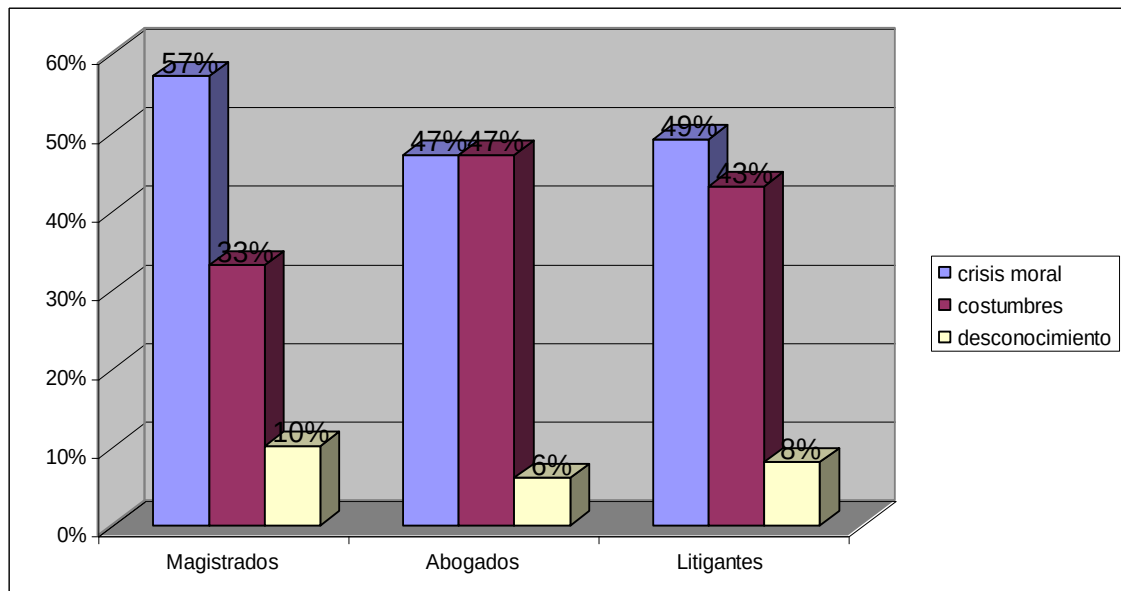
En general la desconfianza no sólo da con relación a este delito sino que se refleja al sistema en sí, dentro del rechazo se incluye la actuación de los jueces, fiscales y policía nacional.

CUADRO N° 16

Resultados a la pregunta: ¿LOS FACTORES QUE INFLUYEN EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD SON:?.

RESPUESTAS	MAGISTRADOS		ABOGADOS		LITIGANTES		TOTAL	
	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%
• La crisis moral.	17	57%	28	47%	29	49%	74	49%
• Las costumbres en las zonas rurales.	10	33%	28	47%	26	43%	64	43%
• El desconocimiento y el carácter genérico de las normas.	03	10%	04	06%	05	08%	12	08%
TOTAL	30	100%	60	100%	60	100%	150	100%

Fuente : Encuesta aplicada a Magistrados, Abogados y Litigantes, del 01 al 30 de mayo del año 2005.

GRÁFICO N° 16**FACTORES QUE INFLUYEN EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS****INTERPRETACIÓN.**

Respecto a los factores que influyen en la comisión de este delito la mayoría de magistrados, 57 %, *considera que se debe a la crisis moral* que afronta nuestra sociedad, destacando en segundo orden los factores de *la costumbre* 33 %, o *el desconocimiento de las normas* 10 %, los factores preponderantes, estableciendo que por la naturaleza del delito, los factores culturales o educativos no justifica de ninguna manera la comisión de tan grave delito. Sin embargo esto no se refleja en la manera de aplicar la ley, por cuanto al determinar la culpabilidad del procesado en ninguno de los caso se ha tomado en cuenta, solo al momento de fijar las penas.

Esto contradice algunos aspectos culturales de la zona debido a que efectuadas las entrevistas con procesados y sentenciados lo real es que la costumbre existe, siendo en las zonas rurales aceptado tener relaciones con menores de 14 años, contradicción entre costumbre y derecho formal.

La opinión de los abogados respecto a los factores que influyen en la comisión del delito, tenemos que en primer orden figuran los de la crisis moral y la costumbre con un 47 %, siendo importante resaltar que las

opiniones vertidas por los profesionales del derecho están vinculados a su experiencia laboral, lo que permite entender tales formas de pensar.

Un aspecto importante es la sensación de la población de que una pena ejemplarizadora podría contribuir a disminuir la comisión de los delitos, considerando **en 65 % que las penas son benignas**, planteando que se imponga la pena de muerte, algo que se practica ancestralmente en la zona andina, no es raro que en los últimos años se han producido linchamientos por delitos inclusive menos graves, donde la población encolerizada y temerosa que el sistema judicial no los sancione ha preferido tomar la justicia en sus manos.

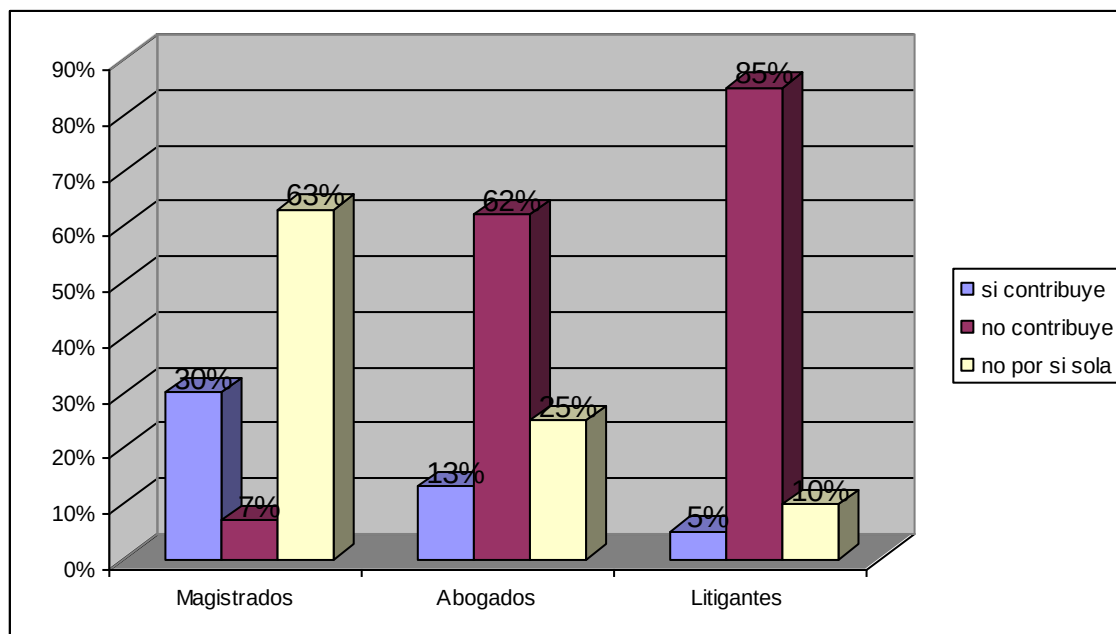
CUADRO N° 17

Resultados a la pregunta: ¿CONSIDERA QUE LA NORMATIVIDAD PENAL ACTUAL CONTRIBUYE A PREVENIR Y SOLUCIONAR LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES?.

RESPUESTAS	MAGISTRADOS		ABOGADOS		LITIGANTES		TOTAL	
	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%	Fr.	%
• Si contribuye.	09	30%	08	13%	03	05%	20	13%
• No contribuye.	02	07%	37	62%	51	85%	90	60%
• No por si sola debe complementarse con otras medidas.	19	63%	15	25%	06	10%	40	27%
TOTAL	30	100%	60	100%	60	100%	150	100%

Fuente : Encuesta aplicada a Magistrados, Abogados y Litigantes, del 01 al 30 de mayo del año 2005.

GRÁFICO N° 17
**LA NORMATIVIDAD CONTRIBUYE A PREVENIR Y SANCIONAR EL
DELITO**



Por último interrogados sobre *la eficacia de las normas en la prevención y sanción del delito de violación sexual de menor de edad*, donde un 63 % de *Magistrados* considera que *por sí sola no basta*, sino que debe complementarse con otras medidas, mencionando la educación y actividades de prevención, así como la solución del problema de la carga procesal. Así mismo un 30 % considera que *por la forma en que se sanciona y la tipificación resulta adecuada* como mecanismo de prevención y sanción, frente a un 7 % que *considera que no contribuye o cumple con su finalidad*.

Con respecto a los abogados en ejercicio, las opiniones varían sustancialmente por cuanto respecto a la eficacia de las normas solo un 13% considera que *estas contribuyen a prevenir y sancionar el delito de violación sexual de menores*, mientras que un importante 62 %, siendo su percepción de la normas mas escéptica, de otro lado un 25 % , cree que debe complementarse con otras medidas, como la prevención y la educación.

5. IDENTIFICACIÓN DE LAS RELACIONES DE IDENTIDAD, SIMILITUD Y DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS EXTRANJEROS Y SISTEMA

NACIONAL SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD EN DERECHO COMPARADO (CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 4)

Es preciso mencionar que respecto al Perú existen notables y serias diferencias (y deficiencias) en las legislaciones extranjeras en cuanto al tratamiento legal que se le da al delito de violación sexual de menores, por lo que se ha seleccionado las legislaciones de ARGENTINA, ESPAÑA, BOLIVIA, COLOMBIA, COSTA RICA, CUBA, ECUADOR, EL SALVADOR, PARAGUAY, VENEZUELA Y CHILE para hacer notar las diferencias, precisando sin embargo que esto está en constante evolución.

Como cuestión previa es conveniente hacer una breve referencia de las concepciones del delito de violación sexual en la historia.

5.1. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL DERECHO DESDE CUANDO SE LEGISLA LA VIOLACIÓN SEXUAL EN GENERAL Y LA VIOLACIÓN DE MENORES.

En la historia no existen distinciones respecto a la condena de la violación sexual de menores, o que esta fuese distinta a la de las personas mayores, presentamos algunas muestras de la evolución legislativa de este delito, tomando en cuenta que existen mas antecedentes del tipo base.

BABILONIA

El código de Hammurabi mencionaba que la mujer no tenía independencia, o bien la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente casada. De acuerdo con este código un hombre que violaba a una virgen prometida debe ser cogido y ajusticiado, pero a la joven víctima se le consideraba inocente. Hammurabi decretó que un hombre que conocía a su hija (es decir que cometía incesto), era simplemente desterrado fuera de los muros de la ciudad. Una mujer casada que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante, sin tener en cuenta cómo se había desarrollado el incidente, el crimen era considerado adulterio y se

cogía y se arrojaba al río a ambos participantes. Es revelador que hubiera una posibilidad de apelación. Se permitía al marido en caso de desearlo éste, que sacara a su mujer del agua; el rey si así lo quería podía dejar libre a su súbdito.

ISRAEL

En la cultura Hebrea la mujer casada que era victimizada mediante la violación, era considerada culpable, adúltera e irrevocablemente profanada.

ROMA

En el Derecho Romano, la *Lex Julia* de vis pública imponía la pena de muerte para el responsable de la unión sexual violenta.

En el pueblo hebreo, dependiendo si la víctima era casada o soltera se le imponía la pena de muerte o multa al responsable.

EGIPTO

En Egipto se castraba a aquel que violare a alguna mujer.

En el Código de Manú se aplicaba la pena corporal en el caso de que la mujer no fuera de la misma clase social.

GRECIA

En Grecia el violador debía pagar una multa y estaba obligado a casarse con la víctima si así lo deseaba ella, de no ser así se le aplicaba la pena de muerte.

En la época de Teodorico existía un edicto por el cual debía casarse con la mujer atacada, además de otorgarle la mitad de sus bienes si era rico y noble.

CANÓNICO

En el Derecho Canónico sólo se consideró el *stuprum violentum*, en el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento, pero en mujer ya desflorada no se podía cometer el delito.

5.2. TRATAMIENTO LEGAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES EN EL DERECHO POSITIVO PERUANO Y EL DERECHO COMPARADO

5.2.1 LEGISLACION PERUANA (En la fecha de la tesis)

DESCRIPCIÓN LEGAL

Art. 173: *"El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años. será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:*

- 1.- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de veinte años ni mayor de veinticinco años*
- 2.- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años.*
- 3. - Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.*

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será respectivamente no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, no menor de veinte ni mayor de veinticinco años y no menor de quince ni mayor de veinte años para cada uno de los supuestos previstos en los incisos 1,2 y 3 del párrafo anterior."

5.3. ANÁLISIS COMPARADO CON OTRAS LEGISLACIONES

Se observa en este aspecto el de la fórmula legal, que solo la Legislación Penal Peruana le ha dedicado un artículo específico donde se ha consignado el tipo del delito de violación de menores, considerando las agravantes de edades y posición del autor respecto a la víctima, esto teniendo en cuenta que tanto en Argentina, como España, Bolivia y otros países (ver marco formal) no aparece un artículo preciso sobre el tema.

5.3.1 RESPECTO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

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

con los mayores.

Sin embargo, desde la triplicación las legislaciones extranjeras no han especificado este aspecto, por cuanto como es de verse se tienen distintas acepciones sobre el Delito y se ha consignado en el capítulo denominando el bien jurídico en forma diferente así tenemos, que en **Argentina** se consigna **Delitos Contra la Integridad Sexual**, en **España** se ha consignado el delito dentro del Título VII **delitos contra la libertad e indemnidad sexual**, siendo más precisa la denominación del bien jurídico que no se encuentra circunscrita a la libertad sexual sino que se incluye la indemnidad sexual, refiriéndose esto a los menores de edad, sin embargo es de resaltar que tampoco existe un artículo específico sobre este Delito. En el caso de **Bolivia** la redacción del artículo dedicado a la violación de menor es completamente deficiente siendo esta ubicada dentro del título XI Delitos contra la Libertad Sexual, no se hace mención a la indemnidad sexual, inclusive no se precisa la edad de la víctima, y solo se le ha dedicado un párrafo dentro del tipo base. En el caso **Chile** se le ha dedicado un inciso a modo de agravante dentro del artículo referido al de violación, estando dentro del título VII referido a crímenes y simples delitos contra el orden de la familias y contra la moralidad públicas. **Colombia** se ha redactado el Delito en el Título IV Delitos Contra La Libertad, Integridad y Formación Sexuales, precisando que la formación sexual se refiere al menor y denominando a la violación acceso carnal abusivo. En **Costa Rica** Se ha consignado el delito dentro del Título III Delitos Sexuales, Sección I Violación, Estupro, y Abuso Deshonesto, no existiendo mención expresa al delito de violación de menores.

En general se advierte que no existe concordancia en la redacción del tipo penal de violación de menores, por cuanto desde la ubicación en el Código existen notables diferencias, siendo al principal la ubicación del mismo dentro del tipo base siendo esta tan solo una agravante mas del delito de violación sexual, de otro lado la denominación del bien jurídico no es necesariamente uniforme por cuanto se ha consignado, con nombre como, Integridad Sexual, Desarrollo sexual, Indemnidad sexual y otros, lo que refleja diferentes posiciones sobre este punto, precisando que la redacción

peruana es mucho mas avanzada y sistemática.

5.3.2 RESPECTO A LA EDAD.

En la legislación comparada NO EXISTE criterio único para el caso de la edad, por cuanto como se aprecia de las redacciones que sirven para el presente análisis, solo el caso del Perú ha clasificado las edades imponiendo penas diferentes desde menos de siete años, menos de diez años y menos de catorce años.

En el derecho penal internacional saltan las diferencias por cuanto España, Argentina sancionan el delito cuando es menor de trece años de edad, países como Colombia (forma agravada) Costa Rica, Cuba, El Salvador, Venezuela y Chile lo hacen cuando la víctima tiene 12 años. De otro lado Perú, Ecuador sancionan el hecho que la víctima sea menor de catorce años, mientras que Bolivia y Paraguay no precisan la edad.

Notables diferencias que hacen ver que excepto el Perú en la mayoría de países no se hace diferencia respecto a la edad de la víctima, siendo solo referente el tope fijado por la ley.

La discusión más importante en torno a este delito se centra en el límite de edad, es decir, hasta qué edad debe protegerse el desarrollo sexual del menor.

La mayoría de las legislaciones, ha preferido fijar la edad del sujeto pasivo en lugar de correr el riesgo de dejar al Juez la facultad de apreciar, caso por caso, la capacidad de la persona ofendida.

5.3.3 RESPECTO A LA TIPICIDAD OBJETIVA

En todas las legislaciones el sujeto activo es cualquier persona, hombre o mujer. Sujeto pasivo es la persona (hombre o mujer) menor de edad, computada desde un punto de vista objetivo y no en base a la edad psíquica del sujeto. Se comprenden las relaciones heterosexuales y las homosexuales entre hombres. El comportamiento consiste en practicar el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años

En el tipo no entra en ningún momento en consideración el consentimiento del menor, pues éste carece de validez. Tampoco tiene trascendencia si el menor se dedica a la prostitución o si ha perdido la virginidad.

5.3.4 RESPECTO A LA TIPICIDAD SUBJETIVA

Se requiere necesariamente el dolo de realizar el acto sexual u otro análogo, Ninguna Legislación acepta la culpa.

Existe uniformidad en este aspecto en las legislaciones comparadas.

5.3.5 RESPECTO A LOS GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO: TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la penetración total o parcial del pene en la vagina o en el ano del menor. No hay inconveniente en admitir la tentativa. Se especifica en varias legislaciones denominaciones distintas, acceso carnal, también se considera consumado en las relaciones contra natura.

Es preciso indicar que, si se realiza el acto sexual, por ejemplo., con un niño de tres años, resulta imposible lograr la penetración, aunque sea parcial, del pene dada la desproporción de los órganos genitales; en estos casos, el delito se consumaría con el simple contacto de los órganos sexuales, hecho que en la práctica, indudablemente, generara graves problemas de prueba. Sobre este aspecto la legislación subjetiva comparada no hace mención expresa a estos casos.

5.3.6. RESPECTO A LAS AGRAVANTES

En este aspecto, excepto en el Perú cuya redacción mas sistemática y precisa hemos hecho notar, debemos referirnos a que en los casos **de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador**, se considera agravante LA MUERTE DE LA VÍCTIMA. De otro lado el VÍNCULO DE PARENTESCO, LA POSICIÓN DE GARANTE Y EL ABUSO DE CONFIANZA, es recogido por las legislaciones de **Argentina, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador y Chile**. Respecto a los GRAVES DAÑOS SUFRIDOS POR LA VÍCTIMA se considera ello en los países de **Bolivia, Ecuador**.

Es importante mencionar que legislaciones como **Bolivia y El Salvador** condenan con penas más severas la PLURALIDAD DE AGENTES.

Es de resaltar que solo en el caso de El Salvador se hace expresa mención

a la indemnización de la víctima.

5.3.7 RESPECTO A LA ACCIÓN PENAL

Resulta de especial interés, mencionar LAS DIFERENCIAS, que existen sobre este aspecto:

- PAISES EN CUYAS LEGISLACIONES SE ESTABLECE EXPRESAMENTE LA ACCIÓN PRIVADA, sin mencionar diferencias de edad, tenemos que en Venezuela, Cuba, solo procede la acción en forma privada (Querella, por iniciativa de los familiares o quienes tengan a su cargo a los menores.

Opcionalmente se reconoce ello en Chile,

En Argentina y España la acción penal es mixta, dejándose la opción a las autoridades solo a falta de familiares o tutores.

En los demás casos no se especifica, pero se entiende que esta a cargo de las autoridades competentes.

5.3.8. RESPECTO A LA PENA

En el Perú las penas en este delito van a depender de la edad del menor:

1 °.- De cero a menos de siete años, la sanción será pena privativa de libertad de veinte a veinticinco años. Si concurre una agravante se establecerá pena privativa de libertad de veinticinco a treinta años.

2°.- De siete a menos de diez años, la sanción será pena privativa de libertad de quince a veinte años. Si concurre una agravante se establecerá pena privativa de libertad de veinte a veinticinco años.

3°.- De diez a menos de catorce años, la sanción será pena privativa de libertad de diez a quince años. Si concurre una agravante se establecerá pena privativa de libertad de quince a veinte años.

En todo caso, si se produce la muerte o una lesión grave al menor y ésta fue previsible se establece la pena de cadena perpetua.

Si se procedió con crueldad se castigará el hecho con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años y en otras legislaciones en principio se observa penas menos severas, a excepción de Costa Rica donde se encuentra vigente la Pena de Muerte. Siendo el Perú

una de legislaciones donde la condena a este tipo de delitos es inclusive más severa que frente a otros (Por ejemplo la Vida) habiéndose enraizado un rechazo absolutamente firme a tal conducta.

CUADRO COMPARATIVO POR PAISES:

CUADRO N° 18

PAIS	FORMULA LEGAL	BIEN JURÍDICO / EDAD	PENA	AGRAVANTES	OTRO
ARGENTINA	Art. 120 ... Código Penal	Menor de 16 años	3 a 6 años de Pena Privativa de la Libertad	Muerte de la víctima Posición de dominio / garante del autor	No se precisa otras edades, la pena por la muerte de la víctima aumenta de 15 a 25 años
ESPAÑA	Art. 180 Inc. 3 Código Penal	Menor de 13 años de edad.	12 a quince años de Pena Privativa de Libertad	No existen, solo la condición del menor es agravante	Se condena con penas mas graves, la autoría y participación de familiares.
BOLIVIA	Art. 308 último párrafo del Código Penal.	No se precisa. " se menciona que la víctima no haya llegado a la edad de la pubertad"	De 10 a 20 años de Pena Privativa de la Libertad.	Muerte de la víctima. Grave daño en la víctima Vínculo del autor con la víctima. Pluralidad de autores	Las agravantes están en relación al tipo base.
COLOMBIA	Art. 208 y 211 inc. 4. Código Penal	a) Menor de 14 años de edad b) Menor de 12 años de edad.	a) De 4 a 8 años de Pena Privativa de Libertad b) Se agrega de una tercera a una mitad de la pena a las agravantes	La edad de 12 años es presentada como agravante. No se menciona otras	Las agravantes están en relación al tipo base.
COSTA RICA	Art. 156 inc. 1 del	Menor de 12 años de	De 10 a 16 años de Pena	Se considera: a) Vínculo del autor	

	Código Penal	edad.	Privativa de la Libertad. De 12 a 18 años para los casos agravados	con la víctima. b) Muerte de la víctima	
CUBA	Art. 298 inc. 3 numeral a) del Código Penal	Si la víctima es menor a 12 años de edad.	De 8 a 20 años de Pena Privativa de la Libertad o Pena de Muerte.	Posición de garante, familiar, u otro del autor respecto a la víctima.	La acción Penal no siempre es pública.
ECUADOR	Art. 512 inc. 1 Código Penal	Menor de 14 años de edad	De 8 a 12 años de Pena Privativa de la Libertad. Se agravan Penas en las agravantes	a) Graves daños a la víctima. b) La muerte de la misma. c) Posición de garante, vínculo familiar u otro del autor.	Las agravantes se encuentran vinculadas al Tipo Base de Violación Sexual.
EL SALVADOR	Art. 159 Código Penal	Menor de 12 años de edad.	De 10 a 14 años de Penal Privativa de Libertad.	a) Vínculo familiar del autor. b) Posición de garante c) Abuso de confianza. d) Pluralidad de autores e) Por los medios	Se incluye dentro de las sanciones indemnizaciones reparatorias.
PARAGUAY	Art. 128 Código Penal	No se precisa, solo se menciona "cuando la víctima haya sido un menor"	De 3 a 15 años de edad.		
VENEZUELA	Art. 375 Código Penal	Menor de 12 años de edad.	De 5 a 10 años de Penal Privativa de la libertad.		Las agravantes son las mismas del Tipo base.
CHILE	Art. 361 inc. 3 del Código Penal	Menor de 12 años cumplidos	Presidio Mayor en grado medio a máximo.	Posición de autor respecto a la víctima (garante, abuso de confianza)	Las agravantes están en relación al tipo base.

Fuente: Elaboración Propia.

VARIABLE DEPENDIENTE: PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD.**6. DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA EN QUE LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA CONTRIBUYE A PREVENIR Y SANCIONAR LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN AGRAVIO DE MENORES (CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL)****6.1. ANÁLISIS GENERAL DE LOS CASOS DE DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD.**

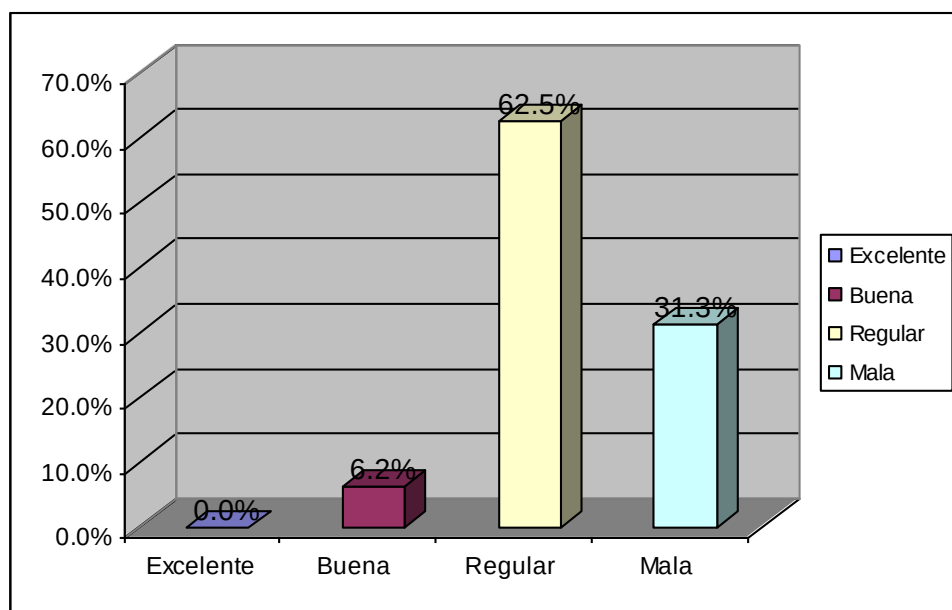
Se ha realizado un análisis crítico general de los 64 casos donde dimos un valor cualitativo ordinal a las sentencias y la forma como se ha desarrollado el proceso, el mismo que lo hemos calificado de la siguiente manera:

- ❖ Excelente forma de llevar el caso y justa sentencia.
- ❖ Buena forma de llevar el caso y justa sentencia.
- ❖ Regular forma de llevar el caso y regular sentencia.
- ❖ Mala forma de llevar el caso e injusta sentencia.

CUADRO N° 19**CRITERIO DE CALIFICACIÓN DEL ANÁLISIS DE LOS CASOS**

CALIFICACIÓN DE LOS CASOS	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL
Excelente forma de llevar el caso y justa sentencia	0	0.0%
Buena forma de llevar el caso y justa sentencia	4	6.2%
Regular forma de llevar el caso y regular sentencia	40	62.5%
Mala forma de llevar el caso e injusta sentencia	20	31.3%
TOTAL	64	100.0%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 19


INTERPRETACIÓN.

De acuerdo al cuadro y gráfico N° 20 podemos decir que del análisis general el 62.5% (40) de los Casos tienen una regular forma de llevar el caso y la sentencia aplicada también es regular, seguidamente podemos observar un 31.3% (20) de los casos no se llevaron en forma normal y tienen una mala sentencia, luego tenemos sólo un 6.2% (4) casos que si se llevaron de manera adecuada y tienen una justa sentencia.

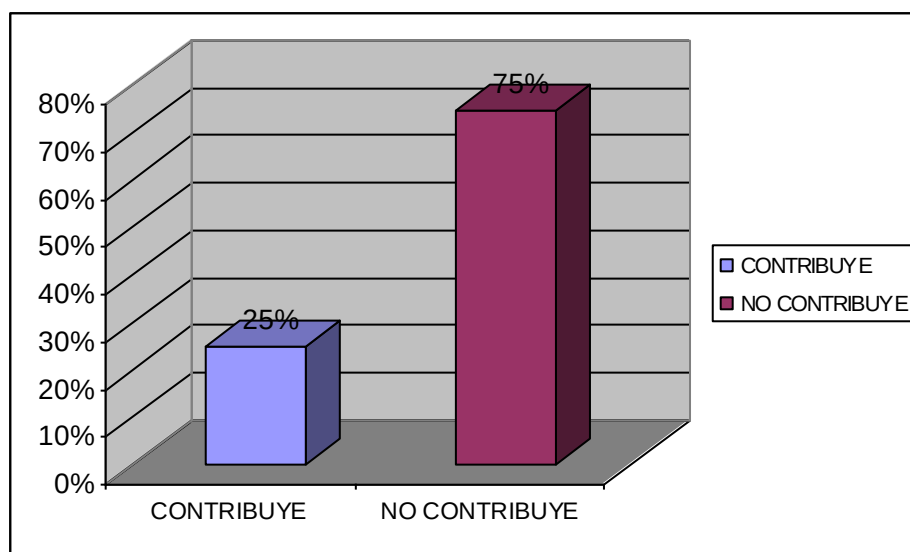
6.2. GRADO DE CONTRIBUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA:

CUADRO N° 20

GRADO DE CONTRIBUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD

GRADO DE CONTRIBUCIÓN	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA PORCENTUAL
CONTRIBUYE	16	25.0%
NO CONTRIBUYE	48	75.0%
TOTAL	64	100.0%

Fuente: Elaboración Propia en base a la Revisión de 64 EXPEDIENTES de La Sala Superior Penal de Puno y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Puno.

GRÁFICO N° 20**INTERPRETACIÓN.**

De acuerdo al cuadro y gráfico N° 21 podemos decir que del análisis general hemos podido concluir que en el 75% de los casos la normatividad penal peruana no ha contribuido a prevenir y sancionar la comisión del delito de violación sexual en agravio de menores de edad, y sólo un 25% de los casos la normatividad penal peruana si ha contribuido a la prevención y sentencia.

6.2.1 PRUEBA DE HIPÓTESIS ESTADÍSTICA

Se realiza una prueba de hipótesis entre el análisis general realizado por los ejecutores del trabajo de investigación sobre la contribución de la normatividad Penal peruana donde se considera indicadores de la variable independiente: Uso del criterio adecuado, aplicabilidad y el análisis de las sentencias con la variante, análisis de los casos de violación en agravio de menores de edad considerando los indicadores de prevención y sanción del delito, cuyos resultados son presentados en los cuadros N° 19 y N° 20, haciendo uso de la prueba estadística Chi-Cuadrado, por ser los datos cualitativos y asumiendo un nivel de confianza del 95%.

Teniendo en cuenta los siguientes pasos:

1. **Prueba de Hipótesis:**

Ho : La normatividad penal peruana CONTRIBUYE a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.

Ha : La normatividad penal Peruana NO CONTRIBUYE a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.

2. **Nivel de Significancia:**

El nivel de significancia o error que elegimos es del 5% que es igual a $\alpha = 0.05$

3. **Prueba estadística a usar:** desde que los datos son cualitativos, usamos la distribución chi - cuadrado, que tiene la siguiente formula:

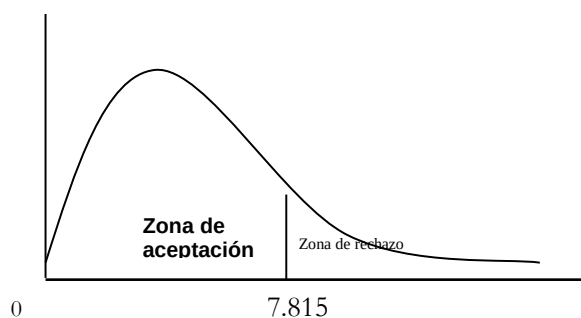
$$\chi_c^2 = \sum_{i=1}^c \sum_{j=1}^f \frac{(O_{ij} - E_{ij})^2}{E_{ij}}$$

Región aceptación y rechazo:

Hallamos el valor de la $\chi^2_{tablas} = \chi^2_{(h-1)(K-1)} = \chi^2_3 = 7.815$

Región de aceptación: si $\chi^2_{calculada} \leq 7.815$

Región de aceptación: si $\chi^2_{calculada} > 7.815$



4. **Cálculo de la prueba estadística:**

Cuadro de Frecuencias observadas

Prueba de Pre test	Contribuye	No Contribuye	Total
Excelente	0	0	0
Bueno	4	0	4
Regular	06	34	40
Malo	06	14	20
TOTAL	16	48	64

Cuadro de Frecuencias esperadas

Prueba de Pre test	Contribuye	No Contribuye	Total
Excelente	0	0	0
Bueno	1	3	4
Regular	10	30	40
Malo	5	15	20
TOTAL	16	48	64

Usando la fórmula calculamos los resultados teniendo:

$$\chi^2_{\text{calculada}} = 14.4$$

- Decisión:** Desde que $\chi^2_{\text{calculada}} = 14.4$ que pertenece a la región de rechazo, podemos concluir que la normatividad Penal peruana NO CONTRIBUYE a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.

De acuerdo a lo planteado en la hipótesis general se ha demostrado que dado que el código penal vigente, sólo previene y sanciona la comisión del delito contra la libertad sexual en agravio de menores en grado mediano, se desprotege y vulnera el bien jurídico de la libertad sexual, la indemnidad, la vida a que tiene derecho toda persona humana protegido por la constitución política del estado, por cuanto si

bien es cierto las normas penales subjetivas tienen penas altas, se ha dejado un excesivo margen al criterio de conciencia y subjetividad de los juzgadores, que en la mayoría de casos absuelven a los procesados por este delito o les imponen penas bajas, basados en deficiencias procesales o aspectos subjetivos, no aplicando los criterios de la imputación objetiva, ni de proporcionalidad de la pena

Existe un conflicto y desencuentro entre la realidad y la ley penal, que se ha regulado en una sociedad con costumbres diferentes, carencias de medio de aplicación de la ley, normas jurídicas aplicables a la realidad socio - jurídica y no se valora adecuada ni uniforme las pruebas en el proceso, las víctimas y familiares no denuncian los hechos y de manera significativa resuelven sus conflictos mediante sistemas tradicionales de justicia.

La pena proporcional al autor del delito de violación sexual en agravio de menores debe ser mayor a las que vienen imponiendo en la actualidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA : La presente investigación ha cumplido con los objetivos general y específicos, por cuanto se ha establecido el número de casos de violación sexual de menores de catorce años en la región Puno, en el periodo 2003 al 2005, determinando si la legislación penal vigente contribuye o no a prevenir y sancionar la comisión de este delito mediante el estudio de la etiología del delito, las edades fluctuantes de los sujetos activos y pasivos, si la redacción actual del Art. 173 del código penal contribuye a reducir la criminalidad de violación sexual de menores, así como se ha identificado las relaciones de la legislación nacional con las normas extranjeras.

Empero ha permitido detectar objetivamente las dificultades y deficiencias de la norma penal, presentar iniciativas de solución y determinar acciones que desplieguen los poderes del Estado, los operadores de Justicia, evitar conductas lesivas a la dignidad de los menores, administrando una justicia rápida y efectiva.

SEGUNDA: La legislación actual, respecto al delito de violación sexual de menores, en el periodo 2003 al 2005, no ha contribuido en gran medida a prevenir y sancionar la comisión de este delito, debido a factores relacionados a su aplicación, desconfianza en el sistema por parte de las víctimas, preferencia de sistemas tradicionales de justicia, la escasa presencia del estado, y deficiente aplicación de las normas, lo que se expresa en la expedición mayoritaria de sentencias absolutorias e imposición de penas bajas en el caso de sentencias condenatorias.

TERCERA : En la imposición de las penas durante el periodo 2003 al 2005, los magistrados no observaron los criterios de imputación objetiva, por cuanto estas se basan fundamentalmente en las condiciones de autor, lo que ha permitido que se impongan penas benignas inclusive por debajo del mínimo legal habiendo desprotegido el bien jurídico referido a la indemnidad sexual. Estas penas no guardan proporción con el valor del bien

jurídico que recoge nuestra legislación y esta enraizado en la población por cuanto la condena moral es alta y dentro del marco legal existen penas severas las cuales no se aplican, lo que genera rechazo en los justiciables. En general puede afirmarse que la imposición de penas mayores contribuirá a prevenir y sancionar el delito materia de investigación, teniendo como resultado la disminución de estos delitos.

CUARTA : Los magistrados encargados del juzgamiento de los procesados por el delito de Violación Sexual de Menores, tienen posiciones contradictorias respecto del valor que se le da a la referencial del sujeto pasivo del delito, la jurisprudencia y la doctrina no es utilizada, y en gran medida se recurren a criterios subjetivos mas que objetivos al momento de decidir la culpabilidad o no del acusado, primando en gran parte de los casos la falta de valoración de la referencial de la menor, sumado a ello los casos de desistimiento o variación de versiones de la víctima, lo que trae como consecuencia la absolución de los procesados, siendo así el problema de la prueba en estos delitos.

QUINTA : La mayoría de casos de violación sexual de menores se presentan en las zonas rurales de nuestra región, en mayor medida en la zona aymara que en la zona quechua, incidiendo los factores de la crisis moral, la costumbre y en menor medida el desconocimiento de las normas, además de los factores propios referidos al contexto social y económico. Contribuye a ello que por razones de lejanía, cultura y costumbre, varios grupos sociales y étnicos no se han integrado al sistema de justicia, por lo que no denuncian los casos, son víctimas de retardo procesal, no alcanzan la justicia deseada, en general existe desconfianza en el sistema.

SEXTA: La legislación penal peruana con respecto al delito de violación sexual de menores, tiene una redacción sistemática superior a las legislaciones de los países de Latinoamérica, y España, contempla además penas más severas, mayores agravantes, por cuanto el reproche penal es mayor y existe una mayor valoración del bien jurídico indemnidad sexual.

SETIMA. Los mayores casos de violación sexual, se presentan en menores de 14 y mayores de 10 años, debido a su mayor desarrollo físico, mayor exposición, y la no existencia de parámetro de edad fijos en la costumbre de la zona rural de la región Puno, donde se condena gravemente este delito, pero también se acepta el matrimonio o uniones de hecho de menores de edad.

OCTAVA: De acuerdo al perfil del delincuente violador, éstos en gran parte son primarios, habiendo contribuido en gran medida la cercanía con la víctimas, debidos a vínculos de parentesco, relación de subordinación, aprovechamiento de confianza y la sobre exposición de las agraviadas.

NOVENA: En general el Ministerio Público ha formalizado la mayoría de denuncias por el delito de violación sexual de menores, durante el proceso judicial se ha retardado el proceso, incumplido diligencias, lo que trae como consecuencia sentencias absolutorias y penas por debajo del mínimo legal; habiendo sido las agraviadas víctimas del delito y además privados del derecho a alcanzar justicia, por razones procesales o una incorrecta aplicación de las normas, lo que genera desconfianza en el sistema y la doble victimización de los sujetos pasivos.

DÉCIMA. Existen dificultades y deficiencias en la aplicación de las normas penales, en la que falta un marco legal centrado a la política de prevención para evitar la proliferación de abusos sexuales en agravio de menores de edad, por lo que la implementación de mecanismos legales que establezcan ciertos criterios de valoración de pruebas, cumplimiento de plazos procesales, interpretación de normas, permitirá proporcionar las penas de manera que se alcance el ideal de justicia establecido en la Ley mediante la aplicación de penas más severas.

SUGERENCIAS

PRIMERA.- Los operadores de justicia deben evitar la doble victimización y la confrontación de la víctima con el agresor, teniendo en cuenta la primacía de los Derechos del menor; el Principio de Interés Superior del Niño y la Convención de los derechos del Niño que taxativamente lo prohíbe, sin tomar en cuenta las secuelas del delito en la víctima y desconociendo la referencial prestada ante el representante del Ministerio Público, que tiene la condición de defensor de la legalidad, manifestación que debe mantenerse hasta el final del proceso, toda vez que la victimización conlleva a casos de variaciones de versión por amenazas, disminución de emociones negativas por el transcurso del tiempo, intervención de familiares y otros, lo que en la práctica constituye un desistimiento recogido por los juzgadores para imponer penas benignas e incluso dictar sentencias absolutorias.

SEGUNDA.- Los operadores de justicia deben uniformizar los criterios de conciencia realizando operaciones mentales y lógicas relacionando el aspecto fáctico con las pruebas, la tipicidad y llegar a la convicción de la responsabilidad del procesado y aplicar una pena de acuerdo al principio de proporcionalidad sugiriendo la realización de plenos jurisdiccionales y junta de fiscales.

TERCERA.- Resulta conveniente proponer campañas de sensibilización por los diferentes medios de comunicación social en materia de Libertad Sexual para informar sobre cultura, derechos y abuso sexual de menores de edad, incidiendo en la concientización de la población, como la implementación a través del MINDES – Ministerio de la Mujer y de Desarrollo Social; DEMUNA – Defensoría de la mujer, del niño y el adolescente, de programas contra la Violencia Familiar y Sexual de Menores. Se debe promocionar diseño de políticas públicas para enfrentar, combatir, disminuir la violencia sexual de menores, que contribuya a mejorar la calidad de vida de la población, priorizando la Formación de una Mesa de Concertación interinstitucional para la persecución y detención del agresor del menor

víctima de Violación Sexual, para contribuir en la construcción de una sociedad sin violencia y cultura de paz, asimismo el Estado debe asumir el compromiso de apoyo emocional y psicológica a las víctimas, al menor agresor, para que éstas puedan superar sus traumas, lo cual en la actualidad es un tema cuyo tratamiento ha sido olvidado sobre todo para las víctimas del delito contra la Libertad Sexual.

CUARTA. El Ministerio Público, en coordinación con la Policía Nacional debe implementar un Plan Operativo Interinstitucional, y elaborar un proyecto: “El estado y la sociedad frente a la violencia, abuso, explotación sexual infantil”, con metas programadas y cronogramas establecidos, basándose en ejes estratégicos de promoción y prevención, atención y protección; y recuperación y reinserción social del menor víctima de violación sexual y el agresor. Iniciativa que contribuirá al desarrollo y fortalecimiento del Sistema Fiscal, Policía Nacional y Medicina Legal, en el proceso de Intervención e investigación de los casos de violencia, abuso y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.

QUINTA. Elaborar programas de contenido sobre el valor de la Familia impulsando el compromiso de los medios de comunicación social, sobre los derechos, protección, apoyo y promoción de la Familia, desde una perspectiva multidisciplinaria en prevención de los delitos de Violación sexual de Menores, para tal fin el Ministerio Público como defensor de la legalidad de los derechos ciudadanos y los intereses públicos tutelado por ley, debe implementar mecanismos y estrategias de prevención, como la “Formación de Fiscalfías Escolares” y promotores fiscales en distritos y villorios.

PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA

PRIMERA: Conforme se ha demostrado en la aplicación de la normatividad peruana en las sentencias absolutorias dictada por los operadores jurídicos a favor de los agresores, han sido por insuficiencia probatoria y en otros en el desistimiento de la víctima, por lo que se sugiere que la manifestación inicial de la menor en presencia del representante del Ministerio Público que tiene la condición de defensor de la legalidad, sea filmada a través de la implementación de cámaras Gessel, la misma que será utilizada en todo el proceso para evitar variaciones de versión por amenazas, intervención de familiares por el transcurso del tiempo, y otros.

SEGUNDA: Por otro lado durante el desarrollo de la presente investigación se ha establecido que en la mayoría de los procesos judiciales existe retardo en la administración de justicia, por cuando las sentencias se han expedido cuando los plazos han vencido en forma excesiva dos años a más, lo que ha obligado a las víctimas a abandonar las causas, por lo que se sugiere que el Estado implemente la vigencia del nuevo Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFIA

ACTUALIDAD JURIDICA

Gaceta Jurídica, Junio 2004.

ALCALE SÁNCHEZ, María,

“El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar”, Valencia; Tirant lo Blanch; 1999.

ALLPANCHIS;

“Estado y Campesinos de Puno”, Instituto de Pastoral Andina, 1991; Cusco Perú.

ALLPANCHIS;

“Para Pensar el Quinto Centenario”, Instituto de Pastoral Andina, volumen I 1990; Cusco Perú.

AMPUERO SALA, Adhara

“Sexualidad y Deseo”, Movimiento Manuela Ramos, 1999; Lima Perú.

ANTOLISEI, Francisco

“Manual di Diritto Penale”, Parte especial, 3era edición; Milano 1957.

ANUARIO DE DERECHO PENAL

“Derecho Penal y Discriminación de la mujer (Director: José Hurtado Pozo); Lima 2001.

ARENAS, Antonio Vicente

“Comentario al Código Penal Colombiano” Parte especial, Ed. Temis, Bogota 1983.

BACIGALUPO, Enrique

“Estudios sobre la parte Especial del Derecho Penal; Madrid; Akal; 2 ed: 1994.

BAJO FERNANDEZ, Miguel

“Manual de Derecho Penal (parte especial)

BENDA, Ernesto

“Dignidad Humana y Derechos de la personalidad; en manual de Derecho Constitucional (Dirigido por Conrado Hesel); Trad. De Antonio López Pina; Madrid; Marcial Pons – Instituto Vasco de Administración Publica; 1996.

BOIX REIG, Javier;

“El delito de Estupro Fraudulento”, Madrid 1979.

BRAMONT ARIAS-TORRES

“Manual del Derecho Penal”; Editorial

Luis Alberto – GARCIA CANTIZANO,
Maria del Carmen

San marcos, Lima 1998.

BRAMONT ARIAS-TORRES

“Manual del Derecho Penal Parte Especial”, 1994; Lima Perú.

Luis Alberto – GARCIA CANTIZANO,
Maria del Carmen

BUSTOS RAMIREZ;

“Manual de Derecho Penal (Parte Especial); Barcelona; Ariel; 2 ed. 1991.

CANCIO MELLA. Manuel

“En comentarios al Código Penal (dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo); Madrid; Civitas 1997.

CARO CORIA, Dino Carlos –

“Delitos contra la Libertad e

- SAN MARTIN CASTRO, César, Indemnidad Sexuales”; Editora Grijley, Lima 2000
- CASTILLO ALVA, José Luis “La Violación Sexual en el Derecho Penal Peruano”, Jurista Editores E. I. R. L.; 2001, Lima Perú.
- CEREZO MIR, José “Curso de Derecho Penal Español”; Madrid; Tecnos, 1998, 6 ed; T. II.
- CHIRINOS SOTO, Francisco “Código Penal” editorial Rodas; Lima 2004.
- CREUS; Carlos; “Derecho Penal (P.E.); Buenos Aires; Edit Astrea; 3 ed; T. I y II, 1990.
- CUELLO CALON, Eugenio; “Derecho Penal (Revista por José Camargo Hernández); Barcelona; Bosch; T. II Vol. I y II; 14 ed. Reimp 1980.
- DEL ROSAL-COBO-RODRIGUEZ M. “Derecho Penal Español (parte Especial); Delitos contra las personas; Madrid 1962.
- DERECHO Y CULTURA; “Co-partes tdth, Mesa de Aprendizaje Mutuo”, terre des hommes-Alemania. I edición 2003.
- DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel “La Autoría en Derecho Penal”, Barcelona; PPU; 1991.

- DIAZ-MOROTO Y VILLAREJO, Julio; “En compendio de Derecho Penal (Director, Miguel Bajo Fernández); Madrid, Ceura, 1998; vol II.
- DIEZ REPOLLES, José Luis; “El Derecho Penal ante el sexo;” Barcelona; Bosch, 1981.
- FABRINI MIRABETE, Julio; “Manual de Dereito Penal, Sao Paolo; Atlas, 8 ed. 1994.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel; “Jurisprudencia Penal, Ejecutorias Supremas y Superiores”; Jurista Editores E. I. R. L.: 2002, Lima Perú.
- GARCIA DEL RIO, Flavio, “Manual de Derecho Penal”; Ediciones Legales, Lima 2002.
- GARRIDO, Vicente; STANGELAND, “Principios de Criminología”; Tirant lo Per; REDONDO, Santiago Blanch, Valencia 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG; Enrique “Sobre algunos aspectos del delito de violación sexual en el Código Penal español; en estudios de Derecho Penal; Madrid; Tecnos; 3 edición. 1990.
- GONZALO RUS, Juan José “Los delitos contra la Libertad sexual en el Código Penal de 1995, en Cuadernos de Política Criminal; Madrid, 1996; N° 50.

- GRACIA MARTIN DEIZ Ripollés “Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales; Valencia; Tirant lo Blach; 1993.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente “Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos; Valencia; Tirant lo Blach, 1998.
- GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA “El Código Penal de 1870, Madrid; T. V; 1913.
- HURTADO POZO “La ley importada” Lima 1979.
- JAREÑO LEAL, Angeles “Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995.”, Valencia, Tirant lo Blach; 1997.
- LAJA ANAYA, Justo “Comentarios al Código Penal”, Buenos Aires, Desalma; Vol. II 1982.
- LANDA ARROYO, César “Divinidad de la Persona Humana; en lus et Veritas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima; año X, N° 21.
- MAGGIORE, Giuseppe; “Derecho Penal (Trat. De José Ortega Torres), Bogotá; Temis; 3 edición. T, IV; 1986.

- MANTOVANI, Ferrando “Derito Penale; (parte Especial); Delitti contro la Persona; Padova; cedam; 1998.
- MANZINI “Tratado de Derecho Procesal Penal, III”, Buenos Aires 1952.
- MARCELO TENGA, Adrian “Delitos sexuales”; editorial Astrea; Buenos Aires 2003.
- MARTINEZ ZÚÑIGA, Lisandro “Derecho Penal Sexual”; Bogotá; Temis; 2 Edición. 1977.
- MEZGER, Edmundo “Derecho Penal (Parte Especial) Tratado De Conrado Finzi), Buenos Aires; 1959.
- MONTAN PALESTRA, Carlos “Derecho Penal (P.E.)”, Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 15 edición 1998.; Tratado de Derecho Penal; Buenos Aires, Abeledo – Perrot; T IV; 1969.
- MONTERO AROCA Y OTROS “Derecho Jurisdiccional, II” Valencia 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; “Derecho Penal (Parte Especial); Valencia Tirant lo Blanch; 12 edición 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco “Teoría General del Delito”, Editorial Temis S.A., Bogota Colombia 2002.

MUÑOZ SANCHEZ, Juan

“Los delitos contra la integridad moral” Valencia, Tirant lo Blanch; 1999.

NEVES MUJICA, Javier

“Los trabajos prohibidos a las mujeres y el principio de igualdad ante la ley” Ius Et Veritas, 1995.

NOGUERA RAMOS

“La violación de la libertad sexual en el nuevo Código Penal” Lima 1992.

NUÑEZ, Ricardo

“Derecho Penal Argentino”; Buenos Aires; Bibliografía Ameba , T. IV; 1959.

ORTS BERENGUER, Enrique

“Delitos contra la libertad Sexual”; Valencia, Tirant lo Blanch; 1995.

PEÑA CABRERA, Raúl A.

“Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual”, Ediciones “Guerreros”; Lima 2002.

PORTILLO LOAYZA, Maricela

“Metodología de la investigación científica”.

ROQUE CLAROS, Elvis

Juan Gutemberg Editores; Lima 2003.

PRADO SALDARRIAGA,

“Política criminal peruana”, Lima 1985.

ANEXO 01

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- MARCO HISTÓRICO

1.1.- ACERCA DEL ABUSO Y LA VIOLENCIA SEXUAL

A pesar de que se ha dicho mucho acerca del abuso sexual y se ha discutido sobre castigos para los abusadores aún queda la sensación de que es necesario aclarar ideas sobre el tema y de manera especial, sobre la prevención. Es por ello que ensayaremos un punto de vista interdisciplinario sobre el tema. Siendo para ello conveniente despejar el exceso de información inadecuada para diferenciar lo real y exacto de lo falso, la exageración y el sensacionalismo.

Una de las falsas creencias sobre el abuso sexual y sobre otras manifestaciones chocantes de la sexualidad humana es que son recientes; es decir, que es en los últimos años o meses cuando «el mundo se ha vuelto loco» y han aparecido las más impresionantes expresiones sexuales, lo cual es irreal pues estas prácticas vienen desde los inicios de la humanidad y han estado presentes durante toda la historia.

También es falso que los abusadores sean sujetos extraños o marcadamente anormales, pues se ha encontrado que pueden ser de cualquier raza, edad, nivel socio económico o de instrucción; hallándose en común algunos factores de personalidad o historia familiar que mencionaremos más adelante.

Hasta hace poco existía la creencia de que el abuso y la violencia sexual eran poco frecuentes en los menores de edad, sin embargo se ha encontrado en estudios recientes que dos de cada tres adultos norteamericanos recuerda haber sido objeto de caricias o juegos de naturaleza sexual durante su infancia, tanto con niños de su propia edad, niños mayores o adultos.

En nuestro país es igualmente alta la tasa de frecuencia de adultos que al ser entrevistados manifiestan recordar el haber sido besuqueados o acariciados alrededor de la pubertad por amistades de su edad o por adultos cercanos; esta información por si sola puede llamar la atención, sin embargo, al ponerla en contexto encontramos que en algunas zonas de la región andina y de la amazonía dichas prácticas son consideradas como naturales expresiones de afecto y no se perciben como actos con contenido sexual como podría ocurrir en algunos sectores de la ciudad de Lima. Resulta importante entonces tener en cuenta que el contacto físico y las caricias son percibidas y valoradas de acuerdo al grupo social que las juzga, variando de acuerdo a la cultura y manera particular como vive y expresa el afecto y la sexualidad cada grupo humano.

1.2.- EN BUSCA DE LOS ORÍGENES

Si revisamos la evolución de la especie humana veremos que desde cuando el hombre era más una bestia que aquello que conocemos como humano, se daban la mayoría, sino todas, de las expresiones sexuales que hoy se ven. En la era paleolítica, en los tiempos de la manada humana, la ley de la supervivencia era el supremo mandato y tal vez el único criterio de orden o autoridad. Es por ello que la horda humana era controlada por un «macho dominante», quien era el más fuerte y feroz, el mejor cazador, el mejor proveedor de alimentos y guerrero en general. Este personaje era seguido por la manada ya que en gran parte la supervivencia dependía de él; este macho dominante era el primero en alimentarse, en escoger refugio, y por supuesto era el primero al escoger las hembras de su «harém», sin poner mucho reparo en la edad o el consentimiento de las escogidas.

En esos tiempos cada día realmente se luchaba por sobrevivir. El hombre primitivo se enfrentaba a las inclemencias del clima, a las fieras para las cuales él era presa y por último contra otros hombres primitivos. Eran tiempos en que los mecanismos de supervivencia trabajaban al máximo pues no sólo peligraba la existencia del individuo, sino la de todo el grupo, incluso, la continuidad de la especie misma. Para situaciones como esta la

naturaleza ha previsto un serie de mecanismos que buscan garantizar la supervivencia, estos principios se aplican a todos los seres vivos y vienen funcionando desde los inicios de la vida hasta hoy en día. Una parte de dichos mecanismos están vinculados a la sexualidad y prevé el incremento de la fecundidad e inicio temprano de la vida sexual de las hembras de una especie o grupo amenazado con la extinción; al escasear los alimentos y llegar con ello a cierto grado de desnutrición, así como al disminuir la población y ponerse en peligro la continuidad del grupo o especie.

Se ha encontrado que de manera complementaria a lo citado anteriormente se da una fuerte asociación entre la situación de excitación generalizada que rodea al escapar a la muerte tras una lucha o confrontación y la inmediata continuidad de un estado de furor sexual que impelería al apareamiento al sujeto sobreviviente como parte del mecanismo que busca garantizar la supervivencia del más fuerte, y con él, la de su prole y la especie.

Entonces tenemos que el hombre primitivo llevaba una vida gobernada por las necesidades viscerales más elementales, las mismas que por su naturaleza le resultaban impostergables. Estos mecanismos, por el valor que tenían para garantizar la continuidad de la vida quedaron como mandato genético o instintivo, transmitiéndose de generación en generación, durante cientos de miles de años.

En los tiempos de la horda humana la vida transcurría azarosa y llena de peligros, no existía la familia y casi todos los machos se apareaban con casi todas las hembras indistintamente, pues ellas pertenecían a la horda y no existían los límites que hoy da el parentesco ya que no había forma de determinar la paternidad de la descendencia y el establecer ese tipo de relación no tenía ningún sentido en aquel entonces, por lo que era común que los machos más fuertes tomaran a todas las hembras aptas y disponibles para la vida sexual, que pudieran encontrar atractivas, sin importar en lo más mínimo si existía algún lazo de consanguinidad; siendo aplastada violentamente cualquier oposición o resistencia. Este comportamiento se mantuvo en la especie humana durante siglos, hasta que

con el paso del tiempo y la evolución, la manada humana acumuló experiencia, la misma que al ser asimilada se hizo conocimiento, el mismo que fue transmitido a las nuevas generaciones; así desarrolló una cultura, alcanzó cierto grado de conciencia convirtiéndose la horda en una tribu dando origen a lo que hoy llamamos ser humano.

Con el paso del tiempo se formó un linaje, que dio origen a una casta de machos dominantes que ostentaba el poder y control de la tribu, que descubrió la necesidad de tener la certeza sobre la paternidad de su descendencia para garantizar la correcta sucesión del poder del jefe saliente al nuevo jefe, pues la certeza de este vínculo constituía en ese entonces la única posibilidad para dejar el poder y seguir viviendo. Aparecieron así las primeras restricciones en el comportamiento sexual así como en el uso de la violencia y del asesinato como el principal medio de acceder al poder, estableciéndose las relaciones exclusivas y cerradas para un grupo unido por lazos de consanguinidad, es decir: la familia. Siguiendo un desarrollo simultáneo y paralelo aparece la *neotenia* como estilo de vida en la cual el periodo de protección y ternura propios para con la infancia se extienden durante una larga etapa de la vida de los individuos, abarcando incluso la etapa reproductiva, aprendiendo así el homínido en trance de humanizarse a vivir su sexualidad no como una situación de violencia y sometimiento sino como una experiencia de comunicación, amor y ternura.

De esta manera se consolidaron las castas o clases sociales al interior de las tribus como un medio para garantizar el control del poder por un linaje; con el ejercicio del poder aparecieron los límites y condicionamientos que regían la vida familiar, la conducta sexual, la consolidación de relaciones estables entre hombres y mujeres que serían el germen del matrimonio.

En esta etapa del desarrollo de la humanidad, si bien ya existía cierto orden social y una cultura incipiente, aún predominaba la precariedad de las condiciones de vida, pues la lucha por la supervivencia evolucionó de la lucha total contra el ambiente, las fieras y los demás hombres, a la casi continua guerra entre los clanes o tribus por el control de los cotos de caza,

posesión de las tierras fértiles y de las hembras; de manera que la amenaza de exterminación del clan era permanente y la única alternativa para lograr sobrevivir como grupo a los continuos enfrentamientos contra otros clanes era teniendo la mayor cantidad de guerreros dentro del clan; por lo que se favorecían los enlaces que proporcionaran como descendencia dichos guerreros y con ello fortalecieran el poder de la tribu, sin poner mayor objeción o reparo en los vínculos de consanguinidad que pudieran existir, penalizando únicamente aquellos comportamientos sexuales que no tuvieran como finalidad la reproducción, apareciendo así la censura del auto erotismo («masturbación») y del comportamiento homosexual, por ser conductas que no favorecían la generación de nuevos guerreros y que de prosperar podrían amenazar el futuro de la tribu. Estos preceptos arcaicos extraídos directamente de la búsqueda de la supervivencia sirvieron de base a las Leyes Mosaicas, las que a su vez servirían de base a las leyes o moral judeocristiana.

Hasta este punto ya han transcurrido algunos cientos de miles de años durante los cuales, quienes eventualmente devinieron en seres humanos, habían ejercido la violencia como medio para imponerse al medio, a las fieras y a otros de su especie; se habían apareado indistintamente guiados por la búsqueda del placer y de la supervivencia quedando estos tipos de conducta como atávicas, predisuestas genéticamente e instintivas. Tal como ocurre hoy con otras especies próximas a la especie humana en la naturaleza.

Con la evolución de la vida en nuestro planeta, se generaron mejores posibilidades para la vida del hombre pues desaparecieron o fueron controlados una gran cantidad de sus depredadores; se diversificó su dieta alimenticia, apareció el trabajo agrícola y artesanal como medios de subsistencia, trayendo consigo el desarrollo de mayores niveles de conciencia, desarrollo de la inteligencia y una cultura social que igualmente evolucionaba de manera continua.

1.3.- REALIDAD Y ESQUEMAS SOCIALES

La evolución de la sociedad trajo consigo la aparición de la religión, la moral, la ética, la ciencia, los manuales de buenas costumbres y otros conceptos mentales que pretendían describir y explicar «la manera correcta» sobre como debían comportarse las personas de acuerdo a los «valores superiores de la sociedad», siempre de acuerdo al pensamiento en boga; ubicando al hombre como el centro y producto supremo de la creación, como si estuviera regido por reglas diferentes a las del resto de la naturaleza. El hombre aprendió a sentirse dueño del mundo y pretendió controlar los procesos naturales, olvidando en su soberbia que no se pueden cancelar pulsiones y atavismos formados durante cientos de miles de años, por la simple publicación de un decreto ley, el acuerdo tomado en un concilio o por el dictado de la moral vigente.

Al revisar la realidad y la forma como la entiende la mayoría de las personas encontramos parte del problema pues aun existen demasiadas creencias irracionales que son aceptadas sin haber comprobado si se cumplen o no en la realidad.

Una de estas falsas creencias es que los niños no tienen una vida sexual propia, pues al hablar de comportamiento sexual o sensaciones sexuales infantiles lo hacemos desde nuestra perspectiva de adultos inmersos dentro de un conjunto de experiencias y creencias propias de los adultos; cosa que no ocurre en los niños. Hoy en día está largamente comprobado que los niños al investigar y descubrir su propio cuerpo encuentra todo tipo de sensaciones, dentro de ellas, las de placer que naturalmente proporciona la investigación y manipulación de los órganos sexuales. Así mismo se ha encontrado que la mayoría de niños en algún momento se siente atraído por alguien de su entorno, siendo el origen de esta atracción de naturaleza sexual; igualmente se ha hallado que un gran porcentaje de niños al interactuar con otros niños, en algún momento tienen juegos sexuales, los que en la mayoría de los casos quedan sólo en eso, en juegos; aunque de acuerdo al entender del adulto y de acuerdo a sus normas puedan parecer

impropios. Entonces tenemos que existe una vida sexual infantil que forma parte del natural descubrimiento del mundo y del desarrollo de la personalidad de todo individuo. Al margen de lo que se pueda creer o aceptar en cada época, educación o cultura.

Otro mito o falsa creencia es acerca de la edad de inicio de la vida sexual como la entendemos los adultos, es decir, una relación sexual completa con la búsqueda del placer como objetivo. Las normas sociales que algunos hemos heredado y la recomendación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) nos hablan de una relación monógama, estable y madura, como la del matrimonio entre jóvenes adultos; sin embargo al investigar lo que ocurre en la realidad encontramos que el promedio de inicio de la actividad sexual en el Perú para la costa es alrededor de los dieciséis años, catorce o quince para la región andina y de once a trece para la región amazónica; promedios de edades de inicio que tiende a seguir bajando. Al comparar estos índices con otras realidades del mundo encontramos que no existen diferencias significativas para regiones equivalentes, encontrando en algunos casos que las edades de inicio son más tempranas aun. Cabe señalar que la iniciación sexual en la mayoría de los casos ocurre con otro joven algunos años mayor y en muchos casos es con un adulto, sin que por ello signifique una experiencia traumática; incluso, en algunos lugares es socialmente aceptado.

1.4.- LOS ORÍGENES DEL ABUSO Y VIOLENCIA SEXUAL

El abuso y la violencia sexual son realidades presentes desde hace mucho tiempo y de las cuales hemos comenzado a tener conciencia social más recientemente. Sus causas son diversas y complejas, sin embargo, a continuación presentamos un ensayo explicativo que puede ser de utilidad.

En la vida de cada ser humano convergen dos historias o desarrollos; por un lado se halla el desarrollo filo genético, que viene a ser el legado de los aprendizajes de la especie humana a través de toda su historia, expresado mediante los instintos y el inconsciente colectivo, y por otro lado se da el desarrollo onto genético, basado en

los aprendizajes ocurridos durante la vida del propio sujeto. Ambos aprendizajes realizan sus aportes durante la formación y el desarrollo de la personalidad de cada individuo, dependiendo de las experiencias de vida el predominio de cada rasgo en particular; jugando un papel fundamental aquellas que se dan al interior de la vida familiar.

En cada persona se encuentran impulsos que la dotan de un potencial que le puede llevar a desarrollar conductas barbáricas, de violencia total y búsqueda de someter a toda costo al medio y personas que lo rodean; o por el contrario, desarrollar conductas humanizantes propias de los aspectos más elevados del hombre como el amor, el respeto, la confianza y la búsqueda del bien común; ambos potenciales están presentes y coexistiendo en cada individuo predominando uno u otro eventualmente según las circunstancias.

La vida familiar y las experiencias tempranas que rodean a esta vienen a ser determinantes para las conductas que va a presentar un sujeto durante el resto de su vida. Para abreviar citaremos algunos factores que están relacionados con los abusadores; así tenemos:

- Son sujetos que tienen serias dificultades para establecer relaciones de pareja adecuada y satisfactoria con personas del otro sexo.
- Han tenido experiencias sexuales precoces con niños de su misma edad o han sido abusados por adultos o niños mayores.
- Han tenido una madre represiva, posesiva, excesivamente crítica, que anulaba sus iniciativas o intentos de independencia.
- Ausencia de una imagen paterna adecuada que le proporcione reglas de comportamiento apropiadas y aceptables, así como el ejemplo de un varón capaz de relacionarse acertadamente con las mujeres.
- Han tenido frustraciones importantes que los han conducido a depresiones evidentes.
- Tienen serias dificultades para encontrar satisfacción en las relaciones o situaciones normales o cotidianas.

- Tienen una pobre capacidad de autocrítica, pueden parecer severos y serios pero al momento de controlar o juzgar la propia conducta tienen excesiva indulgencia.

Todas o casi todas estas características están presentes en la mayoría de los abusadores sexuales y de las personas con tendencias a presentar dificultades significativas de las relaciones sexuales e interpersonales. Es importante señalar que no es suficiente el presentar alguna de estas condiciones para ser considerado como un posible abusador, sino que es necesario que se den la mayoría de ellas para considerar el riesgo como viable.

1.5.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ

Anteriormente nuestra legislación penalizaba delitos contra la libertad, violación contra la libertad sexual-violación de menores, delitos contra las buenas costumbres, delitos contra la libertad y el honor sexuales. El Código Penal derogado de 1924, estipuló en la sección tercera Delitos contra las buenas costumbres, delitos contra la libertad y honor sexuales. El tipo penal ha sido descrito en el artículo 196: "Será reprimido, con penitenciaría, con prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obliga a una mujer ha sufrir el acto sexual fuera del matrimonio". El artículo 197 del Código derogado, señala: "Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de tres años, el que fuera del matrimonio hubiera hecho sufrir el acto sexual a una mujer, después de haberla puesto con este objeto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir". El D. Ley 17388 del 24 de enero de 1969 en el Art. 5° adiciona al Art. 197 del Código Penal, las siguientes disposiciones: "Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de diez años, que se cumplirá obligatoriamente en una colonia penal agrícola, los que asaltan a mano armada, con concierto o banda, con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura, aún cuando los agraviados sean mayores de edad, si como consecuencia de asalto de las lesiones inferidas se produjera la muerte de la o de las víctimas, se aplicará al autor o autores, la pena de muerte. El D. Ley N° 18968 del 21 de

diciembre de 1971, Art. 2°, en consecuencia modifica la segunda parte del Art.197 del Código Penal derogado, adicionada por el Art. 5° del D. Ley N° 17388; en la forma siguiente: "Si como consecuencia del asalto o de las lesiones inferidas se produjera la muerte del agraviado, se aplicará al autor la pena de internamiento".

El Art. 199 del Código derogado, señalaba: "Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que hubiere hecho sufrir al acto sexual o un acto análogo a una menor de dieciséis años la pena será de penitenciaría no menor de tres años, si la víctima es un discípulo, aprendiz, o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge o su pupilo o un niño confiado a su cuidado".

El Decreto Ley N° 20583 del 9 de abril de 1974, Art. 1° modificó los Arts. 199, 200, 201, y 205 del Código Penal derogado por el texto siguiente: Art. 199, "Será reprimido con pena de muerte el que hubiera hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de siete o menos años de edad". La represión será de penitenciaría no menor de diez años, si la víctima contara con más de siete años a catorce años de edad y estuviera comprendida en la circunstancia agravante prevista por este Artículo la pena será de penitenciaría o prisión no menor de cinco años, cuando tratándose de dichos menores no medie dicha circunstancia. Constituye circunstancia agravante de responsabilidad si la víctima es discípulo aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge o conviviente, o su hermano, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado u hospedado.

El Art. 200 del Código derogado señalaba: " será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años o prisión no menor de un mes el que cometiera un acto contrario al pudor en la persona de un menor de 16 años.

El Art. 204 del Código Penal derogado, establecía en los casos de violación, estupro y rapto o abuso deshonesto de una mujer, el delincuente será

además condenado a dotar a la ofendida si fuera soltera o viuda, en proporción a sus facultades, y a mantener a la prole que resultare. En los mismos casos, el delincuente quedará exento de pena, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida a su padre o guardador seguro.

El D. Ley 20583 del nueve de abril de 1974 modificó el Art. 205 del Código Penal derogado: "Cuando no resultare muerte de la persona ofendida o no se le hubiere impedido lesiones graves, sólo se procederá a formar causa por querella por denuncia de la víctima, o de la persona, bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito.

La denuncia podrá hacerse ante el Juez de Primera Instancia o de Paz en el lugar donde se perpetró el delito, o ante cualquier autoridad política, debiendo en todo caso ratificarse en ella el denunciante ante el Juez encargado de la instrucción. Si el delito se cometiese contra una menor de catorce años que no tenga padres ni guardador, puede formular la denuncia cualquier persona o procederse de oficio, lo mismo cuando el delito fuese perpetrado por un ascendiente, hermano, guardador u otra persona encargada del cuidado de la menor.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. EL ENFOQUE DE LA VIOLACIÓN DE MENOR DE CATORCE AÑOS DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

ABUSO SEXUAL DE MENORES DE CATORCE AÑOS

ARTICULO 173 (*texto anterior*)

"El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penalidades":

1. Si la víctima tiene menos de catorce años, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco

Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3".

Para Raúl A. Peña Cabrera ¹: El concepto de abuso sexual contenido en el "Art. 173 del Código Penal ha sido objeto de varias modificaciones. En primer orden, fue modificado por la Ley N° 26293 del 14 de febrero de 1994, la cual incrementó sustancialmente la penalidad prevista en los incisos 1, 2 y 3 del citado artículo; y, por parte, sustituyó la agravante del último párrafo por la "posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza...", previendo una penalidad máxima de treinta años de pena privativa de libertad. En este caso, el legislador, prevé la agravante en base de

¹ Delitos Contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Pg. 83.

irresponsabilidades de carácter institucional entre el agente delictivo y el sujeto pasivo, que consecuentemente, revisten y mayor grado de irreprochabilidad penal. Luego, mediante el Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1996 “Ley contra los Delitos Agravados”, que mediante la Ley N° 26950 se otorgó al Poder Ejecutivo facultades legislativas en materia de Seguridad Nacional, se incrementaran drásticamente la penalidad de los incisos 1,2 y 3 llegándose al extremo de imponer cadena perpetua al caso de la agravante del último párrafo del artículo 173 *in fine*. No sabemos, con exactitud, cual fue el criterio empleado por el legislador para incluir el artículo 173 (violación de menores) en este paquete legislativo, referente a Seguridad Nacional, si dicha expresión de violencia se caracterizaba por los delitos de secuestro, asesinato y robo con la utilización de armas, municiones y explosivos utilizados por las fuerzas del orden: FF. AA. y P.N.P.

Finalmente, la disimetría penal fue en principio aminorada por la Ley N° 27472 del 05-06-2001 tanto los incisos (1-3), así como en la circunstancia agravante cualificante. No obstante ello, por disposición del Art. 1 de la Ley 27507, publicada el 13-07-01, fueron restituidos los marcos penales aminorados, salvaguardándose la sobrecriminalización defendida por diversos sectores políticos y sociales de la sociedad peruana. Orientación de acorde con las nuevas tendencias excesivamente punitivistas de las legislaciones europeas en lo referente a los delitos sexuales (dasSexualdelikten). Tal postura surge ante el creciente desencanto de las posibilidades de una intervención efectiva resocializadora del estado sobre el delincuente (crisis prevención especial) y la obsesión de seguridad que estar sentada así la base ideológica de los planteamientos inocuizantes; uno de los más significativos es el que se refiere al ámbito especialmente sensible de los delincuentes sexuales.

Dino Carlos Caro Coria Y César San Martín Castro señalan que desde su regulación en el CP de 1991, el delito de práctica sexual o “análoga” con un menor (Art. 173) ha sido modificado por la Ley N° 26293 de 14 de febrero

de 1994 y por el D. Leg. N° 896 de “delitos agravados” de 24 de mayo de 1998. En el texto de 1991 no se aprecian mayores novedades en relación al Código Maúrtua, por un parte el Art. 273 redujo a menos de 14 años el límite de protección de la indemnidad sexual, a diferencia del Art. 199 del CP de 1924 que la extendía hasta los 14 años inclusive.

La conducta típica se concreta en la práctica del acto sexual o análogo con un menor, según lo antes expuesto ello incluye al acto vaginal, anal o bucal realizado por el autor, o por el menor favor del autor² o de un tercero, el error por parte del sujeto activo en prelación a la edad del menor es considerado como un caso de error de tipo (Art. 14 pf. 1 del CP), que determina la atipicidad del comportamiento, salvo que se haya empleado violencia o amenaza, supuesto que tipifica de Acuerdo con el Art. 170 del CP.

También se introdujo en el tipo una graduación de la pena mas exhaustiva, conforme a tres rangos de edad de la víctima; menos de 14 años (inc. 3). La reforma de 1991 mantuvo también la agravante (art173 in fine) fundada en la situación de superioridad o posición del garante del autor frente al menor.

Estas reformas no permitieron superar los constantes problemas de interpretación y aplicación jurisprudencial. Si bien el CP. De 1924 consideraba punible el acto análogo practicado con un menor, su identificación hasta la actualidad con el acceso anal en la jurisprudencia y en la doctrina, ha permitido que casos de especial gravedad sean considerados como meros actos contra el pudor. La práctica bucal realizada al autor por una menor de 7 años a cambio de dinero, ha sido considerada como simple acto contrario al pudor, lo que ha permitido que la pena pueda suspenderse condicionalmente bajo reglas de conducta.

Por otra parte, cuando el hecho lesiona la indemnidad sexual. Especialmente en los casos de violación de persona incapaz (Art. 172) o menor de edad

² SCS de 13 -10-1951, en *rijp* 1952 P.DE 1-12-1951.

(Art. 173) se verifica generalmente un amparo judicial máximo en las decisiones de la Corte Suprema. Este se manifiesta en la adecuada aplicación de conceptos penales, como la de tentativa y así como la imposición casi automática de sanciones muy graves³ que colisionan con los principios constitucionales de proporcionalidad y humanidad.

Esta práctica no se percibe en el juzgamiento de delitos contra la libertad sexual, cuyas sanciones son más acordes con la necesidad de la intervención penal, pero cuya estricta aplicación, según lo antes citado, implica superar múltiples problemas de interpretación. Por excepción la Corte Suprema decide la absolución en casos de violación de menores, por lo general ante la ausencia de pruebas que en ocasiones quizás pudieron ser satisfechas mediante un nuevo juicio⁴. En todo caso la tendencia sobrecriminalizadora del máximo Tribunal se ha visto alentada por las sucesivas reformas que han llegado a instaurar sanciones de cadena perpetua.

La Ley N° 26293 agravó las penas previstas en los incisos 1,2 y 3 del Art. 173 estableciéndolas hasta en 25 años de privación de libertad para el caso de abuso de un menor de 7 años (inc. 1) Eliminó por otro lado el casuismo en la descripción de la agravante del Art. 173 *in fine*, que desde entonces se concibe la posición, cargo o vínculo familiar del autor que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar su confianza en él previendo como sanción máxima 30 años de privación de la libertad. La Ley ha establecido asimismo una calificación mas intensa mediante la incorporación del Art. 173-A, según la cual si el abuso del menor causaba su muerte o le producía lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena era respectivamente de cadena perpetua y no menor de 25 ni mayor de 30 años. Las agravantes del Art. 177 dejaron de ser aplicables a los delitos del Art. 173.

³ SCS de 23-10-95, exp. 3555-95, en: *Rojjasi Ejecutorias*, cit en n. p. 179, que impuso 25 años de pena privativa de libertad al autor.

⁴ Rojas, Jurp, I, cit p, 374.

2.2.- ANTECEDENTES Y DENOMINACIÓN

1. La actual legislación recientemente modificada registra como antecedente inmediato el Art. 199 del C.P. derogado de 1924. Desde entonces a decir se han planteado ciertas diferencias:

a) La antigua codificación imponía la **pena de muerte** al que practicara, con o sin su consentimiento, un acto sexual u otro análogo con un menor de siete o menos años. Por su parte, el nuevo C. P. "tras sucesivas reformas legislativas, impone la pena de cadena perpetua a quien realiza los mismos comportamientos. Si bien la cadena, perpetua no cumple con el fin resocializador de las sanciones penales⁵ al menos atenúan, aunque de manera simbólica, el rigor y drasticidad que caracterizaban a la legislación anterior.

b) La actual regulación legislativa, de manera necesaria y loable, ha eliminado el equívoco presente en la codificación anterior por el cual por un mismo comportamiento y la misma edad del sujeto pasivo se imponía una igual cantidad de pena. Ello sucedía cuando se hacía referencia a la aplicación de la pena de penitenciaría si "*la víctima contara con siete a catorce años de edad*", en vez de señalar "*si la víctima no fuere una de las personas...*". Dicho error que fue introducido por el Art. 3 del DL 17388 fue subsanado un año después por el D.L. 18140⁶.

c) Dentro de la tónica democrática y de pleno respeto al principio de igualdad de la ley penal el Código penal vigente, a diferencia de la legislación que le precede⁷, posibilita también que sea considerado como autor del abuso sexual de menores tanto el varón como la mujer. No solo se castiga el acto sexual u otro análogo practicado entre un varón y una mujer, sino que se permite también el castigo tanto de las relaciones heterosexuales como homosexuales, por ejemplo, la del acto sexual que practica un varón con un varón o una mujer con una mujer, siempre que el sujeto pasivo tenga menos

⁵ Castillo Alva, José Luis; *Principios de Derecho Penal (P.G.)*; Lima; Gaceta Jurídica; 2002; p. 352.

⁶ Roy Freyre, Luis; *Derecho Penal Peruano (Parte Especial)*; Lima; Instituto Peruano de Ciencias Penales; 1975; T. III; p. 81.

⁷ Roy Freyre, Luis; *Derecho Penal Peruano (Parte Especial)*; p. 82.

de catorce años.

d) Una de las diferencias más importantes entre la regulación pasada y la vigente es la modificación y variación de la redacción del abuso sexual de menores. El Código penal anterior constituía una circunstancia agravante de responsabilidad "si la víctima es discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo del cónyuge o conviviente, o su hermano o su pupilo o un niño confiado a su cuidado". Por su parte la legislación vigente edifica la circunstancia agravante "Si el agente tuviera cualquiera posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza".

2. La doctrina penal, de manera sumamente corriente y reiterada, viene denominando a esta clase de "violación" como violación *ope legis*⁸ o violación presunta⁹, y en cuya última denominación también se incluye usualmente a la violación de personas que padecen de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

El uso de esta terminología de gran abolengo y tradición en el Derecho penal histórico ha traído consigo la interrogante sobre la corrección o no de su denominación y uso por los penalistas. Se apunta que la ley presume que todo acto practicado con un menor de edad o con una persona incapacitada de consentir trae consigo de modo automático la *presunción* de que en la realización del acto sexual se ha utilizado violencia cuando el autor en realidad no ha empleado ni fuerza física ni alguna clase de amenaza grave o intimidación. Se dice con suma facilidad *velle non potuit ergo noluit* que no es otra cosa que si la persona no pudo querer por hallarse incapaces de consentir. Entonces no quiso. El niño y el loco son incapaces de consentir, de tal manera que disienten; o desde otra formulación- si el acto sexual se cometió sin que existiera consentimiento entonces se presume que fue violento. Falta de voluntad o el consentimiento viciado en el sujeto pasivo

⁸ Martínez Zúñiga, Lisandro; *Derecho Penal Sexual*; Bogotá; Temis; 2 ed.; 1997; p. 268.

⁹ Rodríguez Devesa, José María-Serrano Gómez, Alfonso; *Derecho Penal Español*; Madrid; Dykinson; 17 ed.; 1994; p. 181.

lleva a considerar en una presunción lógica y jurídica que el hecho es necesariamente violento. Algunos autores atemperando dicha premisa estiman la existencia de una presunción *iure et de iure*¹⁰ o que la Ley no lo presume, sino que supone violento el acceso carnal con aquellas personas por el amparo especial que se les debe y por la mayor perversidad que muestra el que abusa de esos infelices. Se trataría en suma más que de una presunción *iures et de iures* de una ficción verdadera y propia, en que en realidad no lo es; para ello finge creer que hay ausencia de consentimiento, aunque en realidad no sea exacto¹¹. Contra esta extendida opinión que contempla el abuso sexual de menores como una violación presunta cabe oponer serios reparos tanto desde el punto de vista de la dogmática penal como desde la perspectiva constitucional, los cuales nos demuestran lo errado de esta denominación. He aquí una de las críticas más notorias:

2.3.- FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN

El fundamento para el castigo de la persona violador de menores puede obedecer a diversos puntos de vista, entre los que destacan:

2.3.1.- EL FUNDAMENTO MORAL

Por el cual la persona que mantiene relaciones sexuales con un menor de catorce años demostraría una formación ética escasa y una proclividad al delito, al no respetar su inmadurez biológica o psíquica. El autor daría muestra de una indolencia respecto a su víctima y un abuso marcado de su superioridad tanto física como mental. El sujeto pese a poder relacionarse sexualmente con cualquier persona mayor de edad (o superior a los catorce años) elige, busca y selecciona a sus víctimas, inclinándose por aquella que puede mostrar menor oposición o puede complacer sus instintos más bajos

¹⁰ Núñez, Ricardo; *Derecho Penal Argentino*; Buenos Aires; Bibliográfica Argentina; 1959; T. IV; p.254.; Bajo Fernández, Miguel-Díaz-Maroto y Villarejo, Julio; *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*; 10/61; p. 216.

¹¹ Martínez Zúñiga, Lisandro; *Derecho Penal Sexual*; p. 270.

con el menor riesgo posible y con la garantía de un éxito seguro, ya que se trata de un ser humano sugestionable, de escasa voluntad y que puede ser instrumentalizado con rápida facilidad. El autor, desde el punto de vista moral, pretendería no solo relacionarse sexualmente con una persona indefensa o que no puede resistirse al acto por el empleo de un engaño o por el abuso y la manipulación producida, sino que busca también a una víctima inocente, sin experiencia sexual y virgen con el objeto de lograr el máximo placer sobre la base de su propósito lascivo. Tras este criterio existe las ideas de inocencia, candidez, virginidad, por un lado, y maldad, bajeza y deshonestidad, por el otro.

Este fundamento destaca la existencia de un imperativo moral que obligaría a no mantener ningún tipo o clase de acto sexual con personas que no hayan alcanzado la madurez biológica y no sean capaces de autodeterminarse en sus actos cotidianos.

Por su parte, el fundamento de la mayor *peligrosidad criminal del delincuente* destaca el hecho de que el autor del abuso sexual desde el punto de vista individual y social alberga una mayor peligrosidad que cualquier delincuente común, pues por lo general se parte de la presunción de que dicho autor ha cometido actos similares anteriormente con otros menores y éste es uno más en su carrera criminal o el acto que comete puede ser el inicio de una prolongada actividad delictiva que al poder ser habitual o reincidente el Derecho penal debe neutralizar no sólo con su instrumento más grave: la pena, sino con la aplicación de una escala máxima de sanciones evitando que el autor salga de la cárcel y siga cometiendo delitos y, específicamente, viole a niños indefensos. La mayor peligrosidad criminal no se funda tanto en el mayor injusto o disvalor ético social del hecho que provoca alarma y zozobra moral como el planteamiento anterior sino en una más acentuada culpabilidad personal y en un mayor juicio de reproche. No cabe duda que en nuestro país como en la mayoría de codificaciones de la región los cambios y reformas legislativas que se producen en el ámbito de la "violación de menores" y que se traducen en un incremento severo y brutal

de las penalidades, incurriendo en una irracional sobrecriminalización, se basan justamente en los fundamentos acabados de aludir: tanto en el fundamento *moral* como en el fundamento de la *mayor peligrosidad criminal*.¹²

2.3.2.- EL FUNDAMENTO DE LA AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO O EL CONSENTIMIENTO VICIADO.

Según este planteamiento la ratio incriminadora del precepto en estudio estriba en el hecho de que el sujeto pasivo por su escasa madurez biológico espiritual no está en condiciones de prestar un consentimiento natural o jurídico para la realización del acto sexual u otro análogo con terceros. Un menor de edad, por ejemplo, un niño de dos o tres años no puede consentir un acto, porque ni lo entiende o comprende ni sabe de lo que se trata. Podrá sentir dolor o una sensación corporal traumática, que le producirá, con toda seguridad, una grave lesión física, pero nunca podrá consentir el acto que se realiza sobre o contra él. Cobra así pleno sentido la llamada ausencia de consentimiento. Por su parte, también se postula que en los casos en que el sujeto pasivo, por ejemplo, un niño de 11 años de edad, pueda consentir desde el punto de vista natural u ontológico, el Derecho penal y el ordenamiento jurídico no le prestan ninguna relevancia a dicho acto ni le confieren valor alguno, señalándose que dicho consentimiento es inválido. Aquí estamos ante el llamado consentimiento viciado.

2.3.3.- EL FUNDAMENTO DE LA INCAPACIDAD DE COMPRENSIÓN DEL SIGNIFICADO Y LA AUTODETERMINACIÓN CONFORME A DICHO ENTENDIMIENTO.

Este criterio postula que la base real para proteger a los menores y castigar todos los actos sexuales que se practiquen contra ellos es su escaso desarrollo biológico y madurez psíquica, factores que inciden directamente

¹² Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Jurídica S.A. 2002.

en una falta de comprensión del significado del acto sexual y de la conducción de su conducta y del ámbito de su vida conforme a dicho entendimiento.

Los menores de edad no se encuentran en condiciones biológico psicológicas de comprender el acto que realizan ni de determinarse conforme a dicha comprensión, por lo que el Derecho penal no debe dejar de protegerlos de una injerencia externa que pretenda abusar de la mencionada condición. Los menores sufrirían una falta natural de comprensión como consecuencia de su escasa edad, de la falta de experiencia, de un mínimo conocimiento de su propio cuerpo y de los actos que pueden realizarse con él o contra él. Dicha limitación les impide analizar las consecuencias de sus actos, la trascendencia social de los mismos o cargar con la responsabilidad de aquello que realizan, ejecutan o permiten. Su inteligencia no alcanza la plena madurez, su experiencia personal y social y el trato con los adultos no alcanza los estándares que existen entre estos últimos, por lo que no pueden ser tratados igual que ellos, Se impone aquí llevar al máximo en materia del Derecho penal sexual los alcances del principio de igualdad que manda tratar desigualmente a los desiguales, y, por lo tanto proteger desigualmente a los desiguales.

En caso de que se pretendiera homologar el tratamiento jurídico de los adultos y los menores, tanto en materia de responsabilidad penal como en materia sexual, imponiendo un libre ejercicio de la misma, se llegaría a situaciones absurdas que contravendrían la naturaleza de las cosas y las diferencias personales que median entre los seres humanos y en donde la edad representa uno de esos factores diferenciales emblemáticos. Un menor de edad no puede ejercitar su sexualidad igual que un adulto, al menos no con la misma responsabilidad y comprensión. De allí que el ordenamiento. Jurídico, a través del Derecho penal, intervenga para proteger el desarrollo sexual de los menores prohibiendo las conductas abusivas que se practiquen contra ellos.

2.3.4.- EL FUNDAMENTO DE LA INDEMNIDAD SEXUAL O INTANGIBILIDAD SEXUAL¹³

La indemnidad sexual creemos debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad ya sea que pertenezcan a su mismo sexo o a otro diferente como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia. Se quiere evitar y prohibir la realización de actos sexuales y otros comportamientos sexuales contactos corporales, los cuales no solo son idóneos para generar lesiones en el cuerpo (alrededor de la vagina o el ano) o un daño psicológico en el menor, sino un shock y trauma penosamente en la vida psíquica del individuo que es posible que se extienda a todo su personalidad y que puede comprometer su vida futura, ya sea en el ámbito personal o en su relación con terceros.

2.4 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En esta figura delictiva Raúl Peña Cabrera considera que se tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad.

Luis Alberto Bramont Arias-Torres y María del Carmen García Cantizano manifiestan que se protege en este delito la indemnidad sexual. Desde esta perspectiva, se estima que debe protegerse el libre desarrollo sexual del menor en este delito la indemnidad sexual. Desde esta perspectiva, se estima que debe protegerse el libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores.

¹³ Mantovani, Ferrando; *Diritto Penale (Parte Speciale): I Delitti contro la libertà el Intangibilità sessuale*; Padova Cedam; 1998; p. 5.; Muñoz Conde, Francisco; *Derecho penal*; Valencia; Tirant lo Blach; 1999; 12 ed.; p. 196. En el Perú, Chocano Rodríguez Reiner; *La Violación sexual y los actos de menores*; en *Revisata Peruana de Ciencias Penales*; Lima; Julio-Diciembre de 1994; N° 4; p. 762.

José Luis Castillo Alva señala que este es uno de los puntos que ha sufrido mayor variación en el Código penal vigente respecto al Código penal del 24. En este último, estos delitos se encontraban ubicados en la Sección III, con la rúbrica "Delitos contra las buenas costumbres", del Título 1, llamado "Delitos contra la libertad y el honor sexual". *La libertad sexual*, tal y como indica la doctrina, tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa, que no han de considerarse opuestas, sino complementarias. La positiva atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás. En la negativa el acento recae en el aspecto defensivo, esto es, en el derecho de la persona a no verse involucrada por otra persona, sin su consentimiento, en un contexto sexual. Esta libertad sexual se entiende, en definitiva, como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir, a la capacidad de actuación sexual.

Pero, hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, aun si la tuviera fácticamente, se considera por el legislador irrelevante. Así, en los delitos sexuales cometidos contra una persona privada de razón o de sentido, falta, temporal o permanentemente, la capacidad cognoscitiva de comprender las diversas posibilidades y elegir entre ellas, por lo que no se puede atacar una libertad sexual de la víctima que es inexistente. De igual forma puede argumentarse en los tipos que protegen a los menores de catorce años, aunque por causas distintas.

A partir de este planteamiento, surge la idea de que en estos tipos penales el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual.

2.4.1. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD SEXUAL Y LA EDAD:

La referencia a la libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de violación sexual es claramente insuficiente, dado que no marca ninguna especificidad o característica peculiar en cuanto al objeto de tutela de los demás tipos delictivos, al menos los cercanos al Art. 170. Debe agregarse

que en este tipo base se tutela la libertad sexual de las personas que gozan de un mínimo de discernimiento o han desarrollado una mínima conciencia del contenido y ejercicio de su sexualidad, y que el legislador actual ha establecido como línea demarcatoria los catorce (14) años de edad. No se tutela directamente la sexualidad de los menores de edad, dado que para ellos existe el Art. 173, ni el abuso sexual de persona incapaz o en incapacidad de resistir (artículo 172), como tampoco la sexualidad de las personas que han sido puestas deliberadamente en estado de inconsciencia. El ejercicio de la sexualidad es por regla libre y solo encuentra limitaciones excepcionales, las cuales se basan fundamentalmente en una especial protección en que repara en una determinada etapa del desarrollo personal, en ciertas condiciones psíquicas o físicas, grave alteración de la conciencia o anomalía psíquica o en una determinada situación de dependencia, autoridad o vigilancia de la víctima. Las relaciones sexuales que practican las personas adultas mayores de catorce años, según nuestra legislación no se encuentran sometidas a restricciones o a prohibiciones que no sean las establecidas por la ley penal y en la medida en que no se desarrollen o desplieguen determinados comportamientos típicos como la violencia, la grave amenaza, el abuso o el engaño. Ello se basa en la consideración de que el Derecho penal no tiene por qué intervenir cuando la persona luego de adquirir una mínima conciencia y discernimiento respecto al ejercicio de su sexualidad ha decidido desarrollar uno de los ámbitos más importantes de su personalidad y de su vida en relación como es la sexualidad.

El ordenamiento jurídico y en especial el Derecho punitivo no debe bloquear ni obstaculizar el ejercicio libre, consciente y responsable de uno de los sectores nucleares más importantes de la dignidad del ser humano y que a la vez constituye una de las expresiones más significativas de su vida personal, pues de otra forma más que fomentar y ampliar las cuotas de libertad y las diversas posibilidades de comportamiento se terminarían restringiendo de manera drástica los contextos de decisión y desarrollo personal sin justificación racional de alguna clase. El Derecho penal de ser *"un ordenamiento en y de libertad"* pasaría a constituir un mecanismo autoritario de opresión que obstaculiza el libre ejercicio y desarrollo de la

personalidad. Aquí queda claro y en evidencia la profunda relación entre la libertad sexual en su vertiente positiva y la exigencia constitucional del respeto de la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad. Se cumple así con el principio de fragmentariedad que es a su vez una expresión del principio de intervención mínima.

El inicio del libre ejercicio de la sexualidad según nuestra legislación se da a partir de los catorce (14) años, edad luego de la cual la persona puede ejercitar de la manera más libre, espontánea y abierta posible la esfera de su personalidad que concierne al campo sexual, sin más limitaciones que sus propias decisiones, el respeto a la libertad ajena y las prohibiciones que derivan de las normas jurídicas. Se estima que desde esta edad las personas se encuentran en condiciones de decidir sobre su sexualidad ejerciendo plenamente su derecho a elegir con quién relacionarse, optando el tipo o clase de comportamiento que crean conveniente realizar como el tiempo y la ocasión para llevarlo a cabo. Luego de los catorce años solo se castiga el acto sexual u otro análogo, o el contacto corporal de naturaleza sexual, que se practica empleando violencia o grave amenaza (Artículo 170), colocando a la víctima en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir (Artículo 171) o mediando engaño grave si es que la víctima se encuentra comprendida entre los catorce y dieciocho años (Artículo 175). Ha de quedar claro que salvo el castigo y prohibición de estos supuestos excepcionales el ejercicio de la sexualidad es plenamente libre. El libre ejercicio de la sexualidad, que abarca la elección del cuándo, el cómo y el con quién de la relación, no coincide con la obtención de la mayoría de edad, puesto que la ley considera que puede darse mucho antes. Si se toman en cuenta las prohibiciones de la ley penal, el derecho al ejercicio libre de la sexualidad se obtiene antes que la adquisición de los derechos políticos o la misma condición de imputable. La diferencia en nuestra legislación en cuanto a los límites de la edad para el comienzo del ejercicio de la sexualidad (14 años) respecto al inicio de la imputabilidad penal (18 años) tiene su explicación no en un capricho y arbitrariedad del legislador, sino en la distinta naturaleza y finalidad de dichos límites: mientras los catorce años suponen la adquisición por parte de la persona de la posibilidad de ejercer

sin mayores limitaciones su sexualidad, hecho que implica el fomento del libre desarrollo de su personalidad y la expansión de las manifestaciones de su vida y libertad personal y el respeto a la dignidad de la persona humana, los dieciocho años, como el límite mínimo de la imputabilidad penal, suponen el inicio de la responsabilidad penal y la asunción por parte de la persona de las consecuencias jurídicas más graves cuando infrinja la ley penal. Mientras que para el inicio del ejercicio libre de la sexualidad se requieren unas condiciones mínimas de discernimiento y comprensión del acto y/o comportamiento sexual y que para la ley se adquieren con el solo cumplimiento de una edad (los catorce años), el inicio de la imputabilidad y consecuentemente de la responsabilidad penal exige mayores condiciones y aptitudes tanto de desarrollo personal como de comprensión del acto que se ejecuta, pues mientras una corre en beneficio del individuo al fomentar su existencia en libertad, la otra le perjudica imponiéndole una serie de cargas y gravámenes por infringir las normas penales. Para el ejercicio de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad se exigen menos requisitos que para la asunción de ciertas consecuencias jurídicas las más graves del ordenamiento jurídico. Ello se funda en el hecho de que para la privación de la libertad se requiere de mayores condiciones respecto al ejercicio abierto de la libertad. El plantear una homologación en idéntico límite en cuanto a la edad del ejercicio libre de la sexualidad y la imputabilidad penal importa ante todo descuidar y pasar por alto el diferente sentido innegable desde cualquier punto de vista que tiene la edad en uno y otro caso, pues mientras los catorce años sirven para crear y fomentar cuotas de libertad sexual, los dieciocho años implican el inicio de la plena responsabilidad del sujeto ante el Derecho y la sociedad por los comportamientos que infrinjan las normas penales y el deber de soportar las consecuencias jurídicas que deriven de sus actos. A partir de los catorce años el Derecho penal se desentiende de la protección absoluta e indiscriminada de la sexualidad de las personas y no brinda tutela salvo las injerencias insoportables cuando se aprovecha de las especiales condiciones persona/es del individuo: Anomalía psíquica, enfermedad mental, etc. o de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia; y excepcionalmente cuando el engaño recae sobre el sujeto

pasivo cuya edad está comprendida entre los catorce y los dieciocho años. El Derecho penal protege a los menores de edad, hasta los dieciocho años, de cualquier atentado contra su indemnidad sexual que suponga la realización del acto sexual u otro análogo. Luego de los dieciocho años solo interviene para castigar los atentados más graves a la libertad sexual como los que implican la utilización de la violencia, amenaza o, excepcionalmente, el engaño, punible solo entre los catorce a dieciocho años.

El legislador ha considerado que los menores de edad deben contar con una protección especial de su desarrollo de la personalidad en lo que se refiere a su vida sexual lo más amplia posible, dado que lo que se tutela aquí es su indemnidad e intangibilidad sexuales. La ley por razones de seguridad jurídica que puede terminar infringiendo uno de los contenidos elementales del criterio de justicia como es el principio de igualdad ha considerado que toda conducta que signifique la instrumentalización o abuso sexual intencional de un menor de catorce años debe ser punible a pesar de que existe una voluntad natural de aprobación y consentimiento del acto sexual o si, incluso, el menor ha buscado, propuesto o tomado la iniciativa en la práctica del acto sexual u otro análogo. La voluntad del menor carece de cualquier validez o relevancia jurídica en la realización de un comportamiento sexual objetivo antes de los catorce años, a pesar de que cuente con la capacidad y el discernimiento suficiente para saber valorar el significado, contenido y alcance del mismo. La libertad natural entendida como capacidad de discernimiento, si bien despliega sus efectos en otros campos de los delitos sexuales, aquí pasa a un segundo plano en la medida en que pese a existir y concurrir en el caso concreto carece de relevancia jurídica ya que lo que se protege aquí es el normal desarrollo sexual del menor de edad, para que éste se produzca sin alteraciones o intromisiones ilícitas. Ello se debe a que la ley ha considerado prioritario el tutelar la personalidad del menor en el ámbito sexual, prohibiendo y castigando cualquier injerencia externa o conducta sexual que altere o disfuncionalice dicho desarrollo. Respecto a la edad y su influencia en los delitos contra la libertad sexual cabe resaltar que ella tiene un relajamiento y flexibilización conforme avance el crecimiento cronológico. Mientras más edad tenga el ser

humano o, mejor dicho, mientras alcance una determinada edad cronológica las prohibiciones jurídico penales inician un proceso de paulatina retirada fomentando el ejercicio libre de la sexualidad en un proceso gradual, pues se considera que la edad y el desarrollo psicofísico, cultural, la experiencia y los contactos sociales que se arrastran logran brindar una mejor comprensión del acto sexual y, en general, de todo comportamiento con significado sexual objetivo. Nuestra legislación en cuanto a la importancia y trascendencia de la edad cronológica ha tomado como punto de referencia tres grandes hitos. El primero de ellos que va desde el nacimiento de la persona hasta los catorce años, se caracteriza por la prohibición y castigo de todo comportamiento que instrumentalice y abuse de la edad del menor provocando su involucramiento en un determinado contexto sexual. Aquí se castiga toda acción abusiva que se valga de la minoría de edad, inferior a los catorce años, para realizar determinadas prácticas sexuales. El segundo de ellos que va desde los catorce años a los dieciocho tiene como particularidad el castigar el acto sexual u otro análogo que se logra mediante el despliegue de un comportamiento fraudulento como es el engaño. Ya no se castiga una conducta abusiva sino la utilización y empleo del engaño en el logro del acto sexual u otro análogo. A la ley penal, entre los catorce y dieciocho años, no le interesa prohibir todo comportamiento sexual; únicamente repara en la posibilidad de castigar el engaño. No obstante, ha de destacarse que la ley luego de los catorce años no solo sanciona los comportamientos fraudulentos sino también el empleo de violencia o grave amenaza que da lugar al delito de violación sexual (Artículo 170). El tercero de ellos que va desde los dieciocho años hasta la muerte de la persona destaca por centrar la prohibición penal en una sola modalidad de conducta: El empleo de la violencia o la grave amenaza. No se sanciona una conducta abusiva como en el primer hito, salvo que la víctima se encuentre afectada de incapacidad física o psíquica o se halle sometida a una situación de dependencia, autoridad o vigilancia. El acto sexual logrado mediante engaño por más grave que sea deviene en impune por atípico, al no existir un tipo penal que así lo prevea. El fomento de la libertad sexual positiva luego de los dieciocho años entendida como plena capacidad de autodeterminación del sujeto en el

ejercicio de su sexualidad adquiere su máxima expresión y significado, pues solo se prohíben y sancionan los actos sexuales u otros análogos que se alcanzan con el empleo de la violencia o la grave amenaza.¹⁴

2.4.2 LIBERTAD SEXUAL Y CONCEPCIONES CULTURALES

El Derecho penal sexual y en concreto los delitos contra la libertad sexual se encuentran especialmente expuestos a los condicionamientos culturales vigentes en un espacio y tiempo histórico determinado y a las concepciones éticas o morales que rigen una determinada época y que presiden e influyen claramente bien en la tarea legislativa de la creación y formulación de los tipos penales y en el acuñamiento de los elementos normativos o bien en la tarea judicial de aplicación del Derecho y la administración de justicia. Sin embargo, la importancia de los patrones éticos en el derecho penal sexual no debe ser exagerada.

En primer lugar, debe enfatizarse que las concepciones éticas y en general los condicionamientos culturales ejercen su influencia, directa o indirecta, sobre todos los campos de la parte especial del derecho penal, en la medida en que forman parte de las convicciones generales que integran la noción de derecho y la idea de justicia; de allí que el desterrarlas o excluirlas no constituye más que un buen deseo y sana intención, pero que posee una escasa eficacia práctica. Que los contenidos éticos se encuentren presentes en los delitos contra la libertad sexual, más que en cualquier otro sector de la parte especial, es expresión de la característica histórica a la que tradicionalmente se encuentran sometidas dichas infracciones por pertenecer a un ámbito de la vida humana tan sujeto a valoraciones subjetivas y a los más diversos prejuicios.

En segundo lugar, la vigencia del principio de intervención mínima en su vertiente de fragmentariedad impide al menos como exigencia político - criminal que en la acuñación y formulación de los tipos penales se filtren sin control alguno contenidos éticos o morales de discutible validez y consenso objetivo, pues el derecho penal no debe encargarse de castigar los

¹⁴ Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Juridica S.A. 2002.

atentados contra determinados sectores de la moral social, ni sancionar a la diversa gama de ilícitos diseminados a lo largo del ordenamiento jurídico, sino solo las perturbaciones sociales más graves e insostenibles que ponen en riesgo, dificultan o hacen imposible la convivencia humana pacífica. No es preocupación ni interés del derecho penal el regular la moral social o determinados sectores de ésta. El hecho de que en algunos preceptos de los delitos contra la libertad sexual todavía se mantengan algunas referencias abiertamente moralizantes es reflejo de que la reforma legislativa en los delitos sexuales ha sido incompleta y se ha quedado a medio camino; y no de un planteamiento político-criminal correcto.

Hasta hace muy poco tiempo los contenidos morales se expandían a su antojo y proliferaban dentro de los delitos contra la libertad sexual como representación inequívoca de su vigencia social. Tal era su valor que incluso las puras consideraciones éticas daban lugar a la creación de determinados delitos como lo demostraba el castigo de la zoofilia, de las relaciones homosexuales y la misma punición del incesto.

Sobre este último punto se ha de destacar que el incesto no está prohibido de manera específica en nuestra legislación, de tal manera que si un padre o una madre mantiene relaciones sexuales con su hija o hijo mayor de catorce años, sin mediar violencia física, psíquica o engaño, no cometerá delito sexual alguno si existe un consentimiento previo. El incesto será un hecho altamente reprochable desde el punto de vista moral, o desde el plano de las relaciones sociales regulares, pero resulta indiferente desde el ángulo del ordenamiento jurídico-penal cuando se lo practica luego de una determinada edad: los catorce años. Antes de esta edad, aun cuando se tenga el consentimiento del menor, la ley castiga dichos actos no como un delito específico o independiente, sino como el abuso sexual a un menor de edad (artículo 173, último párrafo), lo cual sin embargo no es óbice para que el parentesco obre como una circunstancia que gradúe la mayor entidad del injusto.

El ordenamiento jurídico-penal ha optado por dar preferencia al libre ejercicio de la sexualidad sobre cualquier otro criterio moralizante o ético, por más que se encuentre profundamente enraizado en nuestra sociedad. En todo

caso, la punición del "incesto" *solo* sería posible cuando exista violencia o amenaza o la persona sea engañada, supuesto último que solo se pena cuando la víctima tiene entre los catorce y los dieciocho años de edad. Sin embargo, en esta última hipótesis la punición viene dada no por el parentesco entre la víctima y el autor (el incesto), sino por el empleo de determinados modos o formas de conducta altamente reprochables desde la perspectiva del Derecho. Incluso, se puede afirmar que las relaciones sexuales entre parientes (padres o hijos, tíos y sobrinos, etc.) luego de los catorce años no solo carecen de una prohibición expresa, sino que se encuentran toleradas por el ordenamiento jurídico; o lo que es más. si las relaciones sexuales entre parientes se realizan siendo un menor de catorce años uno de los partícipes (activo o pasivo) este hecho puede quedar impune siempre que no se haya instrumentalizado o abusado del menor. Como puede contemplarse, los criterios éticos o morales que se encuentran arraigados en la sociedad no han logrado alcanzar un mayor reconocimiento legislativo. Aquí se revela en toda su magnitud el principio de intervención mínima en su expresión de fragmentariedad.

El derecho penal peruano no impone ninguna limitación al ejercicio de la libertad sexual una vez cumplidos los catorce años. No le interesa la opción sexual que escoja el sujeto, si es heterosexual o no, la clase de relaciones sexuales que practica como tampoco se detiene en preservar criterios moralizantes. Tan así es que no brinda ninguna clase de reproche a las relaciones sexuales homosexuales, masoquistas, sádicas, incestuosas o profundamente inmorales realizadas luego de los catorce años si es que se practican con el libre consentimiento de la persona. La opción o tendencia sexual queda fuera del Derecho penal y no constituye un delito contra la libertad sexual, pues más allá de cualquier tendencia moralizante o prejuicio social se considera preferible garantizar el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad y a la intimidad de la persona que en algunas ocasiones se manifiesta en la elección de su tendencia y opción sexual.

2.4.3. LA INDEMNIDAD SEXUAL

Un sector cada vez más creciente y mayoritario de la doctrina penal comparada y nacional, aunque con importantes discrepancias, viene destacando de manera reiterada la insuficiencia de la libertad sexual para explicar y fundamentar el castigo de ciertas figuras delictivas del Derecho penal sexual en las que es visible la falta de las condiciones y requisitos mínimos para el ejercicio de dicha libertad como es el caso de la ausencia de ciertos elementos físicos o psíquicos, o en general de facultades cognitivas, ya sea permanentes o temporales. En estos casos no es posible hablar de libertad sexual en la medida en que el sujeto carece de la capacidad necesaria para auto determinarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual. Sería romper con la naturaleza de las cosas establecer como bien jurídico protegido a la libertad sexual cuando las condiciones ontológicas y valorativas se echan de menos en el caso concreto. Así, por ejemplo, si un sujeto no comprende la naturaleza ni el sentido de su acto, mal se haría en considerar que ha obrado en dicha situación en el marco del ejercicio de su libertad.

Ello es patente sobre todo en los casos del abuso sexual de personas afectadas de incapacidad psíquica o física (Artículo 172); el abuso sexual de menores (Artículo 173) y los actos contrarios al pudor de menores (Artículo 176-A) en los que se echa de menos justamente la capacidad de autodeterminación para el ejercicio de la sexualidad mínimamente responsable. Más allá de proteger la libertad sexual del menor, lo que se pretende es tutelar su desarrollo futuro o posibilitar luego el ejercicio de su libertad sexual, exenta de interferencias e intromisiones dañinas y perturbadoras. Por su parte, en el caso de los incapaces físicos o psíquicos, lo que se busca a través de las normas jurídico penales es asegurar que no sean instrumentalizados o se abuse de su incapacidad psíquica por parte de terceras personas. En ambos casos como se verá cuando se analicen dichos tipos penales no existe la posibilidad de autodeterminación en el ámbito sexual y no hay comprensión adecuada del significado de lo que supone realizar determinados comportamientos sexuales. Por ello, es que en estos casos junto a la libertad sexual se alude también a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en esta clase de infracciones.

2.4.4 LA INDEMNIDAD SEXUAL EN EL ABUSO SEXUAL DE MENORES

La indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el abuso sexual de menores de catorce años se caracteriza por considerar que el objeto de protección radica en la necesidad de cautelar su libertad futura. "El ejercicio de la sexualidad se prohíbe con ellos en la medida en que puede afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro".

El ordenamiento jurídico penal no muestra solo su preocupación y levanta su juicio de reproche sobre la práctica de una relación sexual con una persona indefensa (menor de catorce años), que no puede comprender la naturaleza del acto y es fácilmente manipulable mediante cualquier ardid o engaño, sino que se preocupa de allí que justifique una especial elevación de las sanciones de la incidencia y los efectos que una práctica de este tipo puede desplegar, y que generalmente es devastadora, en la vida afectiva, emocional, intelectual de la persona. La figura penal parte de la necesidad de proteger la incapacidad para comprender y valorar los actos o comportamientos sexuales que se practican con él o contra él, la enorme posibilidad de manipulación, la ausencia de un carácter formado, la indefensión total o parcial a la que están expuestos por su escaso desarrollo corporal y que es aprovechado por el autor para lograr el acceso carnal.

2.4.5 EL ABUSO COMO MODALIDAD COMISIVA DE LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL

La indemnidad sexual no constituye como complemento del bien jurídico libertad sexual un objeto de protección que permite como a primera vista parece el levantamiento automático de una forma de responsabilidad objetiva en el sentido de castigar todo comportamiento sexual, acto sexual u otro análogo que se realiza con las "personas indemnes": menores de catorce años y los incapaces psíquicos o físicos. No se sanciona de manera automática e inmediata todo acto sexual, otro acto análogo o cualquier otro comportamiento con significado sexual, sino que la intervención del Derecho

penal queda supeditada a la realización de una determinada modalidad de conducta como es la instrumentalización o el abuso de la edad de la víctima o de la incapacidad física o psíquica. Junto a la situación o estado objetivo descrito por la ley, se exige también un comportamiento del autor dirigido a objetualizar y prevalerse, abusando, de la condición de la víctima, requisito sin el que no puede haber delito alguno ni atentando punible contra la indemnidad sexual. En efecto, puede ocurrir que se lleve a cabo un contacto o acto sexual con el menor o el incapaz psíquico o físico, pero ello no conduce ni obliga a plantear de manera necesaria la punición de dicho acto, puesto que si no media una conducta abusiva o instrumentalizadora por parte del autor el hecho de viene en atípico en la medida en que no se ha realizado el comportamiento exigido por la ley.

Hasta aquí puede verse con suma facilidad cómo el modo comisivo que castiga y reprime la ley y que termina lesionando el bien jurídico: *Indemnidad sexual* es la conducta abusiva o aquella que supone una: Instrumentalización del sujeto pasivo: Menor de edad o incapaz psíquico o físico.

2.5.- EL PROBLEMA DE LA EDAD

El legislador peruano, siguiendo a la legislación anterior, coloca como límite y frontera para el libre ejercicio de la sexualidad del menor los catorce años. Cuando el menor tenga una edad inferior a la indicada por la ley y se practique un acto sexual u otro análogo con él se configurará automáticamente el delito bajo comentario, siempre que medie abuso. No obstante, cuando el acto sexual u otro análogo se realice con una persona mayor de catorce años no existirá ninguna clase de responsabilidad penal, si no ha mediado engaño (Artículo 175) o no se ha empleado violencia o amenaza para doblegar la voluntad de la víctima.

La ley peruana ha conservado el límite de catorce años por razones históricas y por mantener un punto de vista compatible con la legislación anterior. Si bien el ejercicio de la sexualidad en una sociedad democrática y

el ordenamiento jurídico pluralista no tiene por qué comenzar con el matrimonio, al no existir alguna prohibición legal o jurídica al respecto, ni por qué limitarse al mismo, la ley penal al entrar en vigencia el Código Penal de 1991 creyó pertinente homogeneizar ambas ramas del Derecho partiendo del principio cristiano que las relaciones sexuales deben iniciarse con el matrimonio. Por mucho tiempo que comprende a la codificación penal peruana anterior hasta el año 1999 se ha considerado que para el ordenamiento jurídico sería un grave contrasentido e incoherencia inexplicable el hecho de que se fijara la posibilidad de iniciar el ejercicio de la sexualidad del menor en una edad inferior y distinta a la regulada por el legislador civil *para* contraer matrimonio, dado que se llegaría a la ilogicidad de plantear que la persona puede disponer de su libertad sexual pero no puede casarse. Históricamente se estimó que sería una grave contradicción el que se pueda hacer lo mas (tener relaciones sexuales), pero no lo menos (contraer matrimonio), de tal manera que no tendría mayor sentido que la persona pueda ejercer su sexualidad libremente, pero que no pueda casarse.

No obstante la validez de lo dicho, creemos que un punto de vista como lo aludido no debe suscribirse en su integridad, ya que es posible adelantar el ejercicio de la sexualidad sin que por ello se tenga que igualar o disminuir también de manera necesaria la edad para casarse. Ello se debe a que la capacidad y el discernimiento para relacionarse sexualmente exigen únicamente la conciencia y la valoración de las posibles consecuencias del acto sexual, y no se requiere mayor madurez psíquica. En cambio, para contraer matrimonio se ha de exigir al menos teóricamente que la persona tenga una mayor capacidad y conciencia que la sola aptitud para ejercer su sexualidad y un sentido de la responsabilidad al momento de adquirir una serie de nuevos deberes como los que contrae con el cónyuge y con los hijos, y hacerse cargo del hogar junto al marido, la formación de la familia y la manutención de la misma. El pretender equiparar y colocar en un mismo plano de igualdad, en cuanto a la edad, tanto el poder ejercitar la sexualidad como la autorización jurídica para poder contraer matrimonio pasa clamorosamente por alto el hecho de que el matrimonio no puede reducirse

a la práctica de actos sexuales y que una plena vida sexual no basta permanecer dicha institución jurídica y social. Que una persona pueda comprender el significado del acto sexual o goce del suficiente desarrollo físico o biológico no significa que se encuentra preparada o puede cumplir satisfactoriamente con los deberes y obligaciones que demanda el matrimonio. El ejercicio de la sexualidad se encuentra sometido a menores requisitos tanto personales como sociales, si asumimos una ética social elemental o con una mínima base racional, que los que se exigen para contraer matrimonio. Por ello, creemos que no existe ningún inconveniente como de hecho ya sucede desde el 14 de noviembre de 1999, para que se rebaje o disminuya la edad necesaria del inicio del libre ejercicio de la sexualidad respecto a la edad exigida para contraer matrimonio. Dicha edad que la ley penal vigente lo fija en los catorce años bien puede incluso reducirse aún más, siendo el límite mínimo que se propone los doce o trece años, tal como sucede en algunos países europeos y en algunas legislaciones latinoamericanas.

Debe recordarse que el Perú es uno de los países que mantiene uno de los topes más elevados en cuanto a la edad en la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores. En la justificación de la disminución de la edad para ejercer la sexualidad antes de la edad apta para contraer matrimonio, se parte por reconocer que si bien ella depende en buena cuenta de las consideraciones ideológicas y de la misma libertad de decisión que el legislador penal tiene en este ámbito, también es cierto que dicha edad se encuentra sometida al cambio de las valoraciones sociales como al progreso de la sociedad¹⁵ y no puede verse como un criterio inmóvil y estático que no sea posible modificar con el correr del tiempo. No puede estimarse con corrección y con un mínimo asiento científico que los menores en todos los países y en todas las épocas tienen un proceso de maduración o de desarrollo bio-psíquico similar o igual, no solo por las diferencias raciales o de estructura y composición corporal, *sino* por los mismos condicionamientos que en no pocas veces el ambiente, la familia y la personalidad ejercen de manera decisiva y en general por los innegables

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan; *Manual de Derecho Penal (P.E.)*; p. 118.

determinantes parámetros culturales que entran en juego. Debe recordarse que la Psicología y la Sociología enseñan que en la sociedad y la civilización contemporánea la persona aprehende a ejercer su sexualidad antes que a aceptar y adecuarse a la responsabilidad que deriva del matrimonio. Incluso, está demostrado que el ejercicio de la sexualidad se des vincula cada vez más del matrimonio y es independiente de él.

LA EDAD CRONOLÓGICA Y OTROS CRITERIOS ALTERNATIVOS

La fijación del abuso sexual de menores en la legislación peruana en una edad inferior a los catorce años hace una referencia directa a la *edad cronológica*, criterio que ha sido adoptado por la mayoría de legislaciones del mundo, variando solo el guarismo o la cifra elegida¹⁶.

Sin embargo, no es correcto estimar que ésta es la única opción a lo que ha podido acogerse el legislador en la configuración del delito. La edad cronológica solo representa una y solo una de las posibilidades que el legislador nacional y cualquier otro puede escoger en la precisión del límite de este tipo o clase de delito contra la libertad sexual.

También puede acogerse y hacer referencia, si así lo quisiera, a la existencia de una *edad mental* que más allá de un guarismo o cifra determinada y que se relaciona solo a criterios temporales, tiene en cuenta el grado de madurez mental o el nivel de inteligencia que el menor ha alcanzado o posee en su vida cotidiana. La edad cronológica no sería más que un simple indicador referencial, incompleto, inestable y de poca utilidad si es que en su lugar se opta por un criterio más fiable y seguro: el de la edad mental, el cual no solo evaluaría el grado de desarrollo orgánico o corporal que el menor pudo haber alcanzado hasta una determinada edad (los catorce años), sino que ofrecería la posibilidad de lograr una dosis mayor de justicia analizando y revisando caso por caso para comprobar si el menor tiene o no la edad mental de una persona de catorce años. Este planteamiento hermenéutico repararía más que en la sola acreditación y demostración de la edad cronológica, en el hecho de si el menor en realidad tiene una determinada

¹⁶ Suárez Rodríguez, Carlos; *El Delito de agresiones sexuales asociados a la violación*; p. 263.

edad mental. Se llegaría a sostener que la ley penal cuando alude a los catorce años no se refiere necesariamente al paso del tiempo contado desde el nacimiento del menor hasta el momento que se cumple con dicha edad, La ley no elegiría el mejor camino si solo asume como cierto y único patrón de medida el transcurso del tiempo: la edad cronológica.

La primera consecuencia de dicha tesis es exigir que el juez de la mano de un peritaje psicológico obligatorio averigüe, por ejemplo, si el menor de dieciocho años tiene la edad mental de una persona de más de catorce años o en realidad la edad mental es compatible con la edad cronológica. Cuando la edad mental sea mayor de catorce años no se cometerá delito alguno, pero cuando el peritaje arroje lo contrario no habrá duda para establecer la existencia de un injusto típico. La segunda consecuencia es que los niños con una edad cronológica de 10 o 11 años que poseen una edad mental o una inteligencia superior o igual a la de un niño de catorce años, pueden fácilmente quedar fuera y al margen de la tutela penal. Por el contrario, los niños o jóvenes con una edad cronológica superior a los catorce años pero con una edad mental inferior a dicha cifra tendrían también que ser protegidos por el Derecho penal si es que no se quiere incurrir en la incoherencia de pasar por alto el único factor de medición de la edad mental. Un punto de vista como el descrito, pese a la noble intención de restringir el campo de aplicación de la edad, incurre en graves errores y merece una serie de objeciones que no deben desatenderse en un análisis imparcial. Una de ellas destaca que un planteamiento de este tipo favorecería la protección a los menores con una edad mental inferior a los catorce años sin necesidad de que padezcan de alguna clase de debilidad mental o de oligofrenia leve o a los que poseen una edad mental dentro de un mismo estándar con la edad cronológica, pero perjudicaría la tutela jurídico penal de los menores de edad que, por ejemplo, teniendo una edad inferior a los catorce años cuentan con un mayor nivel de inteligencia y edad mental o y desarrollado su inteligencia de manera prolija. La tesis descrita terminó sin quererlo por excluir del campo de aplicación de la norma a los niños que por diversos factores cuentan con una edad mental más desarrollada le pasa por alto, además, que la edad mental, el coeficiente intelectual y el simple

desarrollo de la inteligencia no son los únicos factores que han de tenerse en cuenta para saber si el menor comprendía o no el significado del acto sexual u otro análogo. La edad mental no puede medir, al menos no con la plenitud o precisión deseable, el hecho de si el menor tiene o no un necesario equilibrio psicológico y no incide en otros aspectos de la vida psíquica, los cuales ejercen una notoria influencia en la comprensión y valoración del hecho como el grado de afectividad, el control o no de sus emociones. A lo dicho se agrega que la fijación de la edad mental no se produce de manera exacta o puntual, señalando, por ejemplo, que el menor tiene en guarismos o números tal cual edad psicológica, no solo porque la psicología no es una ciencia exacta, como la matemática o la física, sino por las limitaciones que todo diagnóstico psicológico o psiquiátrico posee estudiar o medir su objeto de análisis, a pesar de lo depurado y minucioso que haya sido la metodología o técnica empleada, ya que el conocimiento de la personalidad o de la misma edad mental nunca se da por acabada o se puede cerrar de manera definitiva. Por ello, no parece que sea la mejor postura y opción político criminal detenerse en la edad mental para delimitar si existe o no un abuso sexual de menores.

Por otro lado, se señala contra esta postura el hecho que fomentaría de una forma desmedida e inexplicable la arbitrariedad judicial y la importancia que desempeñan en un proceso penal el papel de los peritos, puesto que los jueces no asumirían de manera obligatoria un patrón objetivo de valoración, sino que tendrían que postular, de la mano de las exigencias de la edad mental, un exhaustiva como inaplazable averiguación caso por caso de si el menor tiene o no la edad mental exigida por la ley. En cada situación en donde se tengan relaciones sexuales con una persona menor de dieciocho años o incluso mayor de edad se debe instaurar la respectiva averiguación de si la persona tiene la edad mental señalada por la ley. El trabajo del juez y del perito que le auxilia en su labor podría ser falible o sujeto a una valoración diversa, la cual según el caso puede llegar a resultados opuestos distintos en la medición de la edad mental sobre todo en los supuestos límites y que de manera evidente repercuten decisivamente en la tipicidad. Así, por ejemplo, un peritaje puede arrojar la edad mental de trece años y

otro peritaje posterior, solicitado por una de las partes, puede arrojar una edad mental de quince a dieciséis años en el sujeto pasivo. Dichas diferencias no solo pueden darse al hecho de que los profesionales pertenezcan a una escuela o a una corriente distinta del pensamiento psicólogo, sino a las técnicas o metodología de investigación empleada, o habiendo sido la misma, a una diversa valoración y entendimiento de los factores involucrados: algunos psicólogos pueden detenerse en un determinado aspecto y otros reparar en un criterio que consideran más importante. En todos estos casos la labor del juez no solo se ve duramente comprometida porque debe pronunciarse sobre una discusión de una especialidad que no es la suya, sino que nada asegura que la decisión que él tome va a ser correcta, y, por tanto, se logre un resultado justo y político criminalmente confiable y respetable.

Asimismo, de aceptarse como punto de referencia la edad mental del sujeto no solo tendría que acogerse en la interpretación del tipo de abuso sexual de menores, sino que debería extenderse, de modo lógico, a otros tipos penales en los que también se alude de manera directa a la edad, tal como sucede en el delito de seducción (Artículo 175) y en el que además de comprobar el engaño, o el acto sexual u otro análogo, se deberían concentrar los esfuerzos judiciales en fijar también los parámetros de la edad mental. También la imputabilidad penal, en cuanto a su límite mínimo, debería participar de las exigencias y criterios de la edad mental.

Finalmente, desde el punto de vista jurídico-penal, la posibilidad de admitir o hacer ingresar en vez de la edad cronológica la edad mental trae una vulneración directa de una de las consecuencias más importantes del principio de legalidad como es la prohibición de analogía y el desbordamiento del sentido literal posible, el cual no realiza ninguna alusión a la edad mental, sino que funda la prohibición penal en la edad cronológica. De aceptarse el planteamiento que aquí se critica, no solo se estaría alterando la interpretación histórica del precepto en comentario, sino que se estaría tergiversando y arrojando por los suelos los alcances del principio de legalidad. Otra de las opciones que puede seguir el legislador en el abuso sexual de menores, más allá de la edad cronológica o la edad mental, es el

inclinarse por hacer referencia a una etapa o período psicológico propio del proceso de desarrollo y evolución del psiquismo humano, que bien podría ser la inclusión a la *pubertad* o la *adolescencia*. Con esta postura ya no se aludiría a la edad mental o a la edad cronológica, sino a una etapa psicológica. No obstante, y pese a ser otro intento loable en la delimitación del abuso sexual de menores, no resulta muy difícil percatarse de los inconvenientes de dicho planteamiento, pues coloca en la más abierta indeterminación y vaguedad la precisión de cuándo nos encontramos ante un adolescente o cuándo nos hallamos ante un púber. El juez más que administrar justicia y aplicar el principio de legalidad tendría que remitirse, dependiendo sus fallos, de las opiniones y valoraciones de los peritos psicológicos, que difícilmente pueden encontrar algún acuerdo al respecto en virtud a las diversas corrientes psicológicas que existen y a las variadas técnicas y metodología de averiguación que pueden emplearse, las cuales no siempre tienen por qué conducir a un resultado completamente seguro y confiable.¹⁷

Por último, dentro de las opciones y posibilidades a las que el legislador puede acogerse en la fijación del límite en el abuso sexual de menores es el de la *edad cronológica*, que es el método elegido no solo por el legislador peruano, sino por la mayoría de legislaciones de nuestra órbita cultural. La edad cronológica puede computarse desde el momento del nacimiento hasta antes de cumplir los catorce años o la edad indicada por la ley. No es necesario realizar alguna investigación adicional o efectuar, por ejemplo, un test de inteligencia o de precisión de la edad mental del presunto sujeto pasivo. Basta comprobar la edad cronológica empleando los elementos probatorios pertinentes para que el requisito de la tipicidad se encuentre cumplido o satisfecho.

Las objeciones que se plantean contra la *edad cronológica* como límite a utilizar en el abuso sexual de menores, son la de fomentar el tratamiento desigual de situaciones semejantes como cuando se sanciona el acto sexual y que se practica con el menor un día antes de cumplir éste los catorce

¹⁷ Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Jurídica S.A. 2002.

años, cosa que no hubiese pasado si el autor hubiera esperado un día más¹⁸; asimismo, y en idéntico sentido, resulta poco satisfactorio, desde una idea de justicia y del principio de igualdad, que el autor del hecho reciba la pena judicial que en el Derecho penal debe mantenerse en los límites más bajos posibles. El punto de vista de la edad cronológica es el más compatible e integral con el fundamento para la criminalización del abuso sexual de menores ya que no solo respeta el fundamento psicológico -como pasa con el criterio de la edad mental, sino también, y en mayor medida, el fundamento biológico y el fundamento jurídico de la misma, prohibiendo hasta un extremo cierto, objetivo y susceptible de verificación, la realización de un acto sexual u otro análogo con el menor. Por ello, se puede sostener que la razón principal para seguir manteniendo el límite o frontera del abuso sexual de menores en la edad cronológica son las exigencias que derivan de la seguridad jurídica, toda vez que la edad cronológica permite una mayor certeza, objetividad y control de las decisiones judiciales como una mayor previsibilidad en el momento de la realización de las conductas por parte del autor, cuestión que abona a una mayor confianza en las normas y en valiosos puntos de vista que se asientan en la prevención general positiva y en una perspectiva político-criminal racional, excluyendo la arbitrariedad y la incertidumbre en la administración de justicia.

2.5.1.- LA PRUEBA DE LA EDAD CRONOLÓGICA

La edad del sujeto pasivo en el delito de abuso sexual de menores habrá de acreditarse, tanto para establecer la punición o no de la conducta, como la aplicación de las agravantes, según los medios ordinarios de prueba aceptados en nuestro ordenamiento jurídico, sin excepción y exclusión de alguno. Sin embargo, existe una preferencia lógica y jurídica que opera y determina su grado de valor y utilidad en el proceso. Debe tenerse en todo momento en cuenta que la prueba de la edad no solo trata de demostrar el día o mes del nacimiento del menor, sino que en la mayoría de casos

¹⁸ Bajo Fernández, Miguel-Díaz-Maroto y Villarejo, Julio; *Manuel de Derecho Penal (Parte Especial)*; 12/22; p. 238.

resultan indispensable sobre todo en los supuestos problemáticos acreditar también el día del nacimiento.

La edad puede probarse sobre la base de una partida de nacimiento expedida por el organismo público de Registro Civil en el que el menor fue asentado. También puede probarse con una partida de bautismo o con una constancia del centro médico donde la madre fue atendida y en caso de que no lo hubiera puede recurrirse a un examen pericial que si bien no puede precisar el día exacto del nacimiento, si está en condiciones de fijar el año aproximado del nacimiento. Dicho pronunciamiento pericial debe ofrecer la suficiente confianza y seguridad para justificar una sentencia condenatoria¹⁹.

En ningún caso y bajo ninguna circunstancia la pericia pretenderá sustituir la prueba de la edad cronológica por la acreditación de la edad mental. Como señalamos, también puede emplearse el certificado médico del hospital o maternidad en donde la madre dio a luz. El mencionado valor o jerarquía de los medios de prueba no debe fijarse en función de la formalidad o el valor jurídico del instrumento jurídico público o privado que se utilice, sino sobre la base de su utilidad y pertinencia para acreditar la edad de la víctima. Se trata de demostrar un hecho o un dato, no cumplir con una formalidad legal. Por ello, un certificado médico expedido por el hospital o maternidad donde la madre fue atendida tendrá mayor valor y podrá suplir cualquier error que pueda encontrarse en la partida de nacimiento o en la partida de bautismo. Sin embargo, en caso de que exista un conflicto entre los datos referentes a la edad descritos en la partida de nacimiento o la partida de bautismo de manera genérica tendrá mayor valor, desde un punto de vista jurídico formal, el documento público; pero como se estableció, lo determinante será el medio adecuado para demostrar la edad del sujeto pasivo, por lo que en ocasiones puede preferirse por su especial eficacia la partida de bautismo u otro medio idóneo.

Si pese a la pericia realizada o las pruebas actuadas en el proceso existen dudas razonables sobre la edad de la víctima y dichas dudas afectan la

¹⁹ Freyre, Luis; *Derecho Penal Peruano (Parte Especial)*; p. 48.

punición o no del comportamiento o la aplicación de una pena más grave u otra más leve, y si ésta no puede subsanarse empleando cualquier otro medio o instrumento probatorio debe aplicarse en toda su magnitud el *in dubio pro reo*, ya sea para decretar la impunidad del autor o para aplicar una pena más leve. Por ejemplo, existen dudas en la determinación de si la edad del menor es de siete o más años (Artículo 173 inciso1).

No está demás recordar aquí que la prueba de la edad no es solo la demostración de un dato más en el proceso en donde se instruye un abuso sexual de menor que puede o no cumplirse. Muy por el contrario, la prueba no solo es importante, sino representa una *condittio sine qua non* sin la cual no puede expedirse sentencia condenatoria, puesto que la edad constituye un elemento del tipo objetivo. Como dijimos anteriormente la edad del menor no se establece solo en un cómputo anual o mensual, sino que la variación de los mismos depende de un día concreto como es el día del nacimiento. El hecho de que una persona tenga trece años y trescientos sesenta y cuatro días de edad no hace que tenga catorce años ni posibilita la impunidad del autor así como los siete años cumplidos no permiten ni facilitan la imposición de una pena de cadena perpetua, sino solo la aplicación de una pena privativa de libertad de veinticinco a treinta años.

Respecto a la determinación de la edad cronológica que es un elemento típico objetivo esencial del delito de abuso sexual de un menor puede presentarse una interesante problemática y disputa doctrinal de indudable consecuencia práctica y que refleja la importancia de precisar cuáles son los límites exactos en la fijación de la edad del menor y que, por último, no solo interesa a esta infracción sino que se extiende también, por ejemplo, al delito de seducción sexual mediante engaño (Artículo 175) que fija la edad en el periodo comprendido entre los catorce (14) y dieciocho (18) años. El busilis y la interrogante se plantean cuando el acto sexual u otro acto análogo se realiza el mismo día en el que el menor de edad cumple los catorce (14) años o, en su defecto, cumple cualquiera de las edades que a manera de escalas cronológicas se encuentran recogidas en los artículos. 173 y 176-A del Código penal y que son los siete (7) y diez (10) años. En este último

supuesto más que hablar de atipicidad de la conducta lo único que se trata es de dilucidar la escala penológica a aplicar, pues si el abuso sexual se lleva a cabo sobre un niño mayor o menor de siete o diez años no se discute si la conducta es impune o no, sino únicamente la magnitud de la pena a imponer. Aquí la conducta siempre sería típica y relevante para el Derecho penal.

Por su parte, en el primer caso, cuando el menor realiza el acto sexual y cumple el mismo día los catorce años de edad se trata de determinar si la conducta es atípica o, en todo caso, si sigue siendo punible. Al respecto para determinar cuándo un menor cumple los catorce años y en general cuándo cumple años pueden seguirse dos posibles caminos. Uno de ellos repara en el cómputo de los plazos según los días transcurridos y que se cuentan desde la medianoche del día de su fecha, sin reparar en otro criterio que ofrezca tal vez mayor precisión y seguridad. Así, por ejemplo, si el menor nació exactamente a las 10 a.m. del 1 de enero de 1989 los catorce años los cumplirá indefectiblemente desde la medianoche o las 00:00 del 1 de enero del 2003. Las desventajas y las críticas que se formulan a esta postura es su relativa indeterminación y vaguedad, pues parte de una presunción legal y de una estimación general que no permite un análisis fidedigno y real del caso concreto al considerar que todas las personas cumplen años a las 00.00 horas del día y fecha de su nacimiento, olvidando el dato fáctico que demuestra todo lo contrario. Se deja de lado que el Derecho penal se construye sobre datos y hechos reales y no sobre presunciones o afirmaciones que la realidad demuestra que son falsas. Un cómputo de los plazos de esta naturaleza podrá ser válido y tendrá relevancia en el Derecho privado pero carece de significación en el Derecho penal, el caso aspira a realizar la justicia dentro de los márgenes de la seguridad jurídica se apunta, además, que un criterio de esta índole conduciría irremediabilmente a la aplicación de absoluciones injustas y que violentan la necesaria referencia a las categorías de la dogmática penal, contrariando los fines político-criminales que deben presidir toda la actuación punitiva, pues si todas las personas cumplen años en este caso los catorce

a las 00.00 del día y fecha de su nacimiento, el abuso sexual que se lleva a cabo después de dicho tiempo pero antes de la hora exacta de su nacimiento será impune dado que luego de las 00.00 todos habrán cumplido ya para el caso que se analiza catorce años.²⁰

Por su parte, el otro criterio pone atención no tanto en el cumplimiento de los plazos en la medianoche o las 00.00 horas en las que el día en cuestión se inicia, sino que repara también con mayor especificidad y precisión tanto en el día como en la hora y los minutos transcurridos desde la fecha del nacimiento²¹. Según esta postura más que reparar el cómputo de los plazos desde la medianoche del día del nacimiento se debe delimitar el cumplimiento de la edad de la manera más exhaustiva posible, valorando si fuera posible- la hora y los minutos transcurridos; de tal manera que en el ejemplo propuesto los catorce años recién se cumplirán luego de transcurridas las 10.00 a.m. del 1 de enero del 2003, es decir, el menor tendrá dicha edad desde que se inicie el primer minuto siguiente; en pocas palabras desde las 10.01' .01" a.m. A diferencia del criterio anterior este punto de vista sostiene que el menor desde las 00.00 horas del 1 de enero hasta las 10:00 seguirá teniendo trece años. Las objeciones que se dirigen contra este punto de vista enfatizan la imposibilidad de determinar en todos los casos o en la inmensa mayoría de ellos el tiempo exacto del nacimiento en cuanto a la referencia precisa de horas y minutos, ya que cuando no se especifica dicho dato o elemento puede que exista abierta discrepancia y posiciones opuestas respecto al momento hora y minutos que efectivamente se produjo el nacimiento. Esta posición sería viable si en todos los casos se podría determinar con la necesaria precisión el momento exacto del nacimiento. Sin embargo, como esto no es así queda pendiente la inteligente de ¿cómo se deben resolver los supuestos en los que no exista la suficiente claridad respecto al real y preciso momento en el que se produjo el nacimiento? ¿A qué parámetro de valoración debe ceñirse el juez? ¿A los

²⁰ Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Jurídica S.A. 2002.

²¹ Chocano Rodríguez; Reiner; *La Violación sexual y los actos contra el pudor de menores*; en Revista Peruana de Ciencias Penales; Lima; Julio-Diciembre de 1994; N° 4; p. 765.

días, a la hora aproximada, a un minuto tomado al azar? En contraposición del criterio anterior este planteamiento permite lograr cuotas más altas de justicia evitando que se arribe a absoluciones injustas y que pueden contravenir los postulados político-criminales básicos

Frente a los dos puntos de vista glosados, y tratando de tomar en cuenta los aspectos positivos y las ventajas de cada uno, puede sostenerse la aplicación de uno u otro criterio, según las circunstancias del caso concreto, Así, por ejemplo, cuando sea posible determinar a ciencia cierta y de manera fidedigna el momento exacto del nacimiento día, hora, o, incluso, minutos se debe optar por el segundo criterio computando el cumplimiento de los años desde el instante (hora y minutos), que la persona ha nacido. Por su parte, cuando no se sepa e ignore los datos más específicos como la hora y los minutos del nacimiento o porque sencillamente hay una profunda contradicción entre los datos y elementos que se manejan para dilucidar y solucionar satisfactoriamente el caso se debe aplicar el primer planteamiento tomando como referencia en la determinación del nacimiento a las 00.00. Ello evita salvar los vacíos probatorios y la incertidumbre en la resolución del caso. Pese al pensamiento tópico de este criterio el cual aparentemente respeta las necesidades y características propias del caso concreto, dicho punto de vista no se encuentra libre de críticas y objeciones, entre las que destaca la desigual aplicación de la ley y la incertidumbre jurídica que se genera por el hecho de no poder conocer la hora y los minutos en los que se produjo el nacimiento. Mientras más datos se conozcan acerca de la edad del sujeto pasivo la situación del autor, por lo general, variará, perjudicando o beneficiando su situación jurídica. Y en sentido contrario, al ignorarse, por ejemplo, la hora y los minutos del nacimiento del menor dicha situación terminará beneficiando o perjudicando también al autor, pues el período de tiempo en el que se modifica la edad quedará fijado a las 00.00. Asimismo, basta que se llegue a poner en duda y disputar la veracidad de los datos referentes a la hora y minutos del nacimiento consignados en la partida de nacimiento, bautizo, en la constancia expedida en el hospital para que el juez o el tribunal se vea persuadido de tomar como punto de referencia el

primer criterio.

Una vez descrito el variopinto panorama de posibilidades, es necesario tomar partido por alguno de ellos. En tal sentido, mostramos nuestra inclinación por el primer punto de vista que considera para el cómputo general y de todos los casos de la edad del menor al plazo que comienza a correr a las 00.00 del día en el que el sujeto pasivo ha nacido. Ello se debe a la necesidad de garantizar las cuotas más elevadas posibles de seguridad jurídica no solo para la solución del caso sino para aplicar de la manera más justa y equitativa un estándar objetivo de valoración. Solo así se evitaría la incertidumbre y la ambigüedad deriva de ignorar cuándo y en qué momento la persona realmente ha nacido, hora y minutos y las múltiples peculiaridades de cualquier hipótesis fáctica en la que a pesar de saber el momento exacto del nacimiento no se puede lograr conocer con la suficiente precisión y exactitud cuándo se realizó y se consumó el abuso sexual de menor de edad. Si bien el segundo punto de vista que repara en la necesidad de precisar la hora y el minuto del nacimiento logra acercarse más a la realización de la justicia, no puede resolver ni explicar satisfactoriamente la solución del caso cuando dicho conocimiento no es posible. Por otro lado, el planteamiento que se suscribe permite homologar y acercar los criterios de valoración en cuanto a los plazos del Derecho penal con la de otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho Civil y el Derecho procesal en las que el cómputo comienza a correr desde las 00.00 del día. En este caso nadie puede negar que tal vez se pierden cuotas de precisión y exactitud y, por tanto, también de justicia, pero se gana una notable certeza y seguridad dado que se sabe de antemano que todos los casos van a ser enjuiciados y resueltos de manera idéntica y homogénea sin dar pie a la arbitrariedad y la incertidumbre judicial.²²

2.5.2.- LAS RELACIONES SEXUALES ENTRE MENORES

²² Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Jurídica S.A. 2002.

La problemática que deriva de los actos sexuales u otros análogos realizados entre menores posee varias aristas y extremos complejos que deben analizarse.

En primer lugar, debe advertirse que los puntos de tensión no solo se generan cuando las relaciones sexuales se realizan entre menores de catorce años, sino también cuando, por lo menos, uno de ellos tiene una edad que oscila entre los dieciocho años y catorce años y el otro tiene una edad inferior a catorce años. Debe aclararse en principio que no existe ninguna clase de inconveniente ni el Derecho penal tiene por qué intervenir, de la mano del principio de intervención mínima, cuando los menores que realizan el acto sexual u otro análogo poseen ambos una edad mayor de catorce años. El problema surge cuando por lo menos uno de los intervinientes es menor de catorce años.

En segundo lugar, debe recordarse aquí lo mencionado anteriormente cuando dijimos que la prohibición de no mantener relaciones sexuales con menores de catorce años no solo se dirige a los mayores de edad porque de esa manera el mensaje normativo podría ser entendido como un fomento o una permisón de las relaciones sexuales entre menores sino contra toda persona, independientemente de la edad, y entre los que se incluye obviamente todos los menores. De modo general y si se parte del merecimiento de la pena, la incriminación penal solo tiene sentido cuando la prohibición se entiende a todos los seres humanos y no solo a unos cuantos. Lo mismo sucede, por ejemplo, cuando se trata de la prohibición penal que subyace en el homicidio y en la que la norma penal se dirige a todos los ciudadanos y no solo a los mayores de edad. Entenderlo en sentido contrario sería recortar y limitar los alcances de la norma penal, alentándose a una criminalidad de los más jóvenes o de los niños. Por ello, cualquier construcción que se formule o se efectúe no puede dejar de partir de esta consideración y es este principio, aún cuando se pretenda matizar su alcance o flexibilizar su contenido.

Vistas las cosas de esta manera la problemática y los inconvenientes desaparecen y solo quedan dos interrogantes y preguntas por contestar. La primera de ellas es qué pasa cuando uno de los menores involucrados en la relación sexual tiene menos de dieciocho años y más de catorce años, y la segunda es cuál debe ser el tratamiento jurídico, cuando los menores tienen igual edad o existe una diferencia pero ambos tienen menos de catorce años. En el primer caso, se deben aplicar las medidas socioeducativas más graves que se incorporan en el Código del Niño y el Adolescente si el menor de dieciocho años ha logrado el acceso carnal con el empleo de violencia o grave amenaza (Artículo 170. Si el menor abusó del sujeto pasivo (Artículo 175), aplicando el principio de proporcionalidad, se debe imponer una medida socioeducativa de menor gravedad. Ahora bien, si la relación sexual se ha realizado voluntariamente y sin ningún tipo de violencia o abuso, creemos que no debe imponerse al menor una medida socioeducativa.

Creemos que en una futura reforma legislativa se debe incorporar una disposición en la que por razones político-criminales y en especial por la ausencia de necesidad de pena [principio de intervención mínima] se exonere de responsabilidad al menor que tenga dos o tres años de edad de diferencia con el sujeto pasivo, pues en estos lo que se produce más que un ilícito penal es el descubrimiento de la sexualidad entre menores. Dicha medida legislativa vendría a colocar límite cronológico al merecimiento de pena, complementándolo con los principios político-criminales de utilidad y necesidad.

Lo mismo debe suceder en el segundo supuesto en el que la relación sexual se mantiene entre menores de catorce años. No tendría ningún sentido imponer una medida socioeducativa, salvo en los casos donde el menor de catorce años abuse sexualmente de un niño, por ejemplo de cinco o cuatro años de edad. Aquí bien podría también mantenerse la regla por la que se

exige un máximo de tres años entre los menores que practican un acto sexual²³

2.5.3- EL CONSENTIMIENTO Y OTROS FACTORES EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La doctrina penal se pregunta acerca del tratamiento que debe recibir la relación sexual que practica una persona (mayor de edad) con un menor de catorce años que se produce contando con su consentimiento o a requerimiento de éste v. gr. el acto sexual que un varón menor de catorce años tiene con una prostituta o un homosexual a quien paga por sus servicios si nos ceñimos a los principios descritos anteriormente no cabe duda que en estos casos existirá un inobjetable injusto penal, ya que ni el consentimiento ni el pedido del menor de la relación sexual generan algún efecto eximente, más aún si la ley penal de manera expresa desiste de plantear cualquier referencia al respecto. La norma penal no dice nada sobre la posibilidad de un tratamiento jurídico-penal diferenciado o benigno que debe recibir el autor cuando el menor consiente el hecho o lo solicite. El silencio de la ley debe ser entendido, tal como hace correctamente la doctrina de manera unánime, como una exclusión intencional por parte del legislador de cualquier relevancia del consentimiento, acuerdo o la existencia de una fáctica y real posibilidad de comprensión del acto sexual. A la ley no le interesa que estos hechos o circunstancias sucedan en la práctica con frecuencia, pues sencillamente no les concede trascendencia jurídica alguna.

Sin embargo, un sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo generales que deben presidir toda construcción o planeamiento jurídico-penal nos obligan a mantener un criterio flexible y abierto en este punto. Si bien ello no supone de alguna manera la exoneración de responsabilidad penal al autor del hecho, no existe ningún inconveniente

²³ Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Jurídica S.A. 2002.

para que en la fase de la determinación o individualización judicial de la pena reciba un tratamiento más benigno y se le imponga una pena atenuada²⁴. No obstante, creemos que el consentimiento no puede ser el único criterio o factor relevante a tener en cuenta en esta instancia y fase de aplicación del *ius puniendi*, también debe incorporarse un análisis de la edad del menor, mientras menos edad tenga el niño, menor eficacia tendrá su consentimiento, la posibilidad de comprender el significado del acto que realiza o las circunstancias del caso como el grado de vinculación o parentesco entre el autor y el menor, el cual, en algunos casos puede dar pie a promover la confusión entre un genuino consentimiento y el temor reverencial. Queda a la prudencia la sabiduría del juez valorar y conferir su respectivo valor a cada una de estas variables.



²⁴ Berenguer, Enrique; *Delitos contra la Libertad sexual*; p. 119.

3.- MARCO CONCEPTUAL

3.1 VÍSION HISTORICA DE LA VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL:

En la época antigua, el hombre primitivo para recuperarse una esposa, forzaba sexualmente a una mujer apetecible a la que luego llevaba a su tribu, donde tenía que proteger su honra.

Este tipo de actos cometidos, ha sido severamente sancionados por algunas civilizaciones de la antigüedad; es el caso por ejemplo del Código de HAMURABI, cuerpos de leyes citadas en BABILONIA hace unos cuatro mil años: "... el hombre que violaba a una muchacha prometida y virgen era condenado muerte".

En Grecia por el contrario se dio una tolerancia e incluso un fomento de ciertas formas y adolescentes púberes, por lo general en el interior de un contexto educativo en el que el varón adulto tenía encomendada la formación ética e intelectual de su pupilo, lo que en nuestros días considerados como abuso sexual infantil.

En ROMA la "*LEX JULIA ED VI PUBLICA*" sancionaba con pena de muerte, la unión sexual violenta con cualquier persona casada o soltera debido a que se consideraba a la sociedad como la ofendida.

De igual forma en la época MEDIEVAL se sancionó severamente a quienes cometían estos hechos, fue en esta época donde aparecieron los famosos cinturones de castidad para proteger a las mujeres de las violaciones.

Sobre los severos castigos previstos en periodos pasados, recién a partir del siglo XVIII es que se indica su abandono, estableciéndose medida de privación de libertad, sin embargo, tanto las penas impuestas en el pasado como las medidas de privación de libertad, no han podido disminuir la incidencia de casos de incesto y violación sexual en contra de niños, muy por el contrario se ha incrementado en la actualidad este tipo de actos.

Entonces podemos concluir que el abuso sexual infantil como problema no surge en la sociedad moderna ni contemporánea, es una situación presente a lo largo de la historia de la humanidad, bajo distintas formas, pero con un mismo resultado.

3.1.1 DEFINICIÓN DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES.

El abuso sexual contra niñas es “Toda actividad sexual que un adulto o adulta impone, ya sea con engaños, chantajes o fuerza a una persona que no tiene madurez mental o física para entender de lo que se trata. Se presenta en varias formas: desde las palabras insinuentes, caricias, besos, manipulación física y exhibición de los órganos sexuales, hasta la violación”

La explotación sexual del niño(a) o adolescente por otra persona con el fin de obtener beneficio económico (prostitución y la pornografía) también es abuso sexual la Trata de Personas.

La violación sexual no solo es un hecho de violencia física si no la violencia moral, de humillación, ataca la dignidad de la persona, es un crimen de poder y no de placer.

3.1.2 MITOS Y REALIDADES RESPECTO AL ABUSO SEXUAL.

Frente a una realidad tan compleja y dolorosa como el abuso sexual contra niños (as), se dan diferentes ideas erróneas, que requieren ser aclaradas. Así tenemos las siguientes:

- **MITO:** Los que abusan sexualmente de los niños y niñas casi siempre son extraños, personas desconocidas.
- **REALIDAD:** En la mayoría de casos los que abusan de niños y niñas son personas conocidas y cercanas a la víctima como el padre, padrastro, tío, hermanos, vecinos, etc.
- **MITO:** Abuso sexual ocurre siempre en lugares apartados y oscuros.

- **REALIDAD:** El abuso sexual no siempre ocurre en lugares apartados y oscuros, sino generalmente se da en la casa de la víctimas o en la casa del agresor.
- **MITO:** Sólo las niñas son víctimas del abuso sexual.
- **REALIDAD:** El abuso sexual se produce contra niñas y niños, aunque en la mayoría de casos las víctimas son niñas.
- **MITO:** El abuso sexual ocurre siempre en casa del agresor .
- **REALIDAD:** El abuso sexual en la mayoría de los casos se produce en la propia de casa de la víctima.
- **MITO:** Los niños suelen inventar historia en los que alguien trato de abusar sexualmente de ellos.
- **REALIDAD:** Los niños y las niñas no tienen cuando han sido víctimas de abuso sexual por parte de una persona
- **MITO:** Los abusadores son personas enfermas , alcohólicas y drogadictas.
- **REALIDAD:** Una persona normal y sana puede ser un abusador sexual.
- **MITO:** El abuso sexual siempre es la fuerza.
- **REALIDAD:** El abuso sexual muchas veces se produce sin violencia física, pues el niño o niña no oponen resistencia y guardan silencio, por no ser concientes de lo que está ocurriendo o porque son amenazadas por el agresor.
- **MITO:** “Lo homosexuales son más propensos a cometer abusos sexuales que los heterosexuales “
- **REALIDAD:** Las estadísticas indican que en general los heterosexuales son los más propensos a cometer abusos sexuales.

Se han identificado dos tipos de abuso sexual en menores:

- A) **Extrafamiliar.-** Se da cuando el abusador es un desconocido del niño. El abusador se excita y goza sometiendo a su víctima por la fuerza, el dolor y el terror.
- B) **Intrafamiliar.-** El abuso sexual intrafamiliar no es acto sino un proceso provocado por familiares cercanos al menor (padrinos, tíos, hermanos, padres, madres, etc.)

En estos casos el abusador, generalmente ocurre en familias de escasos recursos económicos y con problemas de comunicación (familia de descomposición)

- a) **SEDUCCIÓN.-** Persuadir o iniciar con personas o con engaños a un niño y tener relaciones sexuales.
- b) **INCESTO.-** Relaciones sexuales practicadas entre padre e hijos, abuelos y nietos, hermanos, tíos y sobrinos y/o padres o hijos adoptivos. Es una de las variedades más frecuentes al mismo tiempo menos denunciado.
- c) **PROSTITUCIÓN INFANTIL:-** Es cuando el adulto a los niños en sus practicas sexuales a cambio de un pago.
- d) **EXHIBICIONISMO.-** Cuando un adulto muestra sus genitales a un menor.
- e) **VOUYERISMO.-** Ocurre cuando un adulto, para graficar sexualmente, mira a un menor desnudo.
- f) **MANOSEO.-** Cuando una persona mayor toca acaricia, roza o refriega los genitales en cualquier parte del cuerpo del niño, besos prolongados en la boca.
- g) **FELLATIO.-** Cuando un adulto estimula los genitales del niño con la boca u obliga a los mismos a estimularle sus órganos genitales.

3.1.3 SITUACIONES QUE PUEDEN FACILITAR EL ABUSO SEXUAL.

A) SI EL NIÑO O LA NIÑA:

- No recibe suficiente afecto
- Está educada para obedecer y callarse siempre frente a los adultos.
- No conoce su cuerpo ni tiene información sobre sexualidad
- Es maltrato
- Tiene una autoestima pobre
- Se queda solo (a) por mucho tiempo o recibe una supervisión deficiente.
- Tienen dificultad para comunicarse y establecerse relaciones con los demás (aislamiento).
- No tiene en quien confiar.

B) SI LA MADRES:

- Está ausente
- Es asumida, carece de poder
- Es maltratada por el esposo
- Es poca comunicativa a los miembros de la familia.

C) SI EL PADRE:

- U otros varones adultos a su alrededor no ha aprendido a distinguir entre caricias sexuales y no sexuales.
- Es autoritario
- Poco comunicativo con sus hijos

D) SI LOS ADULTOS A SU ALREDEDOR

- Acostumbran poner en duda lo que ella o el le dice
- Consideran el sexo como algo tabú
- Exasperan y son impresionadas al descubrir situaciones de peligro.

3.1.4 COMO IDENTIFICAR AL NIÑO/NIÑA SEXUALMENTE AGREDIDO (A).

A) LAS HUELLAS DEL ABUSO.- Se suele pensar que el abuso sexual deja huellas físicas visibles, sin embargo niñas o niños pueden ser sometidas de forma muy diversas sin que medie necesariamente la fuerza. Formas sutiles de ejercer violencia como el chantaje la amenaza o el halago y los regalos no dejan marcas. Esto exige colocar la atención en el comportamiento de los niños (as), que es donde se registra un amplio rasgo de indicadores que suelen pasar inadvertido y/o mal interpretadas, póngase alerta si observa los siguientes indicadores:

INDICADORES FISICOS	INDICADORES DE COMPORTAMIENTO	INDICADORES DEL AGRESOR
• Dificultad para caminar o sentarse • Ropa interior rota, manchada o con sangre • Presenta en la áreas anales o genitales: Picazón, dolor o hinchazón, lesiones	• Perdida del apetito • Baja repentina en el rendimiento escolar. • Mala relación con compañeros • No gusta cambiar de ropa interior • Tendencias suicidas	• Posesivo y celoso de la víctima • Niega al niño o niña contactos sociales normales • Acusa al niño o niña de promiscuidad o seducción sexual.

o sangrado, secreción en pene o vagina. • Infecciones urinarias frecuentes • Dolor al orinar, mal control de esfínteres • Enfermedades venéreas • Embarazo	• Excesivo temor • Excesiva masturbación • Miedo al dormir solo • Fugas crónicas y/o conducta delictiva • Expresión de la actividad sexual a través de dibujos, juegos	• Anormalmente atento con la víctima • Baja autoestima • Abusado sexualmente de niño • Abusa del alcohol y las drogas • Aislado socialmente • Pobres relaciones de pareja • Cree que la niña o el niño disfrutan con el acto sexual • Cree que el contacto sexual expresa amor familiar
--	--	--

La mayoría de los niños abusados sexualmente muestran huellas, golpes o señales evidentes.

Los relatos físicos y los relatos de las niñas o niños víctimas son generalmente, indicadores válidos de la ocurrencia de abusos

3.1.5 PERFIL DEL ABUSADOR SEXUAL

Los abusador sexuales son tanto hombres como mujeres pero en mayor frecuencia son hombres. Proviene de cualquier clase social, religión, raza, profesión y mucho de ellos son casados.

La gran mayoría de ellos carecieron de efecto y contacto físico natural, y muchos de ellos también sufrieron de abusos, por lo tanto han logrado una personalidad incapaz de establecer relaciones sociales y menos sexuales, ya que no tuvieron oportunidad de desarrollar sus autoestima y mucho menos una auto evaluación.

De igual manera los abusadores han introyectado patrones de incesto intergeneracional y con frecuencia proviene de hogares con dinámica familiares patológicas, caracterizados por problemas matrimoniales y sexuales, ausencia prolongado de uno de los padres divorcio o separación. Alguno de ellos sufren de problemas mentales o es un consumidor de droga y/o alcohol.

Características de comportamiento de un padre o tutor abusador, a saber:

- Tendencia a la dominación y/o estilo disciplinarios rígidos.
- Tendencia a mantener al niño aislado del contacto amical.
- Resistencia a someter al niño a evaluaciones médicas o psicológicas.
- Suelen referirse al menor como su cónyuge sustituto.
- Excesivamente protectores o celosos del menor.
- Falta de cooperación con las autoridades de la escuela.
- Con frecuencia consideran al menor como su pertenencia

3.1.5.1 TIPOS DE AGRESORES.

- A) LOS DE PERSONALIDAD INMADURA.- Que, es el más frecuente es el individuo que nunca ha logrado movilizar aptitudes de relación con los demás, ellos mismos se perciben como niños, un hombre muy tímido, corteja al niño. Son aquellas personas que se llevan muy bien con los niños y como juego logran satisfacer su propia sexualidad, generalmente sin penetración, con fricción, frotamiento.

B) EL PAIDOISTA REGRESIVO.- Es una persona que tiene firmes relaciones heterosexuales, se establece sin dificultad, es decir, socialmente con una persona adecuada, sin embargo en un momento dado tiene una sensación de inadecuación sexual y a menudo atiende a la bebida. El contacto sexual es impulsivo y casi siempre con desconocidos. Este tipo de individuo ante los problemas, ante las crisis familiares reaccionan en una forma agresiva y tiene esta impulsividad hacia este tipo de contactos sexuales.

C) FINALMENTE TENEMOS AL PAIDOISTA AGRESIVO.- Que, es el menos frecuente afortunadamente, tiene una historia de conducta antisocial bastante extensa y puede sentir intensa hostilidad contra las mujeres, causa mucho daño físico. Este es el verdadero delincuente que vemos en los medios de comunicación, el que mata, el que lesiona y el que daña, que afortunadamente no lo son todos.

3.1.6 CONSECUENCIAS DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL.

Las consecuencias del abuso sexual infantil suelen darse en el equilibrio interno de las personas que lo sufren y se expresan en los diferentes niveles de la conducta.

EN EL NIVEL DE LA EXPRESIÓN EMOCIONAL:

- Miedo
- Ansiedad
- Sentimientos de haber sido inválido
- Depresión
- Perturbaciones en la autoestima
- Cólera
- Culpa y vergüenza

EN EL NIVEL COGNITIVO O DE PERCEPCIÓN DE LA REALIDAD

- Alucinaciones
- Despersonalización
- Disociación
- Falta de concentración. Problemas escolares

EN EL NIVEL DEL FUNCIONAMIENTO ORGÁNICO

- Exceso de actividades fisiología (sudoración, taquicardia, etc)
- Trastornos a nivel del cuerpo (problemas del sueño y/o comida)

EN EL NIVEL DE LA CONDUCTA

- Agresividad
- Conducta suicida
- Abuso de sustancias adictas
- Funcionamiento social limitado
- Trastornos de personalidad

PROSTITUCION INFANTIL

- En el nivel de relación interpersonal
- Problemas en las relaciones afectivas
- Abandono del hogar
- Posibilidades de volver a ser abusados
- Posibilidades de convertirse, a su vez, en abusadores

- Problemas en el funcionamiento sexual por sentimientos de ansiedad y culpa que provocan:

A) Autoestima sexual baja

B) Dificultad para encontrar satisfacción en las relaciones sexuales

EN MENORES DE 8 AÑOS:

Miedo a dormir solo.

Frecuentes pesadillas

Temores nocturnos

Incapacidad de controlar esfínteres

En su conducta muestran excesivo nerviosismo con estados de ansiedad y depresión y buscan estar acompañados, se muestran hiperactivos y casi siempre hablan llorando.

En su relación con otros niños buscan hablar de temas vinculados al sexo y desarrollan posturas sexuales agresivas, en otros casos pueden llegar a procesos de masturbación excesiva. Generalmente muestran cambios de conducta en la escuela y detectan algunos problemas de salud generales como consecuencia física de la violación.

3.1.7 DELITOS CONTRA LA INDEMINIDAD SEXUAL.

3.1.7.1 TIPOS OBJETIVOS

3.1.7.1.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El bien jurídico protegido es la libertad sexual. Ahora bien, tal y como apuntan algunos de los autores antes señalados, cuando el sujeto pasivo resulta ser un menor de 12 años o persona que se halle privada de sentido o padezca un trastorno mental del que abusa el agresor, se evidencia que no

puede hablarse en tales casos de la libertad sexual como bien jurídico protegido, por la sencilla razón de que la libertad sexual sólo puede apoyarse en la capacidad para conocer y entender el significado de la entrega sexual, y faltándole tal capacidad a menores, personas que padezcan trastorno mental o que se hallen privadas de sentido, también estará ausente la libertad sexual que no podrá ser menoscabada (MARCHENA). Así y para tales supuestos, más que de la libertad sexual como bien jurídico protegido, debería hablarse de la «intimidad», la «intangibilidad» o la «indemnidad»²⁵.

3.2.- TIPO DEL INJUSTO

3.2.1.- SUJETOS

El autor del abuso sexual a un menor puede ser tanto un hombre como una mujer, El Código penal vigente ha abandonado el punto de vista de la legislación anterior que consideraba como único posible autor a los varones, excluía del círculo de autores a las mujeres. En la actualidad gracias a la democratización del Derecho penal sexual y de la mano del principio de igualdad se ha logrado subsanar este yerro y se permite una tutela penal más homogénea e integral respecto a la protección del bien jurídico.

El sujeto pasivo solo puede ser el menor de catorce años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psico físico que haya alcanzado o de si ha tenido antes o no experiencias sexuales o sentimentales o de cualquier otra índole. El Derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior del menor revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos. El delito en comentario es uno de los tipos más claros del Código Penal en cuanto a los requisitos típicos, en virtud a que para su operatividad solo se requiere comprobar la edad cronológica de la víctima y la práctica de un acto sexual u otro análogo mediante abuso. Se dice, con razón, que la tutela penal de la sexualidad del menor es absoluta e irrestricta porque se

²⁵ *Diccionario Jurídico Moderno, Raúl Chaname Orbe, Editorial RAO S.R.L., Lima 2001.*

protege a todo menor de catorce años, sin distinguir algún dato o referencia adicional, como el sexo, raza, religión, etc

La cobertura de la ley es sumamente amplia y extensa y abarca cualquier modalidad de acción que el autor se le ocurra ejecutar logrando el acto sexual, siempre que revista las características de una conducta abusiva. Incluso y tal como se apuntó anteriormente no interesa si el menor quien toma la iniciativa o solicita reiteradas veces la practica de relaciones sexuales. La modalidad de actos abusivos tendrá alguna clase de relevancia en la orbita de la determinación judicial de la pena, pero será completamente indiferente en el momento de la fijación de la tipicidad y del injusto penal. Asimismo, no interesa el tipo de la relación sexual que se realice. No solo se castiga la penetración vaginal o anal, sino las modalidades del sexo oral como la *felatio in ore* o el *conilingüis*.

La prohibición de mantener relaciones sexuales con menores de catorce años no solo se extiende a las personas mayores de edad (dieciocho años), sino a todo aquel que se relacione con el menor. También se dirige, al menos en nuestra legislación, a otro joven o un adolescente. No es correcto entender a la prohibición penal como si se refería a proscribir relaciones sexuales del menor con mayores de edad, pues se resquebrajaría el fundamento de la tutela penal antes aludido, tergiversándose el mensaje normativo, el cual llegaría a afirmar que el menor no puede relacionarse sexualmente con personas mayores de edad, pero si con personas de la misma edad o de una edad semejante²⁶. Se estaría planteando que la ley penal lo que busca es el fomentar (o en todo caso permite) las relaciones sexuales entre los propios menores de catorce años, cuestión ciertamente harto discutible. No obstante, si la practica sexual se produce entre menores de edad y uno de ellos es menor de catorce años es obvio que no se podrá abrir un proceso penal, pero se podrían aplicar sin ninguna clase de inconveniente las normas recogidas en el Código del niño y el adolescente, las cuales mas que imponer una sanciones jurídicas implementan una serie

²⁶ Mantovani, Ferrando; *Diritto Penale (Parte Speciale): I Delitti contro la Liberta e intangibilita sessuale*; p. 50.

de medidas socio educativas. Ello está condicionado, claro está, a que se realice por parte de uno de los menores una conducta abusiva.²⁷

3.3.- TIPO SUBJETIVO

Raúl Peña Cabrera respecto al Tipo subjetivo considera a sujeto activo, que comúnmente lo es un hombre, pero también la mujer puede serlo. Para Logos, una mujer que dispensa sus favores a un muchacho menor de catorce años es punible con el mismo título a un hombre que abusa de un menor de la misma edad; Sujeto pasivo; Puede serlo tanto el hombre como la mujer menores de catorce años de edad. La relación sexual puede ser tanto homo como hetero sexual.

Luis Alberto Bramont Arias-Torres, Maria del Carmen García Cantizan, refiere que el sujeto activo es cualquier persona , hombre o mujer menor de catorce años de edad , computada desde un punto de vista objetivo y no en base a la edad psíquica del sujeto. Se comprenden las relaciones hetero sexuales y las homosexuales entre hombres.

El comportamiento consiste en practicar el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años.

En el tipo no entra en ningún momento en consideración el consentimiento del menor, pues éste carece de validez. Tampoco tiene trascendencia si el menor se dedica a la prostitucion o si ha perdido la virginidad.

La discusión más importante en torno a este delito en el límite de edad, es decir, hasta qué edad debe protegerse el desarrollo sexual del menor. El Código Penal, siguiendo la tendencia de la mayoría de las legislaciones, ha preferido fijar la edad del sujeto pasivo en lugar de correr el riesgo de dejar al Juez la facultad de apreciar, caso por caso, la capacidad de la persona ofendida.

1. La única modalidad comisiva que acepta el delito de abuso sexual de menores es el dolo. Por expreso mandato del principio de legalidad y del

²⁷ Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Juridica S.A. 2002.

principio de responsabilidad subjetiva (Artículo 12) queda excluida la posibilidad de alegar cualquier especie o modalidad de la culpa, ya sea consciente o inconsciente o culpa grave o leve.

Las clases de dolo que puede aceptar el abuso sexual de menores, al no existir alguna referencia especial a elementos subjetivos o tendencias internas, son bastante amplias, entre las que se cuenta el dolo directo, de primer y segundo grado, y el dolo eventual. No se excluye ninguna especie o forma de dolo. Aunque el delito se comete normalmente mediando cualquiera de las formas de dolo directo, la concurrencia, tanto fáctica como jurídica del dolo eventual, no está excluida ni queda descartada en la medida en que el autor se puede "representar la alta probabilidad que la víctima tenga menos de catorce años y aun así realiza el acto sexual u otro análogo" o, en el caso de las agravantes (Incisos 1 y 2), que "el sujeto pasivo sea menor de siete o de diez años". Los casos límites del abuso sexual de menores y la posibilidad de la concurrencia o no de un error se relacionan directamente y de forma fundamental con la existencia o no de una representación de la alta probabilidad de que la víctima tenga esta u otra edad, por lo que su análisis no puede ser pasado por alto²⁸

2. Si, como hemos planteado y señalado anteriormente, la edad de la víctima es un elemento del tipo objetivo, debe estimarse que todo error que recaiga sobre ella ejercerá una innegable relevancia jurídico-penal, debiéndose aplicar las reglas del artículo 14, referido al error de tipo. Basta imaginar el caso del sujeto que creyendo erróneamente que mantiene relaciones sexuales con una persona mayor de catorce años en realidad lo hace con un menor de edad. Aquí desde el punto de vista objetivo y sin atender al conocimiento del sujeto se habrá producido un abuso sexual de un menor, pero si se parte de integrar y exigir también en este delito la necesidad del conocimiento del autor de la edad del menor y se acepta que el error constituye la negación lógica y jurídica del dolo, no habrá ningún inconveniente para concluir que a falta de conocimiento no puede

²⁸ Castillo Alva José Luís, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales*; Gaceta Jurídica S.A. 2002.

sostenerse que el tipo subjetivo se ha cumplido

Para que el tipo del injusto se entienda realizado y para la estimación de un delito se requiere ante todo no solo la concurrencia de la parte externa de la conducta o la comprobación de la edad del sujeto pasivo, sino que resulta indispensable que el autor del hecho haya conocido también que el acto sexual se practicaba sobre un menor de catorce años. Si el autor cree que el acto sexual practicado se produce con una persona mayor de catorce años, o simplemente estima que se trata de una persona adulta, por la vigencia irrestricta del principio de responsabilidad subjetiva debe estimarse a dicho error como relevante desde el punto de vista jurídico-penal

3.4.- AUTORÍA y PARTICIPACIÓN

1. El delito de abuso sexual de menores puede cometerse por cualquiera de las formas de autoría como la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría. La autoría directa se consuma cuando una sola persona realiza los elementos del tipo. En este caso se practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años. La autoría mediata puede concurrir cuando se aprovecha o induce a un error a una persona para que mantenga relaciones sexuales con el menor haciéndole creer que éste posee una edad superior a los catorce años cuando esto no es así.
2. También existe la posibilidad de admitir las formas de participación criminal: inducción y complicidad. Hay inducción cuando una persona, mediante el influjo psíquico, que puede ir desde consejos, persuasiones, regalos o remuneraciones, genera en otra persona la intención de cometer un delito. En este caso hay un abuso sexual a un menor de catorce años. Es necesario que el autor no se encuentre decidido a cometer el hecho porque de ser así y de haber una actuación por parte del tercero habrá una complicidad psíquica y no la figura penal de inducción. Por su parte, la complicidad, tanto primaria como secundaria, requiere una contribución y ayuda al hecho que puede revestir cualquier forma o modalidad con tal que se pruebe una relación causal entre el aporte y la realización del hecho: el abuso sexual del menor de catorce años. Un caso de complicidad es el

prestar el vehículo, el dormitorio o las llaves del departamento o indicar el sitio más propicio para realizar el acto sexual u otro análogo.²⁹

3.5- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Luis Alberto Bramont Arias-Torres, María del Carmen García Cantizano en relación a las Agravantes que recogen en los Art. 173 y 173-A CP manifiestan:

1º Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que se le particular autoridad sobre la víctima a le impulse a depositar en él su confianza (Art. 173 CP. *In fine*) esta agravante se aplica por razón de la calidad personal si el sujeto activo y en ella se comprenden dos supuestos amplios; primero que el sujeto activo tenga alguna autoridad sobre el menor por cualquier posición, por ejemplo, es su padre o tutor; segundo , que el sujeto activo hubiese realizado actos para lograr la confianza del menor y valiéndose de ésta practica el acto sexual u otro análogo. De ahí que en relación con este último supuesto, se afirme que la razón de esta agravante se encuentra en el temor reverencial o en el vínculo de subordinación que liga al menor con el sujeto activo.

2º en el Art. 173-ACP se establece “Si los actos previstos en los incisos 1,2 y 3 del articulo anterior causan de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad la pena será respectivamente de cadena perpetua y no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”

En este artículo se recogen dos tipos de agravantes:

- a) Por el resultado: Si se produce la muerte o un lesión grave en el menor, siempre que el agente pudo prever el resultado
- b) Por el medio empleado: si el agente procedió con crueldad, haciendo sufrir, deliberada e inhumanamente al menor de manera innecesaria para realizar la violación.

Raúl Peña Cabrera señala que mediante la Ley N° 26293, del 14 de febrero

²⁹ Castillo Alva José Luís, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales*; Gaceta Jurídica S.A. 2002.

de 1994, se modificó la agravante cualificante del último párrafo, en los términos siguientes. “Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza... “Esta agravante se construye en base a deberes de responsabilidad institucional, se esta frente a una responsabilidad por organización: La patria potestad (relación paterna-filial) hijos adoptivos u otras instituciones legales sustitutorias, como: la tutela, la curatela o el consejo de familia. Puede ser también una relación en base a un vínculo de confianza: Hijo adoptivo del cónyuge o del concubino, el subordinado, alumno, etc.

La relación parental o familiar implica un deber especial del autor de abstenerse de este tipo de acciones, lo que da lugar a un prevalimiento que denotaría un mayor contenido del injusto en este delito, expresada en una mayor culpabilidad del autor. No es suficiente con la relación entre las personas que se indican, si no que es necesario que el sujeto activo aproveche la situación especial que tiene respecto de la víctima. Para la concurrencia de esta agravante el autor debe conocer dicho parentesco y que vea facilitada su agresión por la mencionada relación parental. De igual manera, en el caso de una relación de confianza, el agente delictivo debe prevalerse de conocer dicha circunstancia descrita en el tipo objetivo, para que se configure la agravante cualificante.

José Luis Castillo Alva manifiesta que en la legislación penal peruana vigente establece en el último párrafo del Art. 173 del Código penal una circunstancia agravante que posee dos variantes referidas al abuso sexual de un menor logrado por el autor mediando: 1) Cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o; 2) Cuando le impulse a depositar en él su confianza,

Creemos que su formulación e incorporación legislativa no debieron producirse, ni menos plantearse, ello en virtud a las ya elevadas y severas penalidades existentes para el abuso sexual de menor, que son las más altas del ordenamiento jurídico, junto con las dispuestas para el delito de

terrorismo y narcotráfico. No vemos un motivo racional y mínimamente atendible para que un delito que posee una penalidad que en su tope más alto llega a la cadena perpetua y su límite mínimo impone veinte años de pena privativa de libertad configure una circunstancia agravante que coloca una pena no menor de treinta años, como si las penalidades de por sí excesivamente drásticas y que contravienen el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad de las penas³⁰, no cumplieran un fin intimidatorio y de prevención general negativa. El legislador en un inexplicable rigor y punitivismo que manifiesta un abuso de poder, contrario a las bases democráticas del sistema lo único que hace es mostrar mayor intolerancia, irracionalidad y dureza, la cual no era necesaria ni indispensable puesto que las penas impuestas en los tres incisos aludidos eran más que suficientes:

a) Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima

La primera modalidad de la agravante en comentario contiene referencia a un *delito especial*, en virtud a que el delito no puede ser cometido por cualquier persona, sino por aquel que ocupa una posición, cargo o vínculo familiar que le da una particular autoridad sobre el menor de catorce años.

La ley fundamenta el castigo y la mayor sanción de esta circunstancia en la superioridad y supremacía que ejerce el autor sobre la víctima y que pueden traducirse en una determinada posición, cargo o vínculo familiar; o en suma en una situación de prevalimiento³¹. La superioridad es la preeminencia o ventaja en una persona respecto a otra. Aunque el precepto no lo señale ni lo manifieste de manera explícita no se castiga cualquier posición o cargo del autor sino aquella que se traduce en una relación de superioridad o en un desequilibrio de poder del autor respecto al sujeto pasivo. Por ello no basta ni es suficiente que el juez constate que una persona tiene un vínculo, cargo o posición, dentro de la familia o fuera de ella, sobre el menor sino que en última instancia ha de comprobarse y acreditarse la mencionada

³⁰ Castillo Alva, José Luis; *Principios del Derecho Penal (PG)*; p. 279.

³¹ Chocano Rodríguez, Reiner; *La Violación sexual y los actos contra el pudor de menores*; en *Revista Peruana de Ciencias Penales*; Lima; Julio-Diciembre de 1994; N° 4; p. 767.

superioridad. La agravante no puede aplicarse si pese a existir un cargo o vínculo familiar no se demuestra la mencionada superioridad. Ello en la medida en que no todo cargo o posición puede generar de modo material una real posición de superioridad sobre el menor que conceda una especial autoridad

Asimismo, junto a la superioridad, debe existir el abuso de dicha condición, dado que a la ley no le interesa castigar las conductas en las que solo hay un uso correcto o adecuado de dicha condición y el autor no ha empleado ni recurrido a las mismas. La mayor sanción solo se explica cuando el autor se ha valido y utilizado su especial prevalimiento o superioridad para lograr consumar el resultado prohibido por la ley: el acto sexual u otro análogo. Como puede verse, lo que en realidad legitima el castigo no es el solo empleo de la posición de superioridad o la existencia de la misma, sino el abuso que el autor hace. Lamentablemente la ley peruana no realiza ninguna referencia al abuso, sino que se limita y restringe a remarcar la relación de superioridad a través de la mención al cargo, posición o vínculo familiar. Debe destacarse que el abuso que aludimos debe ser un abuso no violento, al menos si es que se quiere evitar de manera genérica el concurso entre tipo básico de la violación sexual (Artículo 170) y el tipo del abuso sexual de menores.

De una lectura literal del texto de la ley y en concreto del último párrafo del Art. 173 la superioridad se entiende y colige desde la referencia a cualquier posición, cargo o vínculo familiar, pero es de lamentar que nuestro texto legislativo no haga una expresa alusión a la superioridad apelando a una interpretación teleológica, que tiene en cuenta las características de la acción y la regular actuación del autor en el caso concreto

La posición debe entenderse como la categoría o condición personal, social o jurídica de una persona respecto a otra. El cargo puede ser sinónimo de empleo u oficio o como una delegación de ciertas funciones ya sea dentro de la esfera pública o privada. Por su parte, el vínculo familiar se construye a partir de la relación de parentesco que existe entre el autor la víctima y puede ser sanguíneo o por afinidad como puede ser en línea recta o línea

colateral. El vínculo familiar no debe ser extendido hasta abarcar las relaciones afectivas o sentimentales que unen al autor y al menor, las cuales incluso pueden ser más intensas que las generadas normalmente por la relación de parentesco. En todo caso el aprovechamiento de las relaciones sentimentales o afectivas por parte del autor con el menor puede caer dentro del abuso de confianza, que es la otra agravante regulada en el último párrafo del Art. 173. El vínculo familiar no debe entenderse en sentido coloquial o vulgar, sino desde una perspectiva jurídica, pero no se ha restringido núcleo familiar, ya que la ley solo alude a la existencia del vínculo familiar, sin imponer algún requisito adicional como que se comparta el mismo espacio físico o un determinado grado de parentesco. En estos casos la ley señala de manera cerrada y específica una referencia expresa a un vínculo familiar, estableciendo un sentido que no puede desbordarse o ampliarse sin que con ello se incurra en una *analogía in malam partem* (Prohibida en Derecho penal)³² Por ello, no es correcto equiparar vínculo familiar con vínculo o relación afectiva o de proximidad³³, aunque esta última puede generar alguna significación en la fase de la individualización judicial de la pena, siempre que se comprueben los presupuestos típicos.

Dentro del llamado abuso de superioridad por aprovechamiento del vínculo familiar es posible incluir a las relaciones incestuosas, que si bien encuentran previstas expresamente en nuestra legislación. No solo se incluyen las relaciones incestuosas propias como las que se practican entre padres e hijos, sino también el incesto impropio que abarca alas relaciones sexuales realizadas entre otros miembros de la familia. No se excluyen ni quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la agravante los casos en los que un hermano mayor que tiene por la edad, u otra circunstancia, una posición de superioridad con su hermano menor de catorce años practica relaciones sexuales con éste; o del tío consanguíneo que valiéndose del vínculo de parentesco induce al menor, como efectivamente sucede, a practicar relaciones sexuales.

³² Castillo Alva, José Luis; *Principios del Derecho Penal (PG)*; p. 141.

³³ Chocano Rodríguez, Reiner; *la Violación sexual y los actos contra el pudor de menores*; en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*; Lima; Julio-Diciembre de 1994; N° 4; p. 768.

Sin embargo, debe remarcarse el hecho de que la ley no solo edifica la agravante en comentario sobre la base del vínculo familiar sino también sobre la existencia de una posición o cargo que da autoridad sobre la víctima. Dicha calidad de cargo o posición puede provenir de un maestro, profesor o institutriz, como también del tutor, albacea o guardador del menor, a pesar de que cumplan funciones o roles específicos y se relacionen directa o indirectamente con el menor. También puede incluirse a las personas que lo cuidan como las nanas o mayordomos.

La ley no hace ninguna distinción a si la posición o cargo debe entenderse únicamente como referidos a las relaciones de Derecho público o de Derecho privado. Sin embargo, apelando a una interpretación teleológica, es decir aquella que se ajusta a los fines y al sentido genuino de la circunstancia agravante, y sin que se desborde el sentido literal de la misma, puede incluirse sin ninguna clase de inconvenientes a las personas que desempeñen también posiciones o cargos privados³⁴. De no ser así se limitaría, sin justificación alguna, el ámbito de aplicación de la circunstancia, la cual se reduciría a los cargos o posiciones de Derecho público, olvidando que el fundamento de la agravante reside en el abuso de superioridad sin importar ni relevar el origen, la causa o la procedencia de dicha superioridad, salvo los casos previstos en la ley.

La ley peruana junto a la especial referencia a la posición, cargo o vínculo familiar exige, además, que éstas generen una particular autoridad del autor sobre la víctima. No basta, pues, constatar cualquiera de los tres requisitos aludidos (posición, cargo o vínculo familiar), sino la aparición de una particular autoridad, la cual obra como el influjo fáctico-jurídico que genera en el menor bien temor, respeto o confianza para realizar el acto sexual u otro análogo. Para la ley el fundamento de la superioridad de aparecer no de cualquier modo o tener una expresión indiferente, sino que se ha de expresar bajo la condición de autoridad que no es otra cosa que la posición de poder que confieren las normas sociales o jurídicas a un sujeto y que le ponen en una situación jurídica de preeminencia respecto al sujeto pasivo.

³⁴ Chocano Rodríguez, Reiner; *La Violación sexual y los actos contra el pudor de menores*; en *Revista Peruana de Ciencias Penales*; Lima; Julio-Diciembre de 1994; N° 4; p. 767.

c) Que le impulse a depositar su confianza (abuso de confianza)

Esta circunstancia agravante se aplica cuando existe "una esperanza firme que se tiene en una persona o cosa". Según la doctrina que se ocupa del estudio del abuso de confianza³⁵, ella requiere de un vínculo entre quien da la confianza y quien consigue obtenerla y, por el otro lado, se exige el mal uso o aprovechamiento que se hace de la buena fe que una persona pone en la otra³⁶. La confianza supone la existencia de una relación personal, dado que esta situación es la única que puede generar una mutua lealtad o una recíproca confianza. Sin embargo, no debe caerse en el error y en la tentación de pensar que toda relación personal genera automáticamente un deber de lealtad y una situación de confianza. Puede existir la primera sin necesidad de la segunda. Una prueba de ello lo da el hecho de la existencia de relaciones personales en las que tras una aparente confianza se encuentra la duda más profunda y la sospecha permanente de la probidad o lealtad del otro.

No importa si ésta se forja luego de un tiempo prolongado, o como consecuencia de una relación permanente, o nace de una relación efímera o contingente, aunque la experiencia establezca la mayor frecuencia de la primera. Es irrelevante el motivo o la causa generadora de la confianza. Puede tratarse de una relación laboral, de una relación afectiva, sentimental (amical) o de otra índole. Lo único determinante es comprobar si realmente existió dicha relación, sin hurgar ni detenerse en analizar el origen de la misma. No es indispensable que exista algún tipo de vínculo jurídico (contractual o de subordinación laboral) o alguna relación de parentesco. Este último supuesto daría lugar a la aplicación de la primera modalidad de la circunstancia agravante. También una situación táctica o una relación social puede generar la mencionada agravante de abuso de confianza. Debe recordarse que la confianza recíproca es uno de los vínculos morales mas fuertes que unen las relaciones entre los hombres y que es indispensable

³⁵ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Comentarios al Código Penal*; Barcelona; Ariel; 1972; T. I; p. 655.

³⁶ MirPuig, Santiago; *Derecho Penal*; Barcelona; 1998; 5 ed.; 26/18; p. 648.

para la existencia misma de la sociedad.

La modalidad de cómo se logra la confianza no importa. Ella puede establecerse de manera expresa o tácita. Esta última, que es la forma mas común en las relaciones humanas, normalmente aparece revestida a través de los llamados actos concluyentes, los cuales aparecen como consecuencia de vínculos sociales regulares o de situaciones particulares. La confianza no se debe determinar como tampoco la aplicación de la agravante sobre la base de una realidad objetiva, sino que se hace necesario comprobar el nexo subjetivo, y en el que un sujeto quiere y demuestra la confianza al, otro. No hay confianza cuando una de las partes no confía en la otra y así, por ejemplo, se lo transmite a otra persona (un tercero) a pesar de que objetivamente pareciera que estuviera vigente dicho vínculo moral. Asimismo, ella falta cuando subjetivamente hay plena confianza o la creencia de la lealtad del otro, pero de modo permanente se demuestra con actos externos todo lo contrario. La agravante no se aplica cuando una de las partes cree que las relaciones de confianza se han roto o han desaparecido pero desde el punto de vista del otro se mantienen incólumes. Por ejemplo, el sirviente que ha cometido una falta y cree que ha perdido la confianza de su patrón o empleador y va a ser despedido y abusa sexualmente en un arrebatado de ira de la sobrina o de la hija menor de este. En este caso no puede aplicarse la circunstancia en comentario.

Existe una especial preocupación doctrinal por saber si la relación de confianza y el abuso del mismo puede producirse solo cuando el autor defrauda la esperanza que el sujeto pasivo tiene depositada en el o puede aceptar también la posibilidad de ampliar el círculo de confianza en el sentido de incorporar los casos en que ella es depositada por un tercero o persona distinta al sujeto pasivo. Nuestra legislación penal cuando instaura como segunda modalidad la circunstancia en comentario parece decantarse por la primera opción, pues así lo da a entender nuestro legislador cuando se refiere a que le impulse a depositar en él su confianza, aludiendo directamente, al comenzar la frase, a la víctima. La lectura atenta el último párrafo y el contexto y sistemática del mismo hace llegar a la conclusión

señalada.³⁷

Sin embargo, y atendiendo a la naturaleza del tipo y en particular al objeto de la regulación como a la calidad de sujetos pasivos, no debe olvidarse que se trata de menores de edad, creemos que el abuso de confianza debe comprender también la defraudación que el autor realiza de la esperanza que delegan en él las personas que están encargadas de velar y cuidar de la salud e integridad del menor, como es el caso de los padres, los cuales en un caso pueden confiar en el empleado doméstico, o en el amigo, el cuidado de la integridad de su hijo menor, al ausentarse de la ciudad. A nuestro criterio es posible que la confianza en el autor se genere por una persona distinta al propio sujeto pasivo, siempre que sea cercana al mas racional desde el momento en que los menores por su escaso desarrollo mental o físico un niño de tres o cuatro años no pueden todavía comprender el significado de la confianza ni lo que significa concederla, ignorando los deberes que ella impone en los demás. Si se parte de que un niño menor de edad puede no dar confianza y tampoco en la mayoría de ocasiones recibirla y si se acepta únicamente el primer criterio se tendrá que llegar irremediamente a sostener que en algunos casos no podría aplicarse la agravante.

No basta con la existencia de un vínculo objetivo moral, social o táctico de confianza entre una persona y el autor del delito, es necesario que exista también un abrochamiento doloso de la situación derivada de la confianza. No debe contemplarse, sin embargo, que siempre que exista confianza el autor comete un delito, pues dicho vínculo no debe llevar a sostener necesariamente que el delito se ha producido con abuso de confianza. En este caso lo que la Ley quiere decir es que el autor, en virtud de las relaciones de confianza existentes con la víctima u otra relacionada estrechamente con ella, se ha valido o abusado de la confianza para cometer el delito. Si no hay abrochamiento de la confianza no hay delito.

Si se llega a comprobar que la relación de confianza existente no ayudó en nada en la comisión del injusto penal, toda vez que cualquier persona en el

³⁷ Castillo Alva José Luís, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales; Gaceta Juridica S.A. 2002.

lugar del autor pudo cometer el hecho o este se produjo debido a otras causas, no podrá apreciarse la agravante. Por ello, la doctrina con toda razón viene exigiendo en estos casos que el abuso de confianza genere o cree una mayor facilidad en la comisión del delito³⁸, lo que supone aplicar de manera coherente las reglas de la imputación objetiva.



³⁸ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Comentarios al Código Penal*; T.I; p. 663.

4. MARCO FORMAL.

LEGISLACIÓN PENAL COMPARADA SOBRE DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL (Artículos pertinentes, relacionados al artículo 173 del Código Penal Peruano).

4.1.- CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Título III

Delitos contra la integridad sexual

(Nota: rúbrica conforme ley Nº. 25.087)

Art. 119.

Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima,

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia,

c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio,

d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas.

e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e), ó f). (Nota: texto conforme ley Nº. 25.087)

Art. 120.

Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado".

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediere alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) ó f) del cuarto párrafo del artículo 119". (Nota: texto conforme ley Nº. 25.087)

Art. 124.

Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

Art. 132.

En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2° y 3° párrafos; 120: 1° párrafo; y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 del Código Penal. (Nota: texto conforme ley **Nº. 25.087**)

Art. 133.

Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores. (Nota: texto conforme ley **Nº. 25.087**)

4.2.- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

LEY ORGÁNICA 10/1995, DEL 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL.

TÍTULO VIII.***DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES.******CAPÍTULO I.******DE LAS AGRESIONES SEXUALES.***

Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
3. **Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.**
4. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
5. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código Penal, sin

perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

Artículo 191.

1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

Artículo 192.

1. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años.

Artículo 193.

En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.

4.3. CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

**TÍTULO XI
DELITOS CONTRA
LA LIBERTAD SEXUAL
CAPÍTULO I
VIOLACIÓN, ESTUPRO Y ABUSO
DESHONESTO**

ARTICULO 308. (VIOLACIÓN)

El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:

1. Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.
2. Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.

Si la violación fuere a menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio: y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

ARTICULO 310.- (AGRAVACIÓN):

La pena será agravada en los casos de los delitos anteriores, con un tercio:

1. Si resultare un grave daño en la salud de la víctima.
2. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, hermano, medio hermano, adoptante o encargado de la educación o custodia de aquélla.
3. Si en la ejecución del hecho hubieren concurrido dos o más personas.

Si se produjere la muerte de la persona ofendida, la pena será de presidio de diez a veinte años en caso de violación, y de presidio de cuatro a diez años, en caso de estupro.

4.4. CÓDIGO PENAL CHILENO

Título VII

CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORALIDAD PÚBLICA

1. Aborto. 2. Abandono de niños y personas desvalidas. 3. Crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas. 4. Del rapto.

5. De la violación

Art. 361.

La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

- 1 Cuando se usa de fuerza o intimidación.
- 2 Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3 Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

En el caso del número 3 del inciso anterior, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.

Art. 362.

Los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución.

Art. 368.

Si el rapto, la violación, el estupro, la sodomía, los abusos deshonestos o la corrupción de menores han sido cometidos por autoridad pública, sacerdote, guardador, maestro, criado o encargado por cualquier título de la educación, guarda o curación de la persona ofendida o prostituida, se impondrá al procesado la pena señalada al delito en su grado máximo.

Art. 369.

No puede procederse por causa de estupro sino a instancia de la agraviada o de sus padres, abuelos o guardadores.

Para proceder en las causas de violación y de rapto se necesita, a lo menos, la denuncia hecha a la justicia por la persona interesada, por sus padres, abuelos o guardadores, aunque no formalicen instancia. Si la persona agraviada, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la acusación o denuncia, ni tuviere padres, abuelos o guardadores, o teniéndolos se hallaren imposibilitados o complicados en el delito, podrá el ministerio público entablar la acusación.

En todo caso se suspende el procedimiento o se remite la pena casándose el ofensor con la ofendida.

No produce estos efectos la proposición de matrimonio desechada por la ofendida, por la persona que debe prestar su consentimiento para el acto o por el juez en su caso, o cuando no pueda verificarse el matrimonio por impedimento legal.

Art. 370.

Los procesados por violación, estupro o rapto serán también condenados por vía de indemnización:

1 A dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda.

2 A dar alimentos congruos a la prole que, según las reglas legales, fuere suya.

Art. 371.

Los ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los tres párrafos precedentes, serán penados como autores.

Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

Art. 372.

Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros procesados por corrupción de menores en interés de terceros, serán también condenados a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el tiempo que el tribunal determine.¹

Art. 372 bis.

El que con motivo u ocasión de violación o de sodomía causare, además, la muerte del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte.

4.5. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

LIBRO SEGUNDO: PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

TITULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES

De la violación

Artículo 205.

Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

Artículo 208.

Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Artículo 211.

Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.

4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años.

5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.

6. Se produjere embarazo.

Artículo 212. *Acceso carnal*. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

4.6. CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

TITULO III: DELITOS SEXUALES

SECCIÓN I: Violación, Estupro, y Abuso Dishonesto

Violación

ARTÍCULO 156.

Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1) Cuando la víctima sea menor de doce años.

- 2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos. (Así reformado por el artículo 1º de la ley No.7899 de 3 de agosto de 1999).

Violación calificada

ARTÍCULO 157.

La prisión será de doce a dieciocho años cuando el autor sea un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad o se produzca la muerte de la víctima.

(Así reformado por el artículo 1 de la ley N° 7398 de 3 de mayo de 1994)

Violación Agravada

ARTÍCULO 158.

La pena será de doce a dieciocho años de prisión cuando con motivo de la violación resulte un grave daño en la salud de la víctima o cuando el delito sea realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia de aquella o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos, profesionales o cualquier miembro de la Fuerza Pública, prevaleciéndose del ejercicio de su cargo.

(Así reformado por el artículo 1 de la ley N° 7398 de 3 de mayo de 1994).

4.7. CÓDIGO PENAL CUBANO

TÍTULO XI:

DELITOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO DE LAS RELACIONES SEXUALES Y CONTRA LA FAMILIA, LA INFANCIA Y LA JUVENTUD

**CAPÍTULO I: DELITOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO DE LAS
RELACIONES SEXUALES
SECCIÓN PRIMERA:**

Violación

ARTÍCULO 298.

1. Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que tenga acceso carnal con una mujer sea por vía normal o contra natura siempre que en el hecho concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito;
- b) hallarse la víctima en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa, o incapacitada para resistir, o carente de la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.

2. La sanción es de privación de libertad de siete a quince años:

- a) si el hecho se ejecuta con el concurso de dos o más personas;
- b) si el culpable para facilitar la ejecución del hecho se presenta vistiendo uniforme militar o aparentando ser funcionario público;
- c) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido sancionada por el mismo delito.

3. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años o muerte:

a) Si la víctima es una menor de 12 años de edad;

b) Si como consecuencia del hecho resultan lesiones o enfermedades graves.

ARTÍCULO 309.

1. En los delitos de violación, pederastia con violencia, abusos lascivos, incesto, bigamia y matrimonio ilegal, es necesario, para proceder, la denuncia de la persona agraviada, cualquiera que sea su edad, o la de su cónyuge, ascendientes, hermanos, representante legal o persona que la tenga bajo su guarda y cuidado, salvo en los casos que hubieran producido escándalo, en los que basta la denuncia de cualquier persona.
2. En el delito de estupro sólo se procederá por denuncia del representante legal de la persona agraviada. No obstante, si el denunciante desiste de su denuncia, por escrito y en forma expresa antes del juicio o verbalmente y dejando constancia en acta durante su celebración se archivarán las actuaciones.

ARTÍCULO 317.

1. A los maestros o encargados en cualquier forma de la educación o dirección de la juventud que sean declarados culpables de alguno de los delitos previstos en los artículos 298, 299, 300, 303, 304, 310, 311, 312, 313, 314 y 316 se les impone la sanción accesoria de prohibición permanente para el ejercicio del magisterio o de cualquier otra función de dirección de la juventud.
2. A los ascendientes tutores o guardadores que cometan los delitos previstos en los artículos 298, 299, 300, 303 incisos a) y b) 304 y 310 en la persona de sus respectivos descendientes pupilos o menores a su cuidado, además de la sanción señalada en cada caso, se les priva de los derechos derivados de la relación paterno-filial o tutelar.
3. En los delitos de violación, estupro o bigamia, el culpable es sancionado, además a reconocer la prole que resulte, si lo solicita la ofendida

4.8. CÓDIGO PENAL DEL ECUADOR

Libro Segundo: DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

Título VIII: DE LOS DELITOS SEXUALES

Capítulo II:

Art. 512. (4)

Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
- 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
- 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

Art. 512 (5).

Se aplicarán las mismas penas del artículo anterior, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512.

Art. 513.

El delito de violación será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, en el caso primero del artículo anterior; y con reclusión mayor de cuatro a ocho años, en los casos segundo y tercero del mismo artículo.

Art. 514.

Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada, se aplicará el máximo de las penas indicadas en el artículo anterior; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

Art. 515. (6)

El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años: Si los culpados son los ascendientes de la persona en quien ha sido cometido el atentado, o sus descendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo, en su caso, ser condenados, además, a la pérdida de la patria potestad; Si son de los que tienen autoridad sobre ella.

Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas.

Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la salud y personal responsable en la atención y cuidado del paciente, comadrones, o practicantes, en personas confiadas a su cuidado; y,

Si en los casos de los Arts. 507 y 512, el culpado, quienquiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas.

NOTAS:

(4) Modificado mediante el artículo 8 de la Ley 106, R.O. 365, 21. VII. 98.

(5) Agregado mediante el artículo 9 de la Ley 106, R.O. 365, 21. VII. 98.

(6) Este inciso primero fue declarado inconstitucional por Resolución 106-1-97, publicada en el R.O. 203-S, 27. X. 97.

4.9. CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR

TITULO IV DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

CAPITULO I DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES

VIOLACIÓN

Art. 158.- El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.

VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

Art. 159.

El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de doce años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de diez a catorce años.

VIOLACIÓN Y AGRESION SEXUAL AGRAVADA

Art. 162.

Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores serán sancionados con la pena máxima correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte, cuando fueren ejecutados:

- 1) Por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente;
- 2) Por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima;
- 3) Con abuso de confianza o de relaciones domésticas, si la víctima fuere menor de dieciséis años de edad;
- 4) Por persona encargada de la guarda de la víctima o de la educación de un menor de dieciséis años de edad;
- 5) Cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas; y

- 6) Cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios.

INDEMNIZACIONES ESPECIALES

Art. 174.

Los autores de los delitos a que se refieren los Capítulos I y II del presente Título, serán también condenados por vía de indemnización:

- 1) A sufragar todos los gastos en que hubiere incurrido la víctima en concepto de atención médica y psiquiátrica o psicológica; y,
- 2) A proveer a la víctima de manutención completa por el término de la incapacidad médica.

4.10. CÓDIGO PENAL DEL PARAGUAY

CAPITULO V:

HECHOS PUNIBLES CONTRA LA AUTONOMIA SEXUAL

Artículo 128.- Coacción sexual

1º El que mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. Cuando la víctima haya sido coaccionada al coito con el autor o con terceros, la pena privativa de libertad será de dos a doce años. Cuando la víctima del coito haya sido un menor, la pena privativa de libertad será de tres a quince años.

2º La pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67 cuando, por las relaciones de la víctima con el autor, se dieran considerables circunstancias atenuantes.

3º A los efectos de esta ley se entenderán como:

1. actos sexuales, sólo aquellos que, respecto del bien jurídico protegido, sean manifiestamente relevantes;
2. actos sexuales realizados ante otro, sólo aquellos que el otro percibiera a través de sus sentidos.

4.11.- CÓDIGO PENAL VENEZOLANO

TITULO VIII

DE LOS DELITOS CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES Y BUEN ORDEN DE LAS FAMILIAS

CAPITULO I

DE LA VIOLACIÓN, DE LA SEDUCCIÓN, DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE MENORES Y DE LOS ULTRAJES AL PUDOR

Artículo 375.

El que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años.

La misma pena se le aplicará al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo, que en el momento del delito:

- 1.- No tuviere doce años de edad.
- 2.- O que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o institutor.
- 3.- O que hallándose detenida o condenada, haya sido confiada a la custodia del culpable.

4.- O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que este se haya valido.

Artículo 376.

Cuando alguno de los hechos previstos en la parte primera y en los números 1 y 4 del artículo precedente, se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, la pena será de presidio de seis a doce años en el caso de la parte primera, y de cinco a diez años en los casos de los números 1 y 4.

Artículo 377.

El que valiéndose de los medios y aprovechándose de las condiciones o circunstancias que se indican en el artículo 375, haya cometido en alguna persona de uno u otro sexo, actos lascivos que no tuvieren por objeto del delito previsto en dicho artículo, será castigado con prisión de seis a treinta meses.

Si el hecho se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas la pena de prisión será de uno a cinco años, en el caso de violencias y amenazas; y de dos a seis años en los casos de los números 1 y 4 del artículo 375.

Artículo 378.

Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos precedentes se hubiere cometido con el concurso simultaneo de dos o más personas, las penas establecidas por la ley se impondrán con el aumento de la tercera parte.

Artículo 379.

El que tuviere acto carnal con persona mayor de doce y menor de dieciséis años, o ejecutare en ella actos lascivos, sin ser su ascendiente, tutor ni institutor y aunque no medie ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 375, será castigado con prisión de seis a dieciocho meses y la pena será doble si el autor del delito es el primero que corrompe a la persona agraviada.

El acto carnal ejecutado en mujer mayor de dieciséis años y menor de veintiuno con su consentimiento, es punible cuando hubiere seducción con promesa matrimonial y la mujer fuere conocidamente honesta; en tal caso la pena será de seis meses a un año de prisión.

Se considerará como circunstancia agravante especial, en los delitos a que se contrae este artículo, la de haberse valido el culpable de las gestiones de los ascendientes, guardadores o representantes legales u otras personas encargadas de vigilar la persona menor de edad o de los oficios de proxenetas o de corruptores habituales.

Artículo 380.

En lo que concierne a los delitos previstos en los artículos precedentes, el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación de la parte agraviada o de quien sus derechos represente.

Pero la querella no es admisible si ha transcurrido un año desde el día en que se cometió el hecho o desde el día en que tuvo conocimiento de la persona que pueda querellarse en representación de la agraviada.

El desistimiento no tendrá ningún efecto, si interviene después de recaída sentencia firme.

Se procederá de oficio en los casos siguientes:

- 1.- Si el hecho hubiese ocasionado la muerte de la persona ofendida, o si hubiere sido acompañado de otro delito enjuiciable de oficio.

2.- Si el hecho se hubiere cometido en algún lugar público o expuesto a la vista del público.

3.- Si el hecho se hubiere cometido con abuso del poder paternal o de la autoridad tutelar o de funciones públicas.

4.12. CÓDIGO PENAL PERUANO

Artículo 173 (texto anterior)

“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor”:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

CAPITULO I I

EL PROBLEMA

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

“NORMATIVIDAD PENAL PERUANA Y LA VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO, PERIODO 2003-2005.”

¿En que medida la normatividad Penal, contribuye a prevenir y sancionar el delito de Violación Sexual de menores”

En la actualidad según las estadísticas de la Corte Superior de Justicia de Puno, los niños y niñas de las zonas alejadas del sur del Departamento de Puno son víctimas de delitos Contra la Libertad Sexual, en su modalidad de Violación Sexual de Menores, teniéndose en los Cuadros Estadísticos anuales que expide la Corte Superior de Justicia de Puno en el periodo comprendido entre los años 2003 al 2005, se ha acrecentado alarmantemente la violación sexual de menores, cuyas edades fluctúan entre ocho a catorce años de edad, quienes son pasibles de ultraje sexual mediando violencia, crueldad y grave amenaza a su integridad física y sexual.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

AREA Y LINEA.- Esta investigación se realiza en el área del derecho público en la especialidad del Derecho Penal – Parte Especial, en los dictámenes fiscales y resoluciones judiciales.

La Corte Superior de Justicia de Puno, dentro de su organización integrada por la Sala Superior Penal e Itinerante y Juzgados Penales distribuidas en la zona norte y sur de población inminentemente bilingüe, hablantes del idioma español, pero en las provincias de la zona norte, en su gran mayoría

en el medio rural hablan el idioma Quechua; y en la zona sur el idioma Aymara.

Los pobladores del área rural, claman justicia pidiendo sanciones drásticas, para aquellas personas proclives en la comisión de los delitos contra la libertad sexual, en su modalidad de violación de menores, teniéndose en los cuadros estadísticos anuales que expide la Corte Superior de Justicia de Puno, que en el periodo comprendido entre los años 2003 al 2005, se ha acrecentado la violación sexual de menores, cuyas edades fluctúan entre ocho a catorce años de edad, quienes son pasibles de ultraje sexual mediando violencia, crueldad y grave amenaza a su integridad física y sexual, siendo obligados por los agentes activos a practicar el acto sexual u otro análogo, muchas veces con resultados luctuosos. Según las estadísticas las víctimas o sujetos pasivos del delito viven en zonas agrestes de las Comunidades Campesinas mas alejadas del Altiplano. Los agresores para ocultar y dejar impune el crimen cuando son identificados por la víctima recurren a una serie de estrategias a fin de evadir la justicia; quedando muchas veces estos hechos delictivos en la impunidad, especialmente cuando se trata de menores que se encuentran en orfandad, abandono moral o material; existiendo casos deplorables en que los menores son víctimas de ultraje por sus propios progenitores, hermanos, tíos, tutores.

Las causas que originan la comisión de este delito son múltiples, como los problemas económicos, sociales, la promiscuidad, el alcoholismo, falta de afectividad, etc. Teniendo como factor preponderante la falta de educación y cultura, difusión de los derechos fundamentales de la persona, de las leyes y reglamentos de violencia familiar, el Código de los Niños y del Adolescente, La Constitución Política del Estado.

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

Como parte del desarrollo de las actividades de formación profesional, presentamos el trabajo de Investigación “Normatividad Penal Peruana y la

Violación Sexual de Menores de edad, en la Región Puno, 2003-2005”, siendo la intención contribuir en el estudio de tan delicado tema.

Conscientes de que el nivel de postgrado exige calidad en el desarrollo de las labores, se ha esbozado un proyecto de investigación, la metodología correspondiente y a la vez con sumo cuidado se ha recolectado información a efectos de diagnosticar el tratamiento legal de este delito en la región Puno. Marcada por sendas carencias sociales, concepciones culturales diferentes, las mismas que en alguno casos se contradice con el derecho positivo, la Región Puno, caracterizada por sus zonas Aymara y Quechua, así como su religiosidad, ha permitido en ese ámbito de estudio del tema que nos convoca.

Seguros que los resultados serán un valiosos aporte en el tratamiento normativo del tema, así como de la aplicación de las leyes, proponemos la siguiente tesis al programa de Doctorado de la Universidad Católica “Santa María”, sometiéndonos humildemente a las críticas y aportes que permitan enriquecer lo avanzado.

LA RELEVANCIA:

La realización del presente trabajo de Investigación es de gran importancia debido a que los resultados que se logren, contribuirá al conocimiento de los factores predominantes que intervienen en las causas, prevención y sanción de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.

CONTRIBUCIÓN O APOORTE:

- A) Esta información constituye un punto de partida para generar alternativas de solución por parte de los agentes de justicia, quienes deben tomar conciencia sobre los problemas relacionados a la violación sexual en agravio de menores de edad.
- B) La investigación busca alcanzar los objetivos trazados en el proyecto, luego estaríamos en la obligación de proponer alternativas de solución al problema que:
 - Permitirá enriquecer la ciencia del derecho

- Permitirá comprender las dificultades, limitaciones, que existe en la investigación preliminar del delito de violación sexual de menores y en la administración jurisdiccional.
- Con las relaciones que se identifique en el derecho comparado permitirá proponer la incorporación de normas más acordes a nuestra realidad.

ACTUALIDAD:

Los Problemas relacionados a la violación sexual en agravio de menores de edad es un tema actual y requiere de una solución inmediata, ya que estos casos se presentan con gran frecuencia en el departamento de Puno y en el país.

VIABILIDAD:

Cabe señalar que la presente investigación ha sido viable por cuanto se cuenta con los recursos necesarios, así como el acceso directo a la información, debido a la condición de magistrado del tesista quien labora en la zona donde se desarrolla la investigación.

LA INVESTIGACIÓN EN SUMA LOGRARÁ:

- A) Permitirá enriquecer la Ciencia del derecho
- B) Permitirá comprender las dificultades, limitaciones, que existe en la investigación preliminar del delito de violación sexual de menores y en la administración jurisdiccional.
- C) Con las relaciones que se identifique en el derecho comparado permitirá proponer la incorporación de normas más acordes a nuestra realidad.

2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.**2.1. DELIMITACIÓN TEMPORAL.**

La investigación se realizó en el período comprendido entre los años 2003 al 2005.

2.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.

El ámbito físico geográfico dentro del cual se realizó la investigación en las fiscalías provinciales y superiores, y en los juzgados penales, Sala Superior penal e itinerante del Distrito Judicial de Puno .

2.3. DELIMITACIÓN SOCIAL.

Esta investigación se circunscribe su estudio a magistrados (fiscales, jueces y vocales), abogados, docentes universitarios, justiciables.

2.4.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

Está delimitado por la teoría del delito, violación sexual, la libertad el bien jurídico tutelado.

3. DEFINICION DEL PROBLEMA:

3.1. PROBLEMA GENERAL:

¿En qué medida la Normatividad Penal Peruana Contribuye a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad en el departamento de Puno en el periodo 2003 –2005?

3.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS:

1. ¿Cómo se ha llevado el proceso de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad en el departamentos de Puno durante el periodo 2003 – 2005?.
2. ¿Cuáles son las principales causas del delito de violación sexual en agravio de menores de edad en el departamento de Puno?.

3. ¿Cuál es la opinión de los Magistrados, Abogados y Litigantes sobre la Normatividad Penal Peruana y su influencia en la sanción de delitos de violación sexual en agravio de menores de edad?.
4. ¿Qué diferencias y similitudes existen entre los sistemas extranjeros y el sistema nacional sobre el delito de violación sexual en agravio de menores de edad?.

4. LA HIPÓTESIS Y LAS VARIABLES.

4.1. HIPÓTESIS.

4.1.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL.

- A) La normatividad Penal Peruana no es aplicable a la realidad socio jurídica del departamento de Puno

La Normatividad Penal Peruana no contribuye a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad en el departamento de Puno, dado que se desprotege y vulnera el bien jurídico de la Libertad (indemnidad) sexual.

4.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA.

1. La realidad socio jurídica nos indica que es importante incorporar nuevos mecanismos legales que contemplen parámetros de aplicabilidad judicial para que se mejore las sentencias aplicadas por este delito.
2. La Violación Sexual de menores es ocasionado por desconocimiento de la normatividad, las costumbres de algunas zonas rurales y la crisis moral.

3. La mayoría de los Magistrados, Abogados y Litigantes opinan que la Normatividad Penal Peruana no contribuye a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.
4. La Legislación Penal Peruana tiene una mejor regulación respecto de otros países en los delitos de violación sexual de menores.

4.2 PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

4.2.1. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE VERIFICACIÓN.

4.2.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se utiliza como técnicas de investigación en el presente trabajo:

- ❑ Documental, para sistematizar información.
- ❑ La observación, directa e indirecta de los casos concretos.
- ❑ La entrevista a jueces, fiscales y abogados.
- ❑ Los instrumentos que se utilizarán para recolectar datos estarán constituidos por encuestas, fichas bibliográficas, fichas de observación, formularios, grabadoras y filmadoras.

4.2.3 CUADRO DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLES DE ESTUDIO:

Para la presente investigación se considera las siguientes variables:

Contrastación de Variable:

En este trabajo la Variable Independiente (Normatividad Penal Peruana) viene hacer la causa y la variable dependiente (prevención y sanción de delitos de violación sexual de menores) el efecto

$$\begin{array}{ccc}
 X & = & Y \\
 \text{Variable} & & \text{Variable} \\
 \text{Independiente} & & \text{Dependiente}
 \end{array}$$

Variable Dependiente: Que esta representado por la prevención y sanción de delitos de Violación sexual de menores.

Variable Independiente: Que esta representado por la Normatividad Penal Peruana.

Variable Interviniente: Que esta representado por la regulación o flexibilidad de la normatividad penal peruana.

4.3. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES.

VARIABLES	INDICADORES	UNIDADES DE ESTUDIO	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
NORMATIVIDAD PENAL PERUANA (V.I.)	• Aplicación de criterios en la Normatividad Penal. • Normas jurídicas aplicables a la realidad socio jurídica. • Reparación Civil. • Causas del delito	• Ministerio Publico del distrito Judicial de Puno. • Poder Judicial del Distrito Judicial de Puno.	• Documental • Observación • Entrevista	- Fichas de análisis - Fichas de observación - Cuestionarios

PREVENCIÓN Y SANCION DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES (V.D.)	• Valoración Jurídica de la Pena. • Garantía de la Administración de Justicia • En que medida la normatividad penal contribuye en la prevención del delito. • Justa sanción condenatoria.	• Ministerio Público del Distrito Judicial de Puno. • Poder Judicial del Distrito Judicial de Puno. • Instituto de Medicina legal Puno.	- Observación - Entrevista	• Fichas de observación • Cuestionario
---	--	---	---	---

4.4. CUADRO DE LA ESTRUCTURA POR VARIABLE

VARIABLES	INDICADORES
NORMATIVIDAD PENAL PERUANA (V.I.)	Aplicación de criterios en la Normatividad Penal
	Normas jurídicas aplicables a la realidad socio jurídica
	Reparación civil
	Causas del delito
PREVENCIÓN Y SANCION DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES (V.D.)	Valoración jurídica de la pena
	Garantía de la Administración de Justicia
	En qué medida la normatividad penal contribuye en la prevención del delito
	Justa sanción condenatoria

CUADRO DE MUESTRA POR VARIABLE

UNIDAD DE ESTUDIO	CRITERIOS DE ESTUDIO
Corte Superior de Justicia de Puno	Estudio de estadísticas, valoración de expedientes en archivo y trámite
Ministerio Público-Sede Puno	Estudio de denuncias, contrastación, etc.
Instituto de Medicina Legal Puno	Estudio de exámenes físicos y Psicológicos efectuada a las víctimas

1ra. VARIABLE:

CUADRO DEL UNIVERSO					
UNIDAD DE ESTUDIO	INSTITUCIÓN	UNIVERSO		MUESTRA	
	DEPARTAMENTO DE PUNO	F	%	F	%
NORMATIVIDAD PENAL PERUANA	MINISTERIO PÚBLICO	20	40%	18	40%
	PODER JUDICIAL	20	40%	18	40%
	INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL	20	20%	16	20%
		60	100	52	100

2da VARIABLE:

UNIDAD DE ESTUDIO	INSTITUCIÓN	UNIVERSO		MUESTRA	
	DEPARTAMENTO DE PUNO	F	%	F	%
NORMATIVIDAD PENAL PERUANA	MINISTERIO PÚBLICO	40	30 %	35	40 %
	PODER JUDICIAL	60	50 %	35	40%
	INSTITUTO DE MEDICIAN LEGAL	30	20 %	28	20%
		130	100	98	100

4.5 CAMPO DE VERIFICACIÓN

4.5.1 UBICACIÓN ESPACIAL

El ámbito físico geográfico dentro del cual se tiene proyectado realizar la investigación es en los Juzgados Penales, Sala Superior Penal e Itinerante del Distrito Judicial de Puno

4.5.2 UBICACIÓN TEMPORAL

La investigación se realizará en el periodo comprendido entre los años 2003 al 2005

4.5.3 UNIDADES DE ESTUDIO

FUENTES	UNIVERSO	Departamento de Puno
	ESTADÍSTICAS PROPORCIONADAS	Poder Judicial del distrito Judicial de Puno Ministerio Público del Distrito Judicial de Puno

5. OBJETIVOS

5.1. OBJETIVO GENERAL.

- Determinar en qué medida la Normatividad Penal Peruana es aplicable a la realidad socio jurídica del Departamento de Puno
- Determinar en que medida la Normatividad Penal Peruana contribuye a prevenir y sancionar la comisión de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad en el departamento de Puno en el periodo 2003 –2005.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Establecer si la Normatividad Penal peruana se aplica a la realidad socio jurídica del Departamento de Puno
- Realizar un análisis de los expedientes en trámite y archivados de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.
- Analizar la etiología del delito de violación sexual en agravio de menores de edad en el departamento de Puno.
- Conocer la opinión de los Magistrados, Abogados y Litigantes sobre la Normatividad Penal Peruana y su influencia en la sanción de delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO Y DISEÑO A SEGUIR EN LA INVESTIGACIÓN

1. MÉTODO.

La metodología que se utiliza en el presente trabajo: es el método científico, concebido como un modo de un modelo general y sus formas de análisis y síntesis, el descriptivo, analítico y comparativo, a fin de analizar adecuadamente la información obtenida en el desarrollo del proceso de investigación de tal manera que nos permita conocer el grado de la norma positiva penal en qué medida previene y sanciona el delito de la violación sexual del menor en el Distrito Judicial de Puno.

Interesados en explorar, analizar y describir diferentes aspectos contextuales vinculados con el fenómeno de la violación sexual del menor, así como también las modalidades de su tratamiento en el ámbito jurisdiccional, llama a desarrollar una metodología acorde con el enfoque interdisciplinario de la investigación, lo que combina distintas técnicas de recolección con el objeto de obtener el mayor número de respuestas a las interrogantes planteadas.

La información se obtiene a través de datos de carácter primario y secundario de la siguiente manera:

Fuentes de datos primarios:

1. Cuestionario aplicado a: magistrados, abogados y litigantes.
2. Entrevistas a especialistas de la materia.
3. Cuaderno guía-de preguntas o batería de preguntas.

Fuentes secundarios:

1. Estudio en profundidad de seis casos procesos sobre violación sexual a menores de edad.
2. Análisis del contenido de fallos judiciales pronunciados en los casos de violación sexual de menores de edad.
3. Análisis de la legislación que regula la violación en agravio de menores de 14 años

2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Por la función principal a cumplir en el desarrollo la investigación presentada se enmarca dentro de la investigación no experimental, dado que no se manipula ninguna de las variables en estudio, y el diseño al que nos ceñimos en el presente trabajo es el descriptivo, analítico y comparativo, ya que se trata de descomponer los elementos de la Normatividad Penal peruana, a fin de entenderlos de manera integral y relacionarla con el delito de libertad sexual en agravio de menores en el departamento de Puno.

3. UNIVERSO Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

3.1. UNIVERSO:

3.1.1 UNIVERSO FÍSICO

Esta investigación se ejecuta geográficamente en la ciudad de Puno.

3.1.2. UNIVERSO SOCIAL.-

La población materia de estudio se circunscribe a las siguientes unidades de observación teniendo en cuenta sus conocimientos sobre el tema:

- 30 Magistrados (jueces, vocales, fiscales)
- 60 Abogados
- 60 Litigantes

Los cuales por su diario trabajo, han sido seleccionados a criterio del Investigador.

La Población conformada de los casos que se presentan está dada en base a los procesos con formalización de Denuncias en agravio del delito de Violación Sexual de menores de 14 años.

Según el estudio de expedientes obtenidos en los años 2003, 2004 y 2005, encontramos un total de 368 casos con denuncia Formalizada de violación sexual de menores de edad en la Región Puno, para lo cual tomamos como población a menores de 14 años, según se muestra en el siguiente cuadro.

CUADRO N° 1
**POBLACIÓN DE CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL
A MENORES DE EDAD.**

AÑO	DE 0 –7 AÑOS	%	DE +7-10 AÑOS	%	DE +10-14 AÑOS	%	TOTAL*	%
2003	15	10	29	20	102	70	146	100
2004	9	7	15	12	99	81	123	100
2005	8	8	19	19	72	73	99	100
*TOTAL	32	8	63	17	273	75	368	100

Fuente : Elaboración propia, en base a informes oficiales emitidos por las Fiscalías Provinciales del Distrito Judicial de Puno

4. TÉCNICAS DE MUESTREO PARA EL ANÁLISIS DE CASOS:

En la presente investigación para la elección del tamaño de muestra adecuado hemos utilizado el diseño probabilístico de elección de tamaño de muestra para la estimación de la proporción poblacional o variable cualitativa, la cual tiene la siguiente formula:

$$no = \frac{NZ^2 PQ}{(N - 1)E^2 + Z^2 PQ}$$

Donde:

Z = Valor de la distribución normal a un nivel de confianza del 95%

P = Proporción de casos favorables.

Q = Proporción de casos desfavorables.

E = Margen de error muestral.

Cuando la fracción n_0/N es más del 10% utilizamos la corrección en caso contrario el tamaño de muestra óptimo será n_0 .

La corrección usada es:

$$n = \frac{n_0}{1 + \frac{n_0}{N}} \quad \text{corrección usada cuando } n_0/N > 10\%$$

Reemplazando en la formula:

$$n_0 = \frac{(368)(1.96)^2 (0.5)(0.5)}{(368 - 1)(0.10)^2 + (1.96)^2 (0.5)(0.5)}$$

$$n_0 = \frac{353.4272}{4.6304} = 76.3275 = 76$$

Para lo cual utilizamos el corrector si es necesario:

Entonces: $n_0/N = 76/368 = 0.2065 = 20.65\%$ como n_0 es mayor del 10% usamos el corrector:

$$n = \frac{n_0}{1 + \frac{n_0}{N}}$$

$$n = \frac{76.3275}{1 + 76.3275/368}$$

$$n = 63.5158 = 64$$

Entonces el tamaño de muestra óptimo es de **64 CASOS**.

4.1. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para esta investigación utilizamos las técnicas más típicas, utilizando como instrumento de medición:

4.1.2 ENCUESTA.- Este instrumento se va a elaborar en función del problema planteado, la hipótesis y las variables identificadas para lo cual previamente se va a formular en cuestionario de preguntas, siguiendo los criterios científicos a efectos de recoger concienzudamente esta información

4.1.3 ENTREVISTA.- Se va a realizar en forma verbal a la muestra elegida que tienen las mismas características de la población en estudio, pero por su propia labor es interesante conocer su opinión, como por ejemplo: doctrinarios, jueces; vocales, fiscales, abogados. Estas unidades de observación son elegidas previamente seleccionándose las preguntas más adecuadas

4.1.4 ANÁLISIS DEL REGISTRO DOCUMENTAL.- Esta técnica estará en función del análisis doctrinario y teórico de las diversas obras, así como la jurisprudencia emitidos por los tribunales de justicia.

4.1.5 ANÁLISIS MICROCOMPARATIVO DE SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS.- Para el mejor cumplimiento de esta técnica se ha visto por conveniente elegir adecuadamente cuales van a ser los sistemas jurídicos extranjeros objeto de comparación a fin de determinar las semejanzas, identidades y diferencias que pudieran existir, para lo cual más adelante plantearemos un diseño que nos permita contrastar la información obtenida en forma científica.

4.1.6 FICHAS DE INFORMACIÓN JURÍDICAS.- Considerando los criterios metodológicos al momento de recolectar información formularemos las fichas respectivas a fin de almacenarla y procesarla debidamente en el momento respectivo o en la elaboración del informe final.

4.1.7 OBSERVACIÓN.- Observaremos en la realidad fáctica que hechos científicos son relevantes para esta investigación.

4.1.8 BÚSQUEDA EN INTERNET.- con el manejo de las herramientas de Internet tenemos por objetivo hacer uso de este servicio a fin de introducirnos a sistemas jurídicos del extranjero para indagar sobre el tema a investigar.

ESTRATEGIA	APLICACION	VALIDACIÓN
Encuesta	A los Magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público	20%
Entrevista	A los Magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público	20%
Análisis del registro Documental	De los archivos y estadísticas del Poder Judicial y el Ministerio Publico	20%
Ficha de información jurídica	De la realidad socio jurídica del Delito de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad	10%
Observación	Sobre casos de Violación Sexual de Menores	20%
Búsqueda en internet		10%

5. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

- a. Guía de observación o cuaderno guía.
- b. Cuestionario y/o batería de preguntas.
- c. Ficha de análisis de expedientes judiciales.
- d. Grabadora

6. TÉCNICAS DEL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS RECOLECTADOS

6.1 SELECCIÓN Y REPRESENTACIÓN POR VARIABLES.

Luego de haber realizado trabajo de campo y de haber concluido con la toma de las encuestas, iremos seleccionando las respuestas de acuerdo a las variables formuladas y si en caso hubiera necesidad las codificaremos.

6.2 MATRIZ TRIPARTITA DE DATOS.

En este instrumento almacenaremos provisionalmente la información obtenida y que previamente ha sido seleccionada o representada por el investigador en una matriz de datos.

6.3 UTILIZACIÓN DEL PROCESADOR SISTEMATIZADO.

La información clasificada y almacenada en la matriz de datos, la trasladaremos a un procesador de sistema computarizado, que nos permita realizar las técnicas estadísticas apropiadas, para lo cual debemos tener en cuenta el diseño y la diversas pruebas que vayamos a utilizar en la contrastación de las hipótesis, en este caso trabajaremos con Microsoft Office 97- Excel.

6.4. ANÁLISIS ESTADÍSTICO.

Distribución porcentual de los datos en cuadros estadísticos:

Se realiza una distribución de los datos en cuadros de distribución de frecuencias de doble entrada, los que sirven para determinar los porcentajes en cada una de las categorías.

Interpolación de gráficos:

Se realiza una interpolación de los datos en gráficos de barras o histograma de frecuencias, los cuales son de mayor comprensión y sencillez para el entendimiento de la naturaleza de los resultados.

7. DISEÑO DE MODELO DE COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se formula la ejecución del proyecto, el diseño del trabajo, operacional, ya que tiene como objetivo: Trabajar con información vertida por la muestra en el trabajo de campo a fin de proveer esta información en técnicas estadísticas apropiadas y permitir dar confiabilidad y validez al instrumento de medición o efecto de contrastar científicamente las hipótesis; presentar alternativas deseables que permitan fundamentar si existe la necesidad de incorporar normas que regulen adecuadamente (el proceso de valoración y determinación judicial), la determinación de la pena, o medida de seguridad en que medida previene y sanciona la norma penal peruana- violación sexual en agravio de menores. en el diseño describiremos además el marco muestral, el dominio de estudio; las unidades de muestreo y el diseño de la muestra, su definición, su determinación y distribución de la muestra, etc.

También se elabora el diseño descriptivo comparativo de sistemas jurídicos extranjeros.

Donde se anota las estrategias a observarse en el análisis micro comparativo de las legislaciones de los países: Bolivia, Chile, Argentina, Ecuador, Colombia Y Brasil, sobre el tema de la investigación; y cuyo objetivo fundamental es obtener información científica respecto a las diferencias, semejanzas e identidades entre los sistemas confrontados en la legislación nacional a fin de estar en condiciones de presentar alternativas inspiradas en el derecho comparado.

En este diseño se describirá el marco comparativo de estudio, la determinación de objetos de estudio, el diseño de relación y confrontación de los elementos de comparación jurídica, etc.

7.1. PRUEBA DE HIPÓTESIS ESTADÍSTICA

Prueba Chi - Cuadrado.

El uso de esta distribución, es que permite determinar si dos variables

cualitativas son independientes o por el contrario tienen una relación.

Si relacionamos podemos decir que la primera variable tendrá “f” categorías que las podemos ubicar en las filas y la segunda variable tendrá “c” categorías que las podemos ubicar en las columnas. Obteniendo un cuadro de doble entrada, más conocido como “Tabla de contingencia”.

Si $\chi^2 = 0$, entonces las frecuencias observadas y teóricas concuerdan exactamente; mientras que si $\chi^2 > 0$, no coinciden exactamente. A valores mayores de χ^2 , mayores son las discrepancias entre las frecuencias observadas y esperadas, o las variables en estudio.

La formula a usar es:

$$\chi_c^2 = \sum_{i=1}^c \sum_{j=1}^f \frac{(O_{ij} - E_{ij})^2}{E_{ij}}$$

donde:

O_{ij} = Número de casos observados de la intersección de filas y columnas

E_{ij} = Son las frecuencias esperadas, que se obtiene de la multiplicación del total de la fila “j” por el total de la columna “i”, dividido por el total “n”

El valor obtenido de la chi-cuadrado calculada será contrastada con el de la tabla estadística de la distribución Chi-Cuadrado con los siguientes grados de libertad. $\chi_t^2 = \chi_{(c-1)(f-1), \alpha}^2$, los grados de libertad son (C-1)(f-1) y el nivel de significancia es de α .

Para la decisión contrastamos la chi cuadrado calculada con la chi cuadrada de la tabla estadística:

Sí: $\chi_c^2 \geq \chi_t^2$, rechazamos la hipótesis nula H_0 , es decir que existe relación entre las variables.

Sí $\chi_c^2 < \chi_t^2$, aceptamos la hipótesis nula H_0 , es decir no existe relación entre las variables de estudio.

8. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS.

8.1. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN.

ACTIVIDADES	AÑO 2006							
	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
PREPARACIÓN DEL PROYECTO	XXXX	XXXX	XXXX					
APROBACIÓN DEL PROYECTO				X X				
RECOLECCIÓN DE INFORMACION				XX	XXXX	XXXX		
ANÁLISIS Y SISTEMATIZACION DE DATOS					XX	XXXX	XXX	
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS							XXXX	
PREPARACIÓN DEL INFORME							XXXX	XX
PRESENTACIÓN DEL INFORME								XX

8.2. PRESUPUESTO.

8.2.1. DE BIENES.

Se utilizara los siguientes bienes:

- Computadora.
- Video Grabadora.
- Grabadora.

- Cámara Fotográfica.
- Papel.
- Lapiceros.
- Material de escritorio.
- Revistas.
- Libros.

8.2.2. DE SERVICIOS.

Se pedirá la colaboración de las siguientes instituciones:

- Bibliotecas de las Universidades Públicas y Privadas.
- Colegio de Abogados de Puno.
- Especialistas y Docentes en Derecho Penal.
- Poder Judicial
- Ministerio Público.

Se pedirá la colaboración de las siguientes Personas:

- Magistrados y personal del Poder Judicial.
- Fiscales y personal del Ministerio Público.
- Justiciables.
- Asesor de Tesis.

Se utilizará servicio:

- Fotocopiadora.
- Anillados.
- Empaste.
- Internet.
- Movilidad.
- Impresión.
- Electricidad.

8.2.3. RESUMEN.

BIENES		SERVICIOS	
COMPUTADORA	1600.00	ELECTRICIDAD	300.00
MATERIALES DE ESCRITORIO	300.00	INTERNET	50.00
OTROS	500.00	COPIAS	200.00
		MOVILIDAD	100.00
		IMPRESIÓN DEL TRABAJO	1000.00
		EMPASTE	400.00
		ANILLADOS	80.00
TOTAL	2400.00	TOTAL	2130.00
TOTAL DE BIENES Y SERVICIOS		4530.00	

8.2.4. FINANCIAMIENTO.

El presente trabajo de investigación, es íntegramente autofinanciado por el ejecutante del estudio de investigación.

ANEXO 2

FICHAS DE OBSERVACIÓN

1. FICHA DE OBSERVACIÓN N° 01.

PRIMERA VARIABLE	
LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991	
INDICADOR	Las modificaciones en la tipicidad.
SUB INDICADOR	
CÓDIGO PENAL	LEY N° 28251
LEGISLACIÓN COMPARADA	DOCTRINA
ANÁLISIS Y APRECIACIONES	
APORTES Y CRÍTICAS	

2. FICHA DE OBSERVACIÓN N° 02.

PRIMERA VARIABLE	
LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991	
INDICADOR	Las circunstancias agravantes.
SUB INDICADOR	
CÓDIGO PENAL	LEY N° 28251
LEGISLACIÓN COMPARADA	DOCTRINA
ANÁLISIS Y APRECIACIONES	
CRÍTICAS y APORTES	

3. FICHA DE OBSERVACIÓN N° 03.

PRIMERA VARIABLE	
LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991	
INDICADOR	Las penas y la reparación civil.
SUB INDICADOR	
CÓDIGO PENAL	LEY N° 28251
LEGISLACIÓN COMPARADA	DOCTRINA
ANÁLISIS Y APRECIACIONES	
CRÍTICAS y APORTES	