



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS:**

---

**APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA EN LOS  
DELITOS DE VIOLACION SEXUAL EN VICTIMAS DE 12 Y 17 AÑOS  
DE EDAD.**  
**(Propuesta Legislativa)**

---

**PRESENTADO-POR:**  
**BACH. CARON YESICA TACO HUAMANI**

**PARA OPTAR AL TITULO PROFESIONAL DE:**  
**ABOGADO**

**ASESOR:**  
**Mgt. WILMER FERNANDO QUISPE PACHECO**

**PUERTO MALDONADO – PERU**

**2017**



### **AGRADECIMIENTO**

*Quiero agradecer a mi queridos maestros y a mi Asesor por enseñarme el valor de los estudios, a superarme cada día y por sus sabias enseñanzas, también agradezco a mi familia, mis amados padres y hermanos por apoyarme siempre en todo momento de mi vida como estudiante; gracias por el esfuerzo que hicieron para concluir esta etapa de mi vida.*



**DEDICATORIA**

*Dedico esta tesis a mi hijo Juan Rodrigo y mi esposo Juan de Dios quien estuvo siempre conmigo a mi lado. A mi querido padre Juan de la Cruz y mi adorada madre Gertrudis, gracias a ellos porque me dieron vida, educación, apoyo y consejos incondicionales para seguir adelante, y mis hermanos Ivonet, Juan y Valeri quienes me alentaban cuando parecía que me iba rendir, esta tesis es dedicada a ellos que son parte de mi vida, y para mi Asesor Wilmer quien fue mi guía para escribir y concluir mi tesis.*



**PÁGINA DEL JURADO**

---

MGT. ABOG. MIGUEL ANGEL VASQUEZ RODRIGUEZ

PRESIDENTE JURADO

---

ABG. GABRIEL JESUS BENITES FERNANDEZ

SECRETARIO JURADO

---

MGT. WILMER FERNANDO QUISPE PACHECO

ASESOR



**INDICE.**

*AGRADECIMIENTO*.....ii

*DEDICATORIA*.....iii

PÁGINA DEL JURADO.....iv

RESUMEN. ....viii

**CAPITULO I** ..... 1

**I. ASPECTOS METODOLOGICOS DEL ESTUDIO**..... 1

**1.1 Planteamiento del Problema** ..... 1

**1.2.1 Problema principal.** ..... 3

**1.2.2 Problemas secundarios.** ..... 3

**1.3 Objetivos de la Investigación.**..... 4

**1.3.1 Objetivo general.** ..... 4

**1.3.2 Objetivos específicos.** ..... 4

**1.4. Hipótesis de Trabajo.** ..... 5

**1.5. Categorías de estudio** ..... 5

**1.6. Diseño Metodológico** ..... 6

**1.7. Justificación del Estudio.** ..... 6

    a) **Conveniencia:** ..... 6

    b) **Relevancia social:** ..... 7

    c) **Implicaciones Prácticas.** ..... 7

    d) **Valor teórico:**..... 8

    e) **Utilidad metodológica:**..... 8

**CAPITULO II**..... 9

**2. Antecedentes de la Investigación**..... 9

    Antecedente 1° ..... 9

    Antecedente 2° ..... 10

**CAPITULO III** ..... 12

**3. DERECHO PENAL** ..... 12

**A. Evolución Histórica del Derecho Penal.**..... 12

**B. Formas Primitivas de Punición.**..... 13

**C. Definiciones del Derecho Penal.**..... 14

**G. Caracteres del Derecho Penal.** ..... 19

**H. Elementos del Derecho Penal** ..... 20



- I. El Derecho Penal objetivo y subjetivo..... 21
- J. Seguridad Jurídica. .... 22
- K. Procedimiento legislativo..... 24
- L. Iniciativa Legislativa. .... 25
- CAPITULO IV ..... 27
- VIOLACION SEXUAL ..... 27
- A. Tratamiento en el Perú sobre los delitos de violación sexual de menores de edad..... 27
- B. El aspecto objetivo del tipo penal de violación sexual de menor de edad. .... 30
- C. El aspecto subjetivo del tipo penal de violación sexual de menor de edad. ... 34
- D. El momento de la consumación en el tipo penal de violación sexual de menor de edad. .... 35
- E. Definición de Violación Sexual..... 36
- F. Indemnidad Sexual. .... 36
- G.1. Tratamiento de Violación en los Países..... 38
- CAPITULO V..... 40
- 5. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA:..... 40
- A. Nociones Básicas..... 40
- B. Tratamiento normativo de la responsabilidad restringida como atenuante de la pena privativa de libertad ..... 41
- B.1 El autor de en el derecho penal ..... 41
- C. Definiciones sobre la Responsabilidad Restringida. .... 43
- D.1 Casación N° 335-2015 Del Santa publicado en el Peruano el 19 de agosto del 2016. .... 45
- 2. Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00751-2010-PHC/TC, Ha resuelto respecto a la aplicación de los criterios restrictivos de la aplicación de la responsabilidad penal restringida: ..... 46
- 3. Acuerdo Plenario N° 4-2008/JC-116 ..... 46
- CAPITULO VI ..... 50
- 6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES:..... 50
- A. Principios Constitucionales. .... 50
- B. Principios constitucionales y convencionales que se vienen colisionando en la aplicación de la responsabilidad restringida en los casos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad..... 50
- 1. Principio de legalidad. .... 50



a) **Nullum crime sine lege scripta, stricta y praevia.** ..... 55

b) **Nulla poena sine lege.**..... 55

1.1 **No se puede ejecutar pena alguna sino en la forma prevista por la ley.** .... 56

3. **Principio de Resocialización.**..... 61

4. **Principio de Proporcionalidad.**..... 62

➤ **Examen de necesidad.**..... 65

➤ **Examen de Proporcionalidad en sentido estricto.**..... 66

5. **Principio de Convencionalidad.**..... 67

**5.1 Principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.**..... 68

6. **Principio de no Aplicación de Penas Inhumanas.-** ..... 70

**CAPITULO VII**..... 73

**PROPUESTA LEGISLATIVA.**..... 73

**PROYECTO DE LEY N° -2017**..... 73

**1. EXPOSICION DE MOTIVOS.**..... 73

**2. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL.**..... 75

**3. ANALISIS COSTO BENEFICIO.**..... 75

**4. FORMULA LEGAL.**..... 75

**APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA EN LOS DELITOS DE VIOLACION SEXUAL DE VICTIMAS ENTRE 12 Y 17 AÑOS DE EDAD.**..... 76

**Artículo 1.- OBJETO DE LA LEY** ..... 76

**Artículo 2.- RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.**..... 76

**CONCLUSIONES** ..... 78

**RECOMENDACIONES.**..... 80

**Bibliografía** ..... 81

**ANEXOS.**..... 83

**RESUMEN.**

El presente trabajo de investigación, parte de un hecho real y objetivo que posee matices tanto jurídicos como sociales, nos referimos al artículo 22° de nuestro código penal, este artículo trata la problemática de la atenuación de la pena, cuando el autor al momento de la comisión de un delito, tiene más de 18 y menor de 21 años de edad, o más de sesenta y cinco años el problema que se genera por la prohibición en la aplicación de esta posibilidad de reducción de la pena en base a una imputabilidad restringida para algunos delitos como el de violación sexual por ejemplo, entonces dicha situación genera un problema para el caso concreto, en contraposición con la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo que nos preguntamos si ¿es correcta la regulación de esa prohibición, y que se extienda a otros delitos?, pues repárese que ello genera contradicción y vulneración al principio de igualdad ante la ley, derecho que contiene mandato constitucional y humano. Así pues, téngase en cuenta que la Casación N°335-2015-Santa converge en la inaplicación de la prohibición de la responsabilidad restringida para los casos de violación vía control difuso, ello además recogiendo diversos pronunciamientos previos de la Corte Suprema, teniendo como arista principal la aplicación del test de proporcionalidad y colisión entre el principio de igualdad ante la ley con el de legalidad, entre otros principios aplicables. Entonces la edad que oscila entre 18 y 21 años creemos pertinente que esta aun en desarrollo psicobiológico la personalidad del agente, en ese escenario de inconstitucionalidad reseñada que atenta directamente al principio de igualdad al prohibir la posibilidad de la





aplicación de esta imputabilidad restringida, se extiende además a la transgresión de los principios constitucionales, convencionales frente al principio de legalidad.

Así tenemos que la presente investigación pretende, mediante el uso de la argumentación jurídica y jurisprudencial, el análisis jurídico, social y factico a favor de la aplicación de la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad que corresponden a adolescentes, para así determinar si corresponde o no aplicar la responsabilidad restringida, y conocer como está regulado el tratamiento jurídico en el Perú e identificar cuáles son esos principios constitucionales, convencionales y legales que colisionan entre sí; para luego a través de una propuesta legislativa modificar el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal.

Este trabajo de investigación se encuentra basado en un estudio de análisis y argumentación teórica y jurisprudencial de la realidad materia de estudio, para aportar jurídicamente a nuestra legislación a través del método cualitativo.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Penal, Violación Sexual, Responsabilidad Restringida, Principios Constitucionales, Legales, Convencionales.



## INTRODUCCION.

El Derecho Penal siendo una rama del Derecho y facultado por el Estado es que cumple funciones multidisciplinarias, que garantiza la paz social, evitar hechos delictivos que afectan a la sociedad; es así que en nuestro Estado peruano contamos con un aparato judicial estatal que lucha contra aquellos que transgredan las normas materiales y sustanciales.

Si bien es cierto en nuestro código penal peruano en su artículo 22 se refiere a la responsabilidad penal restringida, pero que en su primer párrafo dice que se les bajara prudencialmente la pena a aquellos agentes que tengan la edad entre 18 a 21 años de edad, lo cual se exceptúa esta atenuación de la pena en su segundo párrafo, toda vez que prohíbe de este beneficio a aquellos que hayan cometido algunos delitos como por ejemplo el delito de violación sexual, lo que claramente sería una vulneración al principio constitucional de la igualdad, legalidad, proporcionalidad y convencionalidad porque estos no se benefician con el primer párrafo del artículo 22 del código penal.

Respecto al desarrollo jurisprudencial vinculante el tema de la responsabilidad penal restringida las Salas Supremas inaplican el segundo párrafo del artículo 22 del código penal, justamente porque hay una colisión y afectación entre los principios constitucionales frente al principio de legalidad.

Entonces en el presente trabajo de investigación abordaremos el tema de la aplicación de la responsabilidad restringida en el delito de violación sexual de



víctimas entre 12 y 17 años de edad, y la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22, esto con la finalidad de que no haya contradicciones, colisión entre la ley y las jurisprudencias vinculantes; de esa forma haya uniformidad en la aplicación de estos delitos y no sea visto y resuelto con el control difuso.



## CAPITULO I

### ASPECTOS METODOLOGICOS DEL ESTUDIO

#### I. ASPECTOS METODOLOGICOS DEL ESTUDIO

##### 1.1 Planteamiento del Problema

El Derecho Penal es una rama jurídica que protege diversos bienes jurídicos, y fundamentalmente el bien jurídico relacionado con la Libertad Sexual e Indemnidad Sexual de las personas, en ese sentido, resulta importante para nuestro trabajo de investigación el análisis que se debe realizar en torno a las causas que atenúan la responsabilidad penal dentro de nuestra legislación nacional, empero, la relacionada con la responsabilidad restringida prevista en el artículo 22° del Código Penal, y consecuentemente su desarrollo jurisprudencial que ha permitido dar mayores luces a dicha institución jurídica en lo relativo a los casos de violación sexual cometidos en víctimas entre 12 y 17 años de edad, ello para efectos de evitar colisión y/o afectaciones a principios fundamentales del derecho penal y derecho constitucional y convencional en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Así, téngase presente que en la actualidad nuestro código penal mediante su artículo 22°, segundo párrafo prohíbe que los agentes delictivos que se circunscriban y cometan el tipo penal de violación de la libertad sexual (todos los tipos penales relacionados), sean beneficiados con la regulación legal de su primer párrafo, esto es,



relacionado a la reducción de la pena señalada para el hecho punible cuando el agente tenga de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, sin embargo, ello constituye una clara afectación a los principios de proporcionalidad, resocialización y prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, en contraposición del principio de legalidad, todos con protección constitucional, pues repárese que conforme al análisis del desarrollo jurisprudencial emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema se ha venido inaplicando el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal para casos de violación sexual de menores de trece años de edad, esto es, con la atenuación de la pena cuyo re-direccionamiento lo tiene delimitado el artículo 29° del Código Penal, empero, para los agentes del delito que converjan sus edades entre dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco, lo que claramente conlleva a un problema sumamente preocupante dada la multiplicidad de casos que se vienen dando a nivel nacional, toda vez que dicha norma sustantiva (segundo párrafo, artículo 22° del Código Penal), no permitir la reducción de la pena por aplicación de la responsabilidad restringida a los casos de violación sexual, lo que naturalmente conlleva a que esta investigación contribuya en la modificación de dicha norma para los efectos de su aplicación práctica imperativa a los casos concretos de violación sexual que se propone y no sea utilizada como una facultad del juzgador vía control difuso.



En ese orden de ideas, denótese que el presente trabajo de investigación desarrollara los aspectos sumamente importantes ante el problema advertido a efectos de que nuestra legislación nacional pueda contener siempre una clara redacción y uniformidad para la correcta administración de justicia, por lo que el problema planteado asume una relevancia y recobra actualidad para su estudio respectivo.

## **1.2 Formulación del Problema de Investigación.**

### **1.2.1 Problema principal.**

¿Debe aplicarse la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre de 12 y 17 años de edad?

### **1.2.2 Problemas secundarios.**

1° ¿Cómo está regulado el tratamiento jurídico en el Perú sobre los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?

2° ¿Cuál es el tratamiento normativo de la responsabilidad restringida como atenuante de la Pena Privativa de la Libertad?

3° ¿Qué principios constitucionales y convencionales colisionan para los casos de aplicación de la responsabilidad restringida a los casos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?



4° ¿Cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para la modificación del segundo párrafo, artículo 22° del Código Penal relacionada con la aplicación de la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?

### **1.3 Objetivos de la Investigación.**

#### **1.3.1 Objetivo general.**

Determinar si corresponde aplicarse la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre de 12 y 17 años de edad?

#### **1.3.2 Objetivos específicos.**

1° Conocer como está regulado el tratamiento jurídico en el Perú sobre los delitos de violación sexual contra menores y mayores de edad.

2° Precisar y describir cual es el tratamiento normativo de la responsabilidad restringida como atenuante de la Pena Privativa de la Libertad?

3° Identificar qué principios constitucionales y convencionales colisionan para los casos de aplicación de la responsabilidad restringida a los casos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?



4° Establecer cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para la modificación del segundo párrafo, artículo 22° del Código Penal relacionada con la aplicación de la responsabilidad restringida en los delitos de violación de víctimas entre 12 y 17 años de edad?

#### 1.4. Hipótesis de Trabajo.

Existen razones jurídicas de índole personal y social que justifican una propuesta legislativa para la modificación del artículo 22° del código penal que haga efectiva la aplicación de la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad.

#### 1.5. Categorías de estudio

Considerando que el presente trabajo responde al enfoque cualitativo, sus categorías son las siguientes:

CATEGORIAS	SUB CATEGORIAS
Responsabilidad restringida	<ul style="list-style-type: none"><li>- Definición</li><li>- Aplicación</li><li>- Tratamiento en la legislación nacional</li><li>- Delito de Violación Sexual</li></ul>
Violación de la libertad sexual	<ul style="list-style-type: none"><li>- Definición</li><li>- Tipos de Delitos</li><li>- Violación Sexual de menores de edad</li></ul>





**1.6. Diseño Metodológico**

Enfoque de investigación	<b>Cualitativo:</b> Dado que nuestro estudio no está basado en mediciones estadísticas sino en el análisis y la argumentación respecto a la realidad materia de estudio
Tipo de investigación jurídica	<b>Dogmática propositivo:</b> Según la clasificación del Dr. Jorge Witker. Nuestro estudio pretende establecer las razones suficientes para elaborar una propuesta legislativa en relación a la Responsabilidad Restringida en delitos de Violación Sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad.

**1.7. Justificación del Estudio.**

La relevancia de la presente investigación parte desde las siguientes premisas:

**a) Conveniencia:**

Es conveniente hacer esta investigación porque se trata de un problema muy importante que genera el interés de los operadores



judiciales que actúen en el conocimiento y aplicación de los tipos penales de violación sexual cometidos contra menores y mayores de doce años de edad, en los que debe aplicarse la responsabilidad restringida.

**b) Relevancia social:**

Tiene relevancia y recobra actualidad de carácter jurídico social ya que es una investigación significativa para ámbito jurídico por cuanto versa sobre el desarrollo de normas penales y su afectación a principios de carácter fundamental dentro del sistema de administración judicial y por ende la atenuación de la pena.

**c) Implicaciones Prácticas.**

El proyecto a su vez ayuda a resolver un problema práctico que se va plasmando de manera creciente en la realidad que es el de casos de la aplicación de la responsabilidad restringida en los casos de violación sexual de menores, que bien podrían ser regularizados mediante la creación de leyes al respecto y un contrato específico sobre subrogación, siendo así, este proyecto lograra trascender en una iniciativa legislativa para abordar de una vez por todas este tema que al parecer sigue siendo un tabú para el estado peruano.



**d) Valor teórico:**

De igual manera se pretende establecer y aportar de manera coherente y eficaz la correcta regulación legal, a partir del desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad restringida en el tipo penal de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad, desde un punto constitucional y convencional, y su conveniencia en la aplicación en la resolución de casos concretos.

**e) Utilidad metodológica:**

Considero que los resultados de la presente investigación puedan ayudar, motivar y aportar información para estudios jurídicos posteriores los cuales puedan ser abordados en diversos puntos de vista que complementen el presente estudio.



## CAPITULO II

### ATECEDENTES DE LA INVESTIGACION

#### 2. Antecedentes de la Investigación.

##### **Antecedente 1°.**

El primer antecedente de la investigación a desarrollar lo constituye la tesis que lleva como título “ VALORACION JUDICIAL DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE VIOLACION SEXUAL EN AGRAVIO DE LOS MENORES DE EDAD” su autora es Gianina Rosa Tapia Vivas, quien presento dicha investigación en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Lima en el año 2005.

##### **La tesis concluye en:**

- i. La doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, consideran que, en principio, la declaración de la víctima puede ser eficaz para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia atendiendo a que usualmente los delitos contra la libertad sexual, violación de menor, son realizados en situación de clandestinidad, son encubiertos y generalmente ocultos, que impiden en ocasiones disponer de otras pruebas, por lo tanto hay que resaltar que para fundamentar una sentencia condenatoria, basada en la sola declaración de la víctima, es necesario que se valore expresamente la comprobación de la concurrencia de los siguientes requisitos: la inmediatez entre el hecho y la denuncia, sindicación uniforme de la



víctima asociada a la existencia de una pericia médico legal, sindicación verosímil, persistente circunstanciada y ausencia de incredibilidad subjetiva o móvil egoísta.

- ii. Se confirma la segunda hipótesis planteada, en el sentido de que las sentencias analizadas por el delito contra la libertad sexual-violación de menores de 14 años, el juzgador fundamenta sus decisiones en pruebas directas (preventivas, pericias, reconocimiento médico legal, testimoniales, aceptación del imputado, etc.), obviando la posibilidad de tomar en consideración la prueba indirecta o indiciaria (circunstancias del lugar, tiempo, conducta precedente o posterior del imputado, indicio de oportunidad, móvil, etc.).

#### **Antecedente 2°.**

El segundo antecedente de la investigación a desarrollar lo constituye la tesis que lleva como título “ANALISIS DEL ABORTO DERIVADO DE CASOS DE VIOLACION SEXUAL DENTRO DEL MODELO JURIDICO VIGENTE EN EL PERU: UNA APROXIMACION DESDE LOS FUNDAMENTOS FILOSOFICOS DEL ARTICULO PRIMERO DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU” su autor es Jorge Humberto Sánchez Pérez, quien presento dicha investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 2011.



**La Tesis concluye en:**

- i.** Siguiendo la técnica de ponderación constitucional, se podría concluir que en tanto el caso del aborto por violación sexual, es un caso que responde a múltiples violaciones del derecho a la libertad (caso extremo) al ser ponderado el nivel de vulneración del valor libertad frente al nivel de vulneración del valor vida, la afectación del primero implicaría una jerarquía superior del mismo frente al segundo en el caso concreto, pudiendo concluir que la sanción penal del mismo sería de carácter inconstitucional.
  
- ii.** Cuando nos encontramos dentro de un Estado, que en teoría respeta las libertades individuales y que no vulnera el orden constitucional, no cabría alegar un comportamiento que atente contra el ordenamiento, si es que existen otros medios para poder expresar el disenso. Así, el actual surgimiento de las organizaciones no gubernamentales y asociaciones civiles que respaldan posiciones jurídicamente disidentes, su masificación y creciente capacidad organizacional, debería ser tomado en cuenta como un modo empírico de corroborar la existencia de posturas valorativas contrarias o diferentes a las actuales.



### CAPITULO III

#### EL DERECHO PENAL

#### 3. DERECHO PENAL

##### A. Evolución Histórica del Derecho Penal.

Antiguamente la formalización del poder punitivo en legislación penal manifiesta, pretenden mostrar un sentido lineal, centrando su atención en las penas previstas en esas leyes: penas ilimitadas (venganza privada), penas limitadas (venganza pública), penas más limitadas (humanización) y penas racionales o etapa actual, que unos llaman científica, algunos técnica y otros dogmática, según el lugar en que se coloque el analista histórico, que generalmente pretende hallarse en la cúspide de una evolución. En definitiva, siempre se trata de presentar a la criminalización primaria (o legislación penal) en el marco de una de las tantas concepciones evolutivas de la historia, corrientes en los siglos XVIII y XIX. Al mismo tiempo, es regla ignorar el resto del ejercicio del poder punitivo” (Zaffaroni, Raul Eugenio, Slokar Alejandro, 2002, pág. PAG. 229).

Si bien es cierto, antiguamente existían normas consuetudinarias que de alguna manera regulaban la conducta de las personas, pero eran más crueles e injustas ya que estos castigos también abarcaban a la familia, es así que el agraviado podía imponer sus castigos tanto al agresor y a su



familia. Sin embargo con el pasar del tiempo la sociedad va cambiando y las normas también de acuerdo a la realidad, se van imponiendo sanciones pero privando la libertad del individuo.

## **B. Formas Primitivas de Punición.**

- 1) **Venganza Privada Absoluta.-** Reacción arbitraria, instintiva y desproporcional al daño material del autor como medio de defensa individual del ofendido contra el ofensor sin la intervención de la autoridad pública. El fin era la defensa individual; no había concepto de Pena, solo de daño. Corresponde a sociedades primitivas.
- 2) **Venganza de Sangre.-** Es muerte del ofensor o algún otro miembro de su clan por parte del clan del ofendido. Busca el equilibrio de clanes.
- 3) **La Expulsión de la Paz.-** Destierro que sufre un individuo de su propio grupo tribal por transgredir reglas sociales de la tribu. Equivalía a la pena de muerte o a la esclavitud porque ya no tenía grupo que lo proteja (Ermo, enero 2008).

Sigmund Freud sostiene que el origen del delito se remonta al tabú, que es una prohibición de usar o tocar una cosa o de realizar una conducta cuya infracción tiene como consecuencia un castigo automático y objetivo. Esta sanción se apoya en cierta sanción mágico religiosa. El fin del delito es la expiación del delincuente<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sigmund Freud (1856-1939), médico y neurólogo austriaco, fundador del psicoanálisis. Psicoanálisis, nombre que se da a un método específico para investigar los procesos mentales inconscientes y a un enfoque de la psicoterapia.





### C. Definiciones del Derecho Penal.

El derecho penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se trata de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos. Cualquiera que sea el sistema político económico de una sociedad, el Estado tratará de desmontar los elementos conflictivos potenciales y de aceitar la maquinaria de la circulación social (POZO, 1987).

El derecho penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común. Mediante él, se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser realizados o, queridos o no, deben ser ejecutados. A fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza de una sanción. El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de ciertos esquemas de vida social (POZO, 1987).

El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado, comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona. En relación con la pena, se refiere a la privación i restricción de derechos. Debido a la naturaleza de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación de



establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado a la búsqueda de la justificación de la pena, y a la determinación de un criterio suficientemente claro que permita discernir las acciones que deben ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción (F., 1995).

José Moisés Vergara Trujillo, define al Derecho Penal como "El conjunto de normas jurídicas emitidas por el Estado, relativas a la clasificación de las conductas que constituyen los llamados delitos y las consecuencias que tales conductas provocan (Jose Moises, 2002).

En ese mismo sentido el autor José Vergara de acuerdo con su punto de vista, concuerdo al referirse que el Derecho Penal es el conjunto de normas que establece y regula las conductas de la sociedad a través de la imposición de ciertas penas que está regulado en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

#### **D. Funciones del Derecho Penal.**

El Derecho Penal realiza su misión de protección de la sociedad, castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. En segundo lugar, cumple esa misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva (<http://www.monografias.com/trabajos25/derecho-penal-peru/derecho-penal-peru.shtm#izxx4fmD8wSIM>).



En ese mismo sentido a mi criterio ambas funciones del derecho penal no son contradictorias, sino que deben concebirse y unificar sus fuerzas para un fin común y velar por la paz social. Sin embargo cumplen esa función primordial de protección, castigando las infracciones que las personas cometan y que así debe ser.

#### **E. Consecuencias Penales.**

Una función del Derecho Penal es la prevención de los hechos ilícitos: impedir la caída y la recaída de los sujetos en el hecho ilícito. Las consecuencias penales son los instrumentos con los que el Derecho Penal persigue tales finalidades. Instrumentos no únicos ni siempre las más eficaces; sin embargo, históricamente y fuera de cada utopía, necesarios e irrenunciables para controlar, por parte de cada sociedad organizada, el crimen (Klaus, 2007).

La respuesta está condicionada, principalmente, por la premisa político-ideológica, ya que, como es fácil comprender: un derecho penal de la opresión o, en todo caso, en función prevalente de la defensa social está caracterizada por una concepción intimidadora de la pena. En su función primaria, de prevenir la comisión de los hechos ilícitos, ellos exige un rigorismo sancionatorio, que encuentra en la pena capital y en la pena perpetua y en la crueldad e inhumanidad de la ejecución de la pena, las más drásticas expresiones; y un derecho penal de la libertad que sin abdicar a la imprescindible exigencia de defensa de la sociedad contra el



crimen con desproporcionada severidad de ejecuciones inhumanas (BONESANA, 2011).

El sistema clásico de la pena retributiva, es la coherente expresión de un derecho penal de la responsabilidad moral, y por el que se sanciona, cuando se ha cometido el hecho ilícito, la pena es la proporcionada retribución por el mal causado y la función general preventiva y especial preventiva, que consisten en agredir los derechos inderogables del reo proporcionalmente a la ofensa causada a la víctima, anulando así cada ventaja derivada del delinquir (PEREIRA, 2004).

El sistema penal de las medidas de seguridad, que representa, en cambio, la expresión de un derecho penal de la peligrosidad social y por el que tales medidas tienen el propósito utilitarista de la defensa social, siendo dirigidas a readaptar al delincuente, a través de la rehabilitación o de la cura a la vida social; o a ponerlo, de todos modos, en condiciones de no dañar hasta que siga considerándosele como sujeto peligroso (BONESANA C. , 2011).

El sistema dualístico o de la doble vía, corresponde a un derecho penal mixto, el cual se caracteriza por la existencia de la pena para los sujetos responsables y de las medidas de seguridad para los sujetos peligrosos, es el sistema que ha sido acogido, no sin inconveniente, por los modernos derechos penales, como nuestro código penal (PEREIRA, Compendio de Artículos de Derecho Procesal Penal, 2004).



Finalmente debemos de precisar que acerca de la pena, en los modernos ordenamientos, ha sufrido continuas transformaciones que la hacen un *mixtum compositum*, en el que la idea central retributiva e intimidadora-general preventiva se reconcilia con las instancias especial preventiva reeducativas, siendo posible explicar solo sobre la bases de su pluridimensionalidad la complejidad de sus funciones. La sanción penal es la marca que distingue, formalmente, el ilícito penal de cualquier otro ilícito jurídico (PESCE, 2003).

#### **F. Fines del Derecho Penal y fines de la pena.**

El Derecho penal tiene como fin la protección de la sociedad frente a las conductas que más gravemente atenten contra los intereses sociales. Ese fin de protección justifica el recurso a la pena, que puede definirse como un mal previsto legalmente que el juez impone al culpable de cometer un delito en un procedimiento público. En la medida en que las penas sirvan para lograr el fin de tutela, o lo que es lo mismo, sean necesarias, estarán justificadas. Ese presupuesto debe guiar el debate sobre los fines de la pena, eso es, la discusión sobre por qué y para qué se pena. El debate se polariza habitualmente entre dos extremos. De un lado, las llamadas teorías absolutas, que entienden que la pena es un fin en sí mismo, se sanciona porque se ha delinquido.

De otro lado, las llamadas teorías relativas, que entiende que la pena se justifica por satisfacer determinados fines, se sanciona para que no se



delinca (punitur, ne peccetur). Por supuesto, se han formulado también teorías mixtas o de la unión, que integran los distintos fines de la pena.

### **G. Caracteres del Derecho Penal.**

El Derecho Penal por su naturaleza y campo de aplicación tiene notas propias distintivas de los otros derechos que lo caracterizan como una de las ciencias jurídicas de gran importancia. Después de la larga evolución del Derecho Penal en particular, con el aporte de la filosofía y de las ciencias jurídica y políticas podemos afirmar que el Derecho Penal es rama del Derecho Público interno, un Derecho Penal tanto sustantivo como adjetivo cada vez adquiere mayor vigencia y necesidad internacional como ejemplo los convenios internacionales para luchar contra la trata de blancas, el terrorismo narcotráfico, etc.

En líneas generales podemos decir que los caracteres o nota distintivos más connotados del Derecho Penal son: Derecho Público, Normativo, Valorativo, Finalista. En la división con carácter fundamentalmente pedagógico en Derecho Público y Privado, el Derecho Penal pertenece al primero porque sólo lo puede ejercer con carácter exclusivo y excluyente del Estado, evidentemente por intermedio del Poder Judicial, y que crea las normas, con que define o tipifica los delitos y las sanciones. Por ello la Escuela Clásica tiene como máxima absoluta porque admite limitación. “*nullun crimen, nulla poena sine lege*” las relaciones del individuo con la



sociedad, más propiamente dicho con el Estado en cuanto se refiere a la calificación de una conducta como delito y la pena que se le da como consecuencia de ello.

La naturaleza pública del Derecho Penal hoy es más irrefutable que nunca, porque no se concibe Derecho sin que tenga su fuente de producción en el Estado y no hay Derecho como norma jurídica para regular la convivencia humana sin que provenga y sea garantizada en su cumplimiento por la sociedad política y jurídicamente organizada que es el Estado.

El Derecho Penal es normativo, en el sentido de la división ontológica que hace el neokantismo que clasifica las ciencias en las del ser y las del deber ser. Estas últimas tratan de reglamentar o normar la conducta para que se adecue a los fines perseguidos por el Estado Derecho. Por ello es que sólo en la norma se halla la definición de la conducta correcta y en su caso legal. Las ciencias del ser nos presentan la realidad tal cual es para someterla análisis y estudio, en ellas están todas las ciencias naturales mientras que en la primera las llamadas ciencia cultural.

## **H. Elementos del Derecho Penal**

Como se sabe la Escuela Clásica que tiene mérito histórico de haber sistematizado científicamente el Derecho Penal, sólo reconocía como sus elementos el delito y la pena. Hacen abstracción del productor del delito y



de las consecuencias que debe sufrir, es decir del delincuente. Están dentro de una concepción normativa que desconoce una realidad subjetiva: el agente del delito que presenta caracteres propios en cada caso.

El Escuela Positivista influida profundamente por las ciencias naturaleza y la Sociología, que es su creación, de una importancia sin precedentes al protagonista del delito, al extremo de afirmar algunos de sus más respetable representante que el delito es un fenómeno natural, hasta llegar a fundar la Criminología que se dedica exclusivamente al delincuente. De esta influencia es que finalmente el Derecho Penal acepto como sus elementos del delito, delincuente y pena.

Concuerdo con la posición de la escuela positivista, ya que anteriormente el Derecho Penal solo tenía como elementos al delito y la pena, pero no tomaban en cuenta al agente que objetivizaba todo ello, entonces mediante esta escuela positivista que estudiaba la naturaleza y la sociología recién se incorpora como elemento al delincuente, entonces es dable y necesario esta incorporación para entender mejor la realidad de los hechos, para determinar el delito y la pena correspondiente.

## **I. El Derecho Penal objetivo y subjetivo.**

**1) El Derecho Penal Objetivo.-** Es el estudio del delincuente y la admisión de penas y medidas de seguridad o sea el conjunto de leyes y





normas que definen los delitos y establecen las penas, como tal además de limitar al Derecho Penal Subjetivo pone coto a la arbitrariedad al fijar normas en la definición y tratamiento del delito, de ahí el principio jurídico penal: “No hay delito y pena sin ley previa que los establezca”; es síntesis el conjunto de normas instituidas por el Estado que definen los delitos y señalan las penas aplicables para cada caso.

**2) El Derecho Penal Subjetivo.-** Alude el derecho de castigar que tiene el Estado, como facultad pública para definir los delitos y fijar las sanciones que les son aplicable o sea el *jus puniendi* como potestad que se atribuye al Estado para imponer castigos, penas o sanciones y contemporáneamente las medidas de seguridad. Este derecho penal subjetivo está limitado por el derecho penal objetivo que como hemos visto y repetiremos es el conjunto de normas.

#### **J. Seguridad Jurídica.**

Para el derecho, el principio de la seguridad jurídica el derecho exige que las normas actualmente vigentes sean estables en el tiempo y que los distintos actores del quehacer humano puedan hacer predicciones más o menos firmes de cómo los tribunales resolverán sus disputas en caso de conflicto (PALMA, 1997).

Este argumento es importante para entender otra característica de la seguridad jurídica: se trata de un “bien social” con alta demanda, pero desafortunadamente escaso. Es decir, todo el mundo quiere seguridad



jurídica (es decir, estabilizar las reglas jurídicas que maximicen su ingreso personal, o alternatively, mantener invariables los marcos jurídicos desde los cuales planea su actividad); sin embargo, cuando se aumenta la seguridad jurídica de un grupo social se disminuye o fragiliza la de otro. Es más: los grupos sociales están continuamente tratando de cambiar el derecho a su propio favor tanto en sede legislativa como judicial (PEREZ, 1991).

En ese sentido puedo decir que la verdadera seguridad jurídica dentro de un estado de derecho tiene que ser algo más generosa: es fundamental e importante que todos los ciudadanos entiendan que la seguridad jurídica no solamente se exige, sino que también se otorga. Que la seguridad jurídica no solo vale de las normas que nos benefician, sino también de aquellas que protegen.

La expresión “seguridad jurídica” quiere decir entonces que el Estado tiene que velar porque el orden normativo se cumpla a cabalidad en todos aspectos de la vida nacional. Este concepto está hoy en día en la base misma del orden de los países modernos, porque no hay nación desarrollada donde no se asuma como obligatorio el cumplimiento de las normas nacionales. Únicamente donde las normas se respetan y se cumplen, donde la vida discurre dentro de la previsibilidad del Derecho, son posibles los emprendimientos comerciales y productivos capaces de generar empleo a gran escala (TORRES, 2009).



## K. Procedimiento legislativo.

Se trata sobre una de las funciones básicas del Parlamento que, incluso, es una de sus funciones originarias. Tuvo especial importancia en el siglo de oro de los parlamentos (S. XIX) por estar referida a la creación del derecho. El procedimiento legislativo es, a su vez, parte del proceso legislativo. Por lo tanto, se debe entender como un conjunto de acciones dinámicas que comprende una serie de etapas o fases con sus propios instrumentos.

El Reglamento del Congreso nos indica el contenido del procedimiento legislativo: “...comprende el debate y aprobación de leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes autoritativas para ejercer la legislación delegada, leyes presupuestales y financieras, leyes de demarcación territorial, leyes de reforma de la Constitución Política, del Reglamento del Congreso y de resoluciones legislativas” (Reglamento del Congreso de la República, 2001).

Hay que comprender que todos estos componentes (clases de normas) son el resultado o producto de una serie de procedimientos que conllevan al cumplimiento de la función legislativa. El conjunto de normas que tratan los procedimientos parlamentarios se desarrollan específicamente con el nombre de variantes del procedimiento legislativo, en el Reglamento del Congreso (sección primera). El Art. 72° desarrolla las mismas en los siguientes términos: “Mediante el procedimiento legislativo se persigue



*aprobar leyes de carácter general y resoluciones legislativas, las mismas que pueden ser:*

- a. Leyes ordinarias;*
- b. Leyes de reforma de la Constitución;*
- c. Leyes orgánicas;*
- d. Leyes presupuestales y financieras, incluyendo las de tratamiento tributario especial a que se refiere el último párrafo del Artículo 79° de la Constitución Política;*
- e. Leyes autoritativas de legislación delegada;*
- f. Leyes de amnistía;*
- g. Leyes demarcatorias;*
- h. Resoluciones Legislativas y;*
- i. Resoluciones Legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso (Reglamento del Congreso de la República, 2001).*

#### **L. Iniciativa Legislativa.**

La iniciativa legislativa tiene una serie de requisitos generales y especiales según sea el caso. En cuanto a los requisitos generales, el Artículo 75° del Reglamento del Congreso dispone: “Las proposiciones de Ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser



el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales. Las proposiciones de Ley se presentarán ante la Oficialía Mayor del Congreso en día hábil y horario de oficina, para su registro. (Reglamento del Congreso de la República, 2001).

Las proposiciones de Ley que presentan los ciudadanos deben ir acompañadas por las firmas de por lo menos 0.3% de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la Ley que regula la materia (Ley N° 26300). El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de documento nacional de identidad, la dirección donde deba notificársele en caso necesario (Congreso de la República, 2000).



## CAPITULO IV

### VIOLACION SEXUAL

#### 4. VIOLACION SEXUAL

##### **A. Tratamiento en el Perú sobre los delitos de violación sexual de menores de edad.**

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

De igual forma, comprende también la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima menor. De la redacción del tipo penal, en concordancia con el Acuerdo Plenario No 4-2008/CJ-116, se desprende con claridad que para la verificación del delito de acceso sexual sobre un menor de 14 años no se necesita que el agente actúe haciendo uso de la violencia, la intimidación, la inconsciencia o el engaño. No obstante,



estas circunstancias son indispensables cuando se trata de adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

En tal sentido, así la víctima menor de 14 años preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual u análogo, el delito se verifica o configura inexorablemente, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores cuya edad se encuentre entre el acto del nacimiento hasta los catorce años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo. En la jurisprudencia se tiene claro esta circunstancia. De ese modo, la Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1999 declaró: "si bien es cierto que las cópulas carnales llevadas a cabo entre la agraviada y el encausado fueron de mutuo acuerdo, también lo es que dada la minoría de edad de la agraviada, no tiene la capacidad plena para disponer de su libertad sexual, por lo que la ley tiende a tutelar esta libertad de los menores de edad, así como también su inocencia cuyo desarrollo psico-emocional se ve afectado por ciertos comportamientos delictuosos. En igual sentido se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 7 de julio de 2003, cuando afirma que: "el supuesto consentimiento presentado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de violación sexual de menor de edad no admite el consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos de reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores.



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

En otro aspecto, lo determinante es la edad de la víctima; la concurrencia adicional de violencia o intimidación es indiferente aunque debe servir al juzgador para graduar la pena entre los polos máximos y mínimos, como debe servirle, para el mismo propósito, el consentimiento psicológico de la víctima. Del mismo modo, en cuanto al último aspecto, un sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo generales que deben presidir toda construcción o planteamiento jurídico-penal nos obligan a mantener un criterio flexible y abierto en este punto.

Si bien ello no supone de alguna manera la exoneración de responsabilidad penal al autor del hecho, no existe ningún inconveniente para que en la fase de la determinación o individualización judicial de la pena reciba un tratamiento más benigno y se le imponga una pena atenuada. No obstante, todo queda a criterio y prudencia del juzgador.





**B. El aspecto objetivo del tipo penal de violación sexual de menor de edad.**

El delito contra la Libertad Sexual en la legislación penal reconoce al tipo básico en el artículo 170 del Código Penal, que reprime a quien con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

**1. Tipo subjetivo.-** Este un delito eminentemente doloso. El sujeto actúa con conocimiento y voluntad.

**2. Consumación.-** Cuando el agente logra obtener el acceso carnal en la víctima. La tentativa se configura cuando iniciado los actos de ejecución no llega a la penetración carnal.

El artículo 173 del Código Penal describe la conducta prohibida en la que el agente coloca como víctima a menores de edad, que tienen de 18 años de edad para abajo. Respecto a este tipo penal la doctrina reconoce como bien jurídico la indemnidad sexual del menor, el derecho que este posee para no ser obligado a tener relaciones sexuales. La indemnidad también se le conoce como intangibilidad sexual, como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes no han alcanzado el grado de madurez para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea (Ramiro, Los Delitos de Acceso Carnal Sexual, Pag. 183, 2005).



Otros autores dicen que el objeto de protección en los delitos de abuso sexual de menores es la indemnidad e intangibilidad expresadas en la tutela que le brinda el Estado para que el desarrollo de su sexualidad no se perturbe o altere con prácticas sexuales como la prostitución. La intangibilidad sexual es bien jurídico creado por la doctrina italiana para diferenciarla del ataque carnal violento o abusivo en contra de la libertad sexual y de aquella que se tutelaba en la conjunción carnal abusiva en agravio de menor previstas en el artículo 512 del Código Penal Italiano. Se consideraba a ciertas personas como intocables sexualmente por sus características especiales, como minoría de edad o demencia o se encontraba en la privación de sentido<sup>2</sup>.

Lo intangible es lo intocable y sin o con Libertad Sexual se tiene que todas las personas son intocables. En el caso de los menores estos no tienen capacidad para disponer; en consecuencia autorizando ellos para tener sexo, no se le reconoce ese consentimiento. En cuanto a los que tienen libertad sexual son también intangibles o intocables respecto de su integridad sexual, esto debe verse así, mientras que no den su consentimiento. La indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio. Sin embargo para fines de distinción asumimos que son los menores de edad quienes tienen derecho a la tutela penal de este bien jurídico. Por otro lado se advierte en cuanto a los menores de edad, un acceso carnal les acarrea prima hacia un daño

---

<sup>2</sup> OXMAN VILCHEZ, Nicolás. ¿Qué es la Integridad sexual? Revista de Justicia Penal. Numero 3 setiembre. Santiago de Chile. 2008. p.96



porque perturba su desarrollo sexual. Aun si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. Esto no sucede en los mayores de edad porque un acceso carnal de por si no es un daño, esto es relativo, puesto se convierte en daño cuando ha sido realizado doblegando su libertad mediante amenaza o violencia.

La indemnidad es lo que conceptualmente mejor se estima como bien jurídico merecedor de tutela por parte del derecho penal del niño y del adolescente. El reconocimiento de tutela de la indemnidad en la jurisprudencia suprema la tenemos en el R.N. N° 0458-2003-Callao<sup>3</sup> del siete de julio de dos mil tres sobre el caso de una agraviada que tenía 13 años al momento de los hechos y habiendo alegado el agente que tuvo relaciones consentidas: *“Que el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de "violación presunta" no admite el consentimiento como acto exculpatario ni para los efectos de la reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores”*. Con más claridad en la ejecutoria suprema R.N. N° 878-2005<sup>4</sup> Huaura del doce mayo de dos mil cinco se dice: *“...que en los delitos de violación sexual en agravio de menor de edad se protege de manera determinante la indemnidad o intangibilidad sexual el libre desarrollo sexual del menor en la medida que afecta el desarrollo de su personalidad; por lo que resulta*

---

<sup>3</sup> Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

<sup>4</sup> Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital



*irrelevante su consentimiento como causa de justificación para eximir a su autor de responsabilidad penal”.*

Entonces jurisprudencialmente se acoge el hecho que un menor sexual por más que se alegue consentimiento es víctima cuando se afecta su indemnidad sexual o su intangibilidad no teniendo ellos la capacidad para consentir.

En conclusión el bien jurídico que se tutela con la represión de la conducta prohibida descrita en el Artículo 173 del Código Penal es la Indemnidad sexual. El agente tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad. El acceso no debe entenderse sólo como coito vaginal propio de las relaciones heterosexuales sino las vías anal y bucal. El agente puede ser una mujer o un hombre. La forma como está redactada la conducta tiene todavía un rasgo de género puesto que la principal víctima de estos delitos es el sector femenino. También las víctimas pueden ser menores del género masculino, afectados por vías anal o bucal. Puede darse el caso de una mujer que tenga acceso carnal con un menor de edad, aquí ya no estaríamos ante vías vaginales, anales o bucales que se entiende desde la perspectiva de la víctima; sino que simplemente lo son porque la mujer adulta tiene acceso carnal con un sujeto pasivo con su consentimiento viciado.



Respecto de los objetos empleados como instrumentos del delito, debe entenderse que los que se introducen son inertes y en cuanto a las partes del cuerpo se interpreta que son distintas a las genitales y que puedan ser utilizados para penetrar a la víctima. Un ejemplo es el uso de los dedos para introducirlos en las víctimas. En estos delitos no se utiliza como medio la violencia o la intimidación porque basta el acto de acceso carnal sobre una menor para que se configure el delito de violación puesto que se parte de una presunción “iuris tantum” que los menores no pueden consentir en ningún caso y si hubiera emitido un consentimiento este se tiene como inexistente.

**C. El aspecto subjetivo del tipo penal de violación sexual de menor de edad.**

El tipo penal que venimos analizando es uno que es a título de dolo; es más no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo adicional como ánimo libidinoso o propósito lubrico para satisfacer deseos sexuales lo que lo convertiría en tipo de tendencia como se advierte en el delito de violación sexual en el Código Penal Español (CALDERON CEREZO, A, CHOCLAN MONTALVO, 2001).

En el caso peruano puede ser que el instinto sexual el deseo de satisfacerse esté dentro de los motivos; pero también podría darse el caso que el motivo sea simplemente un deseo de demostrar su fuerza contra la víctima



expresada en su forzamiento sexual, o que se considere que dentro de una relación de jerarquía el agente se cree superior que el sujeto pasivo donde podríamos estar ya en los terrenos de la discriminación.

**D. El momento de la consumación en el tipo penal de violación sexual de menor de edad.**

El tipo penal que es parte de nuestro análisis se consuma cuando el agente logra acceder carnalmente en la víctima en las modalidades previstas. Hay tentativa si la voluntad del agente es tener el acceso carnal. En el Recurso de nulidad 4737-97 Lima, veinte de octubre de mil novecientos noventa y siete se dice: *"Para efectos de consumación del delito de violación sexual ésta se produce así la penetración haya sido parcial"*.

Pueda darse el caso de imposibilidad de consumación tal como se hace referencia en el Recurso de Nulidad 1535-97 Huaura, nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho se dice así: *"Efectuar rozamientos con el miembro viril en el ano de la menor agraviada constituye delito contra el pudor y no violación sexual; al no haberse efectuado una pericia al septuagenario, quien ha puesto de manifiesto su incapacidad para practicar el acto sexual debido a su avanzada edad, existe duda razonable, la misma que le favorece en virtud del principio del indubio pro reo."*



### **E. Definición de Violación Sexual.**

Para la Organización Mundial de la Salud, la violencia sexual se define como “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo” (Jose Luis, 2015).

Noguera Ramos ha definido a delito de violación sexual como “el acto sexual análogo practicado contra la voluntad de una persona que inclusive puede ser su conyugue o conviviente; mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza su resistencia” (Jose Luis, 2015).

Entonces tomando en cuenta las concepciones de los autores, puedo decir que la violación sexual es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, que se va ejecutar sin su consentimiento o en contra de su voluntad mediante violencia real o física, como por amenaza grave o intimidación presunta.

### **F. Indemnidad Sexual.**

Por su parte, Juan Bustos Ramírez afirma que “como en general sucede con la libertad, no sólo se protege la capacidad de actuación sino también la seguridad de la libertad, esto es, los presupuestos objetivos de ella, lo



que en la doctrina moderna ha sido denominada intangibilidad o indemnidad sexual” (Manuel, 1986).

Desde mi perspectiva claro está que el desarrollo de la sexualidad de las personas es un proceso que se da de manera gradual y progresivo; entonces la sexualidad se da por aspectos biológicos, emocionales, sociales y culturales que no pueden ser vulnerados ya que no protege solo su actuar sino también la libertad que tienen de disponer de ello.

La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual (Ramiro, Derecho Penal-Parte Especial, Pag. 645/650, 2010).

En concordancia con el autor en mención, es cierto que la indemnidad sexual es protegida y a la vez garantizada por todas las normas materiales que otorga el Estado, y en cuanto al desarrollo sexual los menores de 12 años son considerados niños según el Código de los Niños y Adolescentes y ellos no tienen la capacidad y madurez suficiente para decidir o saber que significa tener relación sexual.





Es menester aclarar que la libertad sexual debe ser admitida como una conducta que no debe ser forzada a orientarse por terceras personas utilizando la violencia física o moral, sin embargo hay que tener presente que los adolescentes reconocidos de acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes son aquellos que tienen mayor de 12 años hasta cumplir los 18 años de edad.

## **G. Derecho Comparado en los Delitos de Violación Sexual.**

### **G.1. Tratamiento de Violación en los Países**

Tenemos los siguientes países en mención (Juan H, 1996).

- 1. Bolivia.-** Referencia: persona de uno u otro sexo. Establece penas severas. 2) Ocasionalidades de su práctica: a) violencia; b) sobre incapaz o enajenada mental, y c) muerte de la víctima (Art. 308, Cód. Penal Boliviano).
- 2. Brasil.-** Violencia o amenaza grave (art. 213, Cód. Penal Brasileiro).
- 3. Chile.-** 1) Fuerza o intimidación; 2) Privada de razón o de sentido, y 3) menor de doce años (art. 361, Cód. Penal Chileno).
- 4. Colombia.-** Someta a otra persona con violencia física o moral (arts. 316 a 318, Cod. Penal Colombiano).
- 5. El Salvador.-** Violencia física o moral, violación presunta, violación impropia, violación agravada y sobre prostituta (arts. 192 a 196, Cod. Penal Salvadoreño).



6. **Honduras.-** 1) Fuerza o intimidación; 2) privada de razón o sentido, y 3) menor de doce años (art. 436, Cód. Penal Hondureño).
7. **México.-** 1) Violencia física o moral; 2) copula con menor de doce años, y 3) por dos o más personas (arts. 265 a 266, Cód. Penal Mexicano).
8. **Panamá.-** 1) violencia o amenaza a persona de uno u otro sexo; 2) comercio carnal, y 3) menor de doce años (arts. 281 y 282, Cod. Penal Panameño).
9. **Perú.-** 1) violencia o grave amenaza; 2) imposibilidad de resistir; 3) obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o contra natura (arts. 170 a 176 del Cód. Penal Peruano).

Desde mi punto de vista la mayoría de los países en mención sancionan como delitos de violación sexual aquellas victimas menores de doce años a los que se les consideran niños según nuestro Código de los Niños y adolescentes y que para cometer este hecho utilizan violencia, fuerza o amenaza, lo que quiere decir que los mayores de doce años pueden decidir respecto de su consentimiento a tener o no relaciones sexuales.



## CAPITULO V

### RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

#### 5. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA:

##### A. Nociones Básicas.

Si bien es cierto en nuestro Código Penal peruano, está claro que el juez puede rebajar la pena o condena cuando el imputado tenga entre 18 a 21 años de edad o mayor de 65 años; entonces se puede decir que la rebaja en la pena obedece a la aplicación llamada responsabilidad penal restringida, pero esta no se puede aplicar para la reincidencia de algunos delitos que está tipificado dentro del segundo párrafo del artículo 22° o que la pena sea mayor de 25 años o cadena perpetua.

Sin embargo en este trabajo de investigación analizaremos las causas que atenúan la responsabilidad restringida que está en el artículo 22° del Código Penal y sobre la aplicación de la responsabilidad restringida que se debe dar en los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 a 17 años de edad, y el desarrollo jurisprudencia vinculante que emite las Salas Supremas en nuestro país.



## **B. Tratamiento normativo de la responsabilidad restringida como atenuante de la pena privativa de libertad**

### **B.1 El autor de en el derecho penal**

Dentro del Derecho Penal se conceptualiza como: unitario, extensivo y restrictivo. El concepto unitario de autor renuncia a la distinción entre autores y partícipes. En su versión clásica o formal todo interviniente es autor porque aporta una contribución causal al delito. En su vertiente más moderna o funcional renuncia (correctamente) a una fundamentación causal, distingue entre diversas formas de autoría (o, si se quiere, de intervención) y su rasgo más distintivo es que no existe una relación de accesoriadad entre unos y otros intervinientes.

La crítica al concepto unitario de autor ha sido quizá exagerada, pero ciertamente no aporta la simplicidad que le atribuyen algunos de sus defensores y, sobre todo, al renunciar a la accesoriadad, permite una menor precisión o concreción de las fronteras de lo típico y supone que un olvido del legislador en la corrección de sus consecuencias indeseadas conduzca a un exceso de punición. En consecuencia el concepto unitario de autor se adapta peor que el restrictivo a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 43.).



El concepto extensivo de autor, que se suele identificar con teorías subjetivas, aunque también ha sido defendido desde teorías objetivas, parte de la misma premisa que el unitario: todo interviniente es autor, pero, a la vista del dato de que muchos contienen preceptos específicos dedicados a las formas de participación diferentes de la autoría, se reconoce la necesidad de distinguir entre autoría y participación y, a menudo, se admite el carácter accesorio de la participación, con lo que, en buena medida, se traiciona el punto de partida del concepto (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 253).

El concepto restrictivo de autor es el que se defiende de modo prácticamente unánime por la doctrina y también por la jurisprudencia, si bien aún hoy se encuentran sentencias que apuntan más bien en el sentido de un concepto unitario de autor. El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidir en que autor es sólo quien realiza el tipo; es posible castigar a personas distintas del autor o autores, si bien la responsabilidad de éstas es accesorio de la del autor. (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 407).

Conviene insistir por tanto en la defensa de un concepto restrictivo de autor y de la interpretación desde sus premisas de los preceptos legales relativos a autoría y participación. Para que ese concepto restrictivo de autor conserve sus ventajas, ha de ser desarrollado



coherentemente, lo que no siempre sucede, en mi opinión, en un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia españolas en lo que se refiere a la coautoría, donde se realizan extensiones indeseables e innecesarias del concepto de autor.

### **C. Definiciones sobre la Responsabilidad Restringida.**

En primer lugar a revisar algunos conceptos sobre responsabilidad, para luego analizar si corresponde o no atenuar la pena solo en razón de la edad. Estos conceptos podrían ser mucho más que son los siguientes:  
Responsabilidad: Cualidad de responsable y/o deuda obligación de reparar y satisfacer, por si o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Responsabilidad: en términos estrictamente generales, dicese de la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño originado (Pablo, 2014).

Desde mi perspectiva considero que una persona joven o adolescente tiene la capacidad de decisión y puede actuar, pero tiene responsabilidad penal restringida por razones de la edad, lo cual creo que no se trata de sancionar con penas reservadas a adultos.



Tomando en consideración y para tener más claro el tema, en referencia al Recurso de Nulidad N° 701-2014-Huancavelica (Sala Penal Transitoria); en este recurso planteado en Huancavelica, hace referencia respecto a la Responsabilidad restringida por la edad, si bien el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal establece que no podrá reducirse la pena del agente que haya incurrido en el delito de robo agravado; sin embargo, debe tenerse en consideración que conforme lo ha sostenido con anterioridad esta Corte Suprema “tal limitación por vulnerar el principio institucional, de relevancia constitucional, de igualdad no puede ser aplicada.

En efecto, la base de la diferencia en función a la edad se sustenta en la capacidad penal disminuida, sustento o elemento esencial de la culpabilidad, no en el delito cometido; hacerlo por esa razón significa incorporar como regla de interdicción de exención de pena, un elemento impropio que decide la antijuricidad y, por tanto, con una base no objetiva ni razonable que una democracia constitucional no puede aceptar”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> R.N. N° 701-2014-Huancavelica (Sala Penal Transitoria). F.J. Séptimo. Un criterio similar ya se había emitido con anterioridad en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, F.J, 11 in fine: (Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo.



## **D. Inaplicación de la Responsabilidad Restringida.**

### **D.1 Casación N° 335-2015 Del Santa publicado en el Peruano el 19 de agosto del 2016.**

#### **1. Esta Casación Del Santa determina criterios para la determinación judicial de la pena en los casos de violación sexual de menor de edad.**

La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres sub principios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores.

- i. Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal.





- ii. Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad.
- iii. Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo.
- iv. Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

**2. Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00751-2010-PHC/TC, Ha resuelto respecto a la aplicación de los criterios restrictivos de la aplicación de la responsabilidad penal restringida:**

“De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22° del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N. ° 4-2008/CJ-116 (fojas 17), queda a criterio del juez la reducción prudencial de la pena y/o la inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado.”

**3. Acuerdo Plenario N° 4-2008/JC-116**

Planteado así el problema, es decir entender como libertad sexual la capacidad legal reconocida que tiene una persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material



de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la constitución y las normas legales vigentes, desde que edad una persona tiene libertad para disponer su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuando el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

Sin embargo, es de señalar que existen otras normas igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídicas penales clásicas de nuestro derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así el Art. 175 del Código Penal que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene en principio, Libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito que es el engaño.

#### **E. La responsabilidad restringida en la legislación nacional.**

Como sabemos se promulgó la Ley N° 30076, ley que modifica el artículo 22, teniendo como su razón de ser, el combate a la inseguridad ciudadana



y a las organizaciones criminales. La redacción del nuevo tipo penal quedó de la siguiente manera: *Art. 22. (...) Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.*

Esta nueva modificación del tipo de responsabilidad restringida por la edad, obedece sin duda alguna a la crisis en torno a la seguridad pública. Esta crisis, se encuentra relacionada con la seguridad ciudadana, que se manifiesta, a través del reclamo popular contra la inseguridad que, “en muchos casos se ubica a un mismo nivel o incluso por encima de las principales demandas sociales vinculadas con el empleo, la educación y la seguridad social”.

En otras palabras, con la modificación de este tipo penal, se propone centrar el debate en torno a la definición de un concepto de seguridad en términos coherentes con un derecho penal que tenga por finalidad la disminución de derechos fundamentales, como la libertad, para impulsar el progreso del Estado. El artículo 22° del CP, hace referencia a una disminución prudencial que podrá realizar el Juzgador, de evidenciar que



el sujeto agente esté dentro de la edad establecida en dicho artículo. La cantidad de años del sujeto agente, evidentemente es un criterio relacionado con la Culpabilidad del mismo, pero debe tenerse en cuenta que su valoración responde única y exclusivamente al paso del tiempo.

En tal sentido, el margen de edad establecido por el artículo estudiado, es un criterio puramente objetivo para la Determinación de la Pena, resultado de la Política Criminal establecida por el Estado, el mismo que ha determinado que las personas que se encuentren dentro de ese grupo etario, tienen menos culpabilidad que otros.

En España, el escenario es diferente, dado que en el artículo 69º de su Código penal, establece: “Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga...”

En la legislación española, deja a decisión del Ministerio Público o en su oportunidad, al Juez, decidir si somete a las personas de ese grupo etario, a proceso penal o en su defecto, a lo que sería en nuestro ordenamiento jurídico, el proceso adolescente infractor.



## CAPITULO VI

### PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

#### 6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES:

##### A. Principios Constitucionales.

Desde mi percepción los principios es una aspiración, es un guía, es la orientación central de un sistema. Entonces los principios constitucionales actúan como garantías normativas de todos nuestros derechos fundamentales; en ese sentido son premisas fundamentales e identificadoras del ordenamiento jurídico del Estado, pero como principios generales en primer rango, se encuentran valores superiores en nuestro ordenamiento jurídico como por ejemplo la Constitución y los principios jurídicos que regulan y garantizan el aparato estatal.

##### B. Principios constitucionales y convencionales que se vienen colisionando en la aplicación de la responsabilidad restringida en los casos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad.

##### 1. Principio de legalidad.

El Derecho penal moderno hunde sus raíces en el planteamiento liberal, aquél que introdujo el período moderno en la



Administración de Justicia, que planteó el sentido y fin del Derecho penal y que desarrolló un planteamiento humanista de las penas, desestimando la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas corporales e infamantes e introdujo la pena privativa de libertad.

La primera preocupación en el desarrollo del principio de legalidad es el de las garantías al momento de enfrentarse con el sistema punitivo controlado por el Estado. Esta idea antigua, formaba parte de la preocupación de Beccaria cuando predicaba que el juez, el magistrado debe quedar sometido a la ley, no a la inversa, o cuando en su conclusión indicaba: Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictadas por las leyes.

En tal sentido, la norma constitucional que prescribe que: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (artículo 2º Inciso 24 apartado a); no es sino el frontispicio de la relación entre libertad y limitación de libertad. Esta limitación sólo se dará en casos excepcionales y siempre que las conductas resulten gravosas para la convivencia social. Las leyes penales que aparecen como prohibiciones o mandatos, con penas o medidas de seguridad forman parte de la normatividad de



excepción a la libertad de los ciudadanos. En resumen: la libertad es lo general y las limitaciones a ella se fundan en motivos poderosos y cuando se agoten instancias distintas y previas al Derecho penal, pero sobre todo cuando queden afectados los bienes jurídicos, vida, libertad, honor, patrimonio u otros. Bajo este rasero se estudia el derecho penal de corte liberal.

Como se ve, el Derecho penal es una amenaza latente. Las intervenciones a la libertad del ciudadano, a su propiedad, a su seguridad deben rodearse de "garantías", por ello, se requiere medios formales con contenidos materiales a fin de evitar posibles arbitrariedades por parte de jueces y legisladores. Por eso la ley penal y su aplicación no sólo han de satisfacer los principios jurídicos formales, sino en su contenido han de responder a las exigencias de la Justicia, encarnadas en el principio material del Estado de Derecho. Lo que sea materialmente injusto no puede convertirse en justo porque adopte forma de ley.

Nuestra actual Constitución consagra el principio de legalidad siguiendo su marcada tradición. No olvidemos que desde la Constitución de 1933, promulgada por Luis Sánchez Cerro se establecía en el artículo 57º: Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles.



Sin embargo, la Constitución no expresa aspectos esenciales de los alcances del principio de legalidad, así por ejemplo cuando obvia tratar la culpabilidad a ras de la dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de la personalidad o cuando queda sin finalidad alguna de carácter jurídico al no sancionar a nivel de principios todo aquello que afecte las posibilidades reales de desarrollo del ciudadano, tal como lo hizo al tratar la irretroactividad penal o el principio del non bis in idem. Pero, queda establecido el aspecto positivo en cuanto los principios que afecten al ciudadano pueden ser discutidos y resueltos en sede constitucional, por ejemplo la resocialización, que queda negada con la aplicación de penas extremas; o el carácter inhumano del régimen penitenciario si se realizara en condiciones que afecten la esencia misma de la persona humana, como los casos de aislamiento de tipo celular. El amparo constitucional en estos casos permite al ciudadano que demande la aplicación y vigencia de principios, derechos y normas de protección que tienen vínculo expreso con el derecho penal.

El principio de legalidad es fruto de intereses contrapuestos y no nace en el seno del Derecho Penal. Fue la filosofía política de la Ilustración que encuentra una justificación diferente a la del Derecho natural que se caracterizaba por arrogar a sus normas validez en todo tiempo y espacio. El Derecho natural trasvasaba sin





más sus categorías y los convertía en Derecho positivo dañados o modificados (las categorías del cielo se aplicaban en la tierra), por lo mismo el legislador no necesitaba preocuparse por la justicia de sus leyes. La filosofía política de la Ilustración --significó un cambio radical en la percepción del Derecho-- se fundamentó en la voluntad del hombre racional, en la voluntad general. La voluntad general se impone a través del contrato idealmente imaginado que realizarían todos los integrantes del Estado. El planteo de Rousseau cobró plena vigencia.

Otra referencia de relevancia se encuentra en la división de poderes planteada por Montesquieu, quien impresionado por el ejemplo inglés, sostuvo la necesidad de mantener separados los poderes en legislativo, ejecutivo y jurídico en su más importante obra "El espíritu de las leyes". El esquema de Montesquieu y la estructura política que él acepta, determina la vinculación entre sociedad, leyes y forma de gobierno, con lo cual queda definido el dominio de la ley.

En consecuencia, la legalidad penal en el ordenamiento jurídico queda determinada por los siguientes principios:



a) **Nullum crime sine lege scripta, stricta y praevia.**

Destaca aspectos esenciales como ley escrita y ley estricta. Esto es, rige el principio de certeza y se afirma la legalidad criminal. La regla es de rechazo a la retroactividad de la ley penal. Sin embargo, por excepción se permite la retroactividad penal benigna, tal como lo indica la norma constitucional: "Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo", artículo 103°.

b) **Nulla poena sine lege.**

De base constitucional que refuerza el carácter garantista del principio de legalidad (artículo 2°, inciso 24°, apartado d) parte final; en el mismo sentido el artículo II del Título Preliminar del Código Penal). Así, no pueden imponerse más penas que las establecidas por el legislador previamente, tampoco se pueden sustituir penas y menos crearlas o inventarlas. El principio de legalidad penal queda así establecido.

c) **Nemo damnetur nisi per legale iudicium o nulla poena sine iudicio.**

Nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales y que se respeten las garantías establecidas en la ley. Este principio recuerda que el origen



político de la Administración de Justicia emana del Pueblo (Art. 138° de la Constitución) y refleja a su vez la necesidad de precisar que la administración de justicia se vincula a ley y se proscribe toda posibilidad de arbitrariedad. No en vano, la Constitución declara como principios y derechos de la función jurisdiccional: "La observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación", artículo 139° inciso 3.

### **1.1 No se puede ejecutar pena alguna sino en la forma prevista por la ley.**

El principio de legalidad de la ejecución penal se encuentra previsto en el artículo 2° del Código de Ejecución Penal (D. Leg. N° 654 publicado el 02-08-91) y esa misma norma declara la judicializado de la condena: "El interno ingresa al Establecimiento Penitenciario sólo por mandato judicial, en la forma prevista por la ley. Es ubicado en el Establecimiento que determina la Administración Penitenciaria".



Nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce el principio de legalidad, así queda establecido que ningún hecho puede considerarse delito si una ley previamente no lo ha declarado antes de su perpetración y tampoco puede imponerse una pena o medida de seguridad si no se encuentra descrita con anterioridad.

En este sentido, se previene contra cualquier posibilidad de deslealtad de la ley penal, que por consideraciones del lenguaje se altere el significado manifiesto de las proposiciones jurídico-penales y lo que debe ser una lex certa se convierta en una lex incerta.

La ley penal debe ser clara y precisa en las posibilidades que nos ofrece el lenguaje. A través de ella se debe percibir e inferir, sin dificultad, cuál es el ámbito de libertad ciudadana que es limitado a favor de la convivencia. Pero, además, la certeza legal acerca de lo delictivo, posibilita impedir toda arbitrariedad o abuso de parte del Estado o de sus órganos de Control Penal.

## **2. Principio de Igualdad.**

La igualdad ante la ley es principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas



cualidades esenciales -comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad en sí misma, con independencia de factores accidentales como aquellos que a título de ejemplo enuncia el artículo transcrito, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Este, en el Estado de Derecho, es un conjunto armónico puesto en relación con la comunidad a la cual obliga y, en acatamiento al aludido principio, está llamado a procurar no tan solo una igualdad formal o de alcance puramente teórico en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que debe proyectarse al terreno de lo real, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de manifiesta inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana.

El Tribunal Constitucional ha establecido que: “[...] *La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.* Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal,



*estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que*



*se realice sobre bases objetivas y razonables.” (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20)”.*

La Constitución Política del Estado establece en el inciso 2 del artículo 2° que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Una aproximación inicial al tema de la igualdad nos puede llevar a especular que se trata de un principio fundamental reconocido por la Constitución, por el cual todos los individuos que formamos parte de una colectividad participamos de los mismos derechos y de las mismas obligaciones, y por lo tanto no podemos ser tratados desigualmente. Sin embargo, esa aproximación primaria es una verdad a medias. En la práctica, vemos que todos los individuos que participamos de esa colectividad no somos iguales y por ese motivo la legislación los trata de manera distinta. Por lo general, y aún cuando pueda parecer una contradicción, la legislación distingue por razones de sexo, raza, condición económica, edad, capacidad civil, nacionalidad. Los menores de edad no pueden casarse sin autorización de sus padres o tutores, mientras que los adultos mayores de 18 años, no impedidos, pueden casarse libremente.



Por ese motivo, el Derecho no puede desconocer la natural diferencia entre las personas, lo que lo obliga a formular disposiciones diferenciadoras con el fin de propender a un trato igualitario ahí donde la naturaleza no lo ha logrado. Sin embargo, esta atribución legítima del Derecho de tratar desigualmente a los desiguales en algunos casos puede lindar con situaciones discriminatorias que nada tienen que ver con el principio constitucional.

### **3. Principio de Resocialización.**

Es un principio integrado por tres sub principios: reeducación, rehabilitación y reincorporación. En esta línea, la “reeducación” hace referencia al proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la “reincorporación” hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a determinada pena; y, finalmente, la “rehabilitación” representa la renovación jurídica del status del ciudadano que cumple determinada pena (VIVANCO, 2008).

En este contexto, el principio de resocialización es una garantía del condenado a una pena privativa de libertad (Jesus Maria, 2011).

Entonces me atrevo a opinar que, si bien es cierto la finalidad de la ejecución penal es lograr que el condenado tenga la capacidad de





comprender y respetar la ley que esto lo va lograr mediante una adecuada reinserción social; los cual quiere decir que el sentenciado tenga que pasar por un proceso en el cual se pueda adaptar a la sociedad, a la comunidad y a la vez se le pueda promover y estimular actividades para dicha finalidad.

Al darse la privación de libertad de manera inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos resocializador, fomenta cierta comunicación con el exterior y facilita una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad, o sea se debe extender a tal principio como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativa al comportamiento criminal. Entonces ello ha de suponer la libre aceptación por parte del recluso, que no ha de ser tratado como mero objeto de acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privación de su dignidad con el cual no se dialoga.

#### **4. Principio de Proporcionalidad.**

Se tiene como antecedente el principio de proporcionalidad tiene su origen en la jurisprudencia alemana. Según Castillo Córdova su origen se remonta a las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de policía. Luego, es el Tribunal Constitucional Alemán



quien lo eleva a rango constitucional, en tanto se deriva del principio de Estado de Derecho. Con posterioridad, el principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español sobre la base de tres razones fundamentales:

- 4.1 Que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad.
- 4.2 Que es una expresión el principio de Estado de Derecho
- 4.3 Tiene una justificación material.

Por proporcionalidad se entiende a aquello que guarda o tiene equivalencia, correspondencia, equilibrio. Entonces quiere decir que la proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre dos objetos o cosas.

Según el Diccionario de la Real Academia española, proporcionalidad significa “proporción”, relación o correspondencia debida de las partes con el todo, en cuanto a magnitud, cantidad, o grado: las proporciones del cuerpo etc., pero también se define en matemáticas como igualdad de dos razones.



El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales (Luis CASTILLO CORDOVA, Miguel CARBONELL, Pedro GRANDEZ CASTRO, 2010).

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres sub principios: el sub principio de idoneidad, el sub principio de necesidad y la ponderación o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos sub principios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir (BERNAL, 2007).



➤ **Examen de idoneidad.**

Consiste en el análisis de observar si el caso en concreto es adecuado para ser resuelto puesto que presenta una aparente tensión o contradicción de derechos fundamentales, es decir la medida restrictiva de un derecho fundamental deba ser adecuada para el fin propuesto constitucionalmente legítimo.

Se trata, entonces, de dos exigencias la legitimidad constitucional del objetivo, para que una medida no sea legítima, debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. La adecuación de la medida examinada para que dicha medida no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

➤ **Examen de necesidad.**

Revisar que no haya o exista otra forma de resolver en caso concreto, es decir que el test de proporcionalidad sea utilizado por ultima ratio.

Por eso se tiene que buscar que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo



propuesto. Y además que la medida cuestionada debe ser necesaria. Quede claro que no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

En conclusión este principio busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que sea en menor intensidad.

➤ **Examen de Proporcionalidad en sentido estricto.**

Que el resultado de la resolución del caso concreto sea por la restricción de un derecho y la afectación del otro.

En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, por ejemplo, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan sólo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico.



## 5. Principio de Convencionalidad.

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos<sup>6</sup>.

El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos *Myrna Mack* y *Tibi*, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en *Almonacid Arellano* la Corte precisa sus principales elementos.

- **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006<sup>7</sup>.** La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio

---

<sup>6</sup> Véase Bazán, Víctor. *Estimulando sinergias de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad*».

En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Querétaro: Fundap, 2012, pp. 12 y ss.

<sup>7</sup> Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973.

La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar.

Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente.

En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho



de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

### **5.1 Principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.**

La ratificación del Estado peruano de la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José (1969) que incluye el reconocimiento de los órganos que lo comprenden (Comisión y Corte), así como el



sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, fue realizado por la Asamblea Constituyente de 1978-1979.

La Convención Americana fue aprobada con anterioridad por el Gobierno militar mediante el decreto ley 22231, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 1978. Pero esto se consideró insuficiente, y por tanto fue ratificado por la Asamblea Constituyente, y así consta en la Decimosexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979. El instrumento de ratificación por parte del Perú es de 1978, reiterado en 1981. En vista de este último instrumento de ratificación depositado en la sede del Organismo, está vigente para el Perú desde noviembre de 1981.

A modo de conclusión respecto al principio de convencionalidad y de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte HID) ahí nace y ha surgido por primera vez el concepto del control o principio de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas.





## 6. Principio de no Aplicación de Penas Inhumanas.-

De conformidad con las obligaciones adquiridas por el Estado peruano al hacerse Parte de la Convención contra la Tortura, la Constitución Política del Perú, vigente desde 1993, proscribire la tortura en el ordenamiento jurídico peruano estableciendo en su artículo 2 de la Constitución Política (Contraloría, 1997):

**"Artículo 2:** Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

**h)** Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad."

De otro lado, se encuentra vigente desde el 21 de febrero de 1998 la Ley N° 26926, la cual, modificando diversos artículos del Código Penal, incorpora el Título XIV-A referido a los delitos contra la



humanidad, el artículo 321, que precisa el delito de tortura, estableciendo que: "El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otros dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años."

Entonces desde mi perspectiva respecto a este principio es que pese a la obligación internacional de prohibir y sancionar la tortura, contenida no solo en la Convención Contra la Tortura sino en otros tratados en materia de Derechos Humanos de los cuales el Estado peruano es parte, entonces es recién en 1998 que se proscribe el delito de tortura en la legislación penal nacional, es decir, diez años después de la entrada en vigencia de la Convención. Sin embargo antes de la promulgación de esta norma, los hechos de tortura eran



calificados por la administración de justicia como lesiones o abuso de autoridad, desvirtuando de esta manera la gravedad y la naturaleza específica de esta práctica



## CAPITULO VII

### PROPUESTA LEGISLATIVA.

En este capítulo se va elaborar el Proyecto de Ley sobre la Aplicación de la Responsabilidad Restringida en los delitos de Violación Sexual de Victimas entre 12 y 17 años de edad, en Código Penal Peruano, como veremos a continuación:

### PROYECTO DE LEY N° -2017

- a) Proyecto de Ley que modifica el artículo 22° del Código Penal, Libro Primero: Parte General, Título II, capítulo III.
- b) Los Congresistas que suscriben integrantes del Grupo Parlamentario que suscriben en ejercicio del derecho de iniciativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y el artículo 75 inciso 2 del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley.

#### 1. EXPOSICION DE MOTIVOS.

- a) La comisión u omisión de un delito acarrea la imposición de una pena, pero siempre que ello no haya una causal de atipicidad, justificación o inculpabilidad.



- b) La pena a su vez se divide, de acuerdo al artículo 28 del Código Penal, en privativa de la libertad, restrictiva de la libertad, limitativa de derechos y multas.
- c) Cuando un delito es cometido u omitido la sociedad en su conjunto y la víctima en particular esperan que luego del respectivo proceso penal se imponga una sanción correspondiente en su completa dimensión dentro de los parámetros que el tipo penal proyecta. Sin embargo, si bien es cierto ello puede esperarse en gran parte de los casos, luego de comprobada la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad del agente, nuestro Código Penal, contempla aun situaciones de reducción de la pena amparados en el artículo 22° del Código Penal.
- d) Existen Acuerdos Plenarios, Casaciones y Sentencias vinculantes que inaplican el párrafo segundo del artículo 22° del Código en merito a que este artículo vulnera principios constitucionales, convencionales en contraposición con el principio de legalidad, por ende esto produce una inseguridad jurídica al emitir un fallo respecto a un caso de violación sexual cuando el agente tenga entre 18 y 21 años de edad, o más de sesenta y cinco años de edad, así como cuando la víctima tenga entre 12 a 17 años de edad, situación que a criterio de los jueces y con el Poder que el Estado les faculta vía control difuso pueden bajar prudencialmente la pena en estos casos, premisa que se viene planteando.



## **2. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL.**

El Proyecto de Ley que se propone no colisiona con normatividad alguna existente en el País, por el contrario estaría beneficiando tanto a la sociedad como a los operadores del Derecho, por lo que en nuestra legislación nacional puede contener siempre una clara redacción y uniformidad para la correcta administración de justicia.

## **3. ANALISIS COSTO BENEFICIO.**

El presente Proyecto de Ley, no genera ni demandara gasto alguno al Estado, por el contrario con la modificación e incorporación del citado precepto legal, es beneficioso a fin de que haya uniformidad y una clara redacción de la administración de justicia.

## **4. FORMULA LEGAL.**

Por cuanto: El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:



**APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA EN LOS  
DELITOS DE VIOLACION SEXUAL DE VICTIMAS ENTRE 12 Y 17  
AÑOS DE EDAD.**

**Artículo 1.- OBJETO DE LA LEY**

La presente Ley tiene por objeto la modificación e incorporación al Artículo 22° del Código penal, la Aplicación de la Responsabilidad Restringida de los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad.

**Artículo 2.- RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.**

La modificación artículo 22° del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 22.- Responsabilidad Restringida.

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo



agravado, atentando contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”.

**Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual de víctimas entre 0 a 11 años de edad, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".**

Puerto Maldonado 5 de Junio del 2017.





## CONCLUSIONES

**Primero.-** Dada la investigación en la tesis que nos ocupa, he llegado a la conclusión que el beneficio de la responsabilidad restringida para los agentes que cometen delito y se encuentran circunscritos en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal dada la edad con la que cuentan debe aplicarse también a los delitos de violación sexual, empero, únicamente a los delitos de violación sexual cometidos en agravio de adolescentes entre 12 a 17 años de edad, ello en aplicación del principio de igualdad, proporcionalidad, convencionalidad y otros concordantes que ha desarrollado la corte suprema vía control difuso, razones más que suficientes que convergen para la proposición de la modificación del artículo 22° del Código Penal que contemple tal supuesto como lo hemos diseñado en nuestra propuesta legislativa, por ende, la excepción a la aplicación de la responsabilidad restringida solo deberá regirse para los delitos de violación sexual cometidos en agravio de niños menores de doce años de edad.

**Segundo.-** Asimismo, de nuestro trabajo de investigación se ha podido verificar que en los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad el código penal peruano prevé una pena diversa que van entre cadena perpetua, así como 30 a 35 años, de lo que se concluye que frente a estas penas mayores e inhumanas, resulta prudente y de capital importancia una regulación normativa más precisa del artículo 22° del Código Penal que faculte la aplicación de la responsabilidad restringida para los efectos de una reducción o rebaja en las citadas



penas a imponerse a los agentes dada su edad, lo que coadyuvara a la ejecución plena de los principios de rehabilitación, resocialización y reincorporación del penado a la sociedad, fines constitucionales de la pena que se condicen con el principio de dignidad de una persona.

**Tercero.-** De igual modo, debemos precisar que de lo investigado en nuestra tesis se llega a concluir que, en la aplicación por los operadores judiciales de nuestro sistema penal actual conforme a la regulación normativa, se tiene que la responsabilidad restringida está excluida de toda aplicación de cualquier delito de violación sexual, sin embargo ello viene causando problemas porque la Corte Suprema viene inaplicando respecto a menores de 12 a 17 años según Ejecutorias Supremas.

**Cuarto.-** Finalmente, de lo estudiado e investigado en la presente tesis penal, se ha llegado a contrastar que existe una colisión entre principios constitucionales, legales y convencionales en los casos de imposición de penas con relación a la responsabilidad restringida por actos de violación sexual, por tanto, dicho beneficio corresponde su aplicación frente a casos de violación sexual en agravio de menores entre 12 y 17 años de edad, dada la libertad sexual de la que gozan por razón de su edad de adolescentes, ello en aplicación de la regulación a que se refiere el Código de Niños y Adolescentes.



## RECOMENDACIONES.

Consideramos las siguientes propuestas:

**Primero.-** Que de manera inmediata el Decano de la Universidad Andina del Cusco apruebe la Propuesta Legislativa que venimos sustentando a través de la presente para que posteriormente sea elevada al Congreso para su discusión, debate, aprobación, modificación de la norma y publicación de la misma.

**Segundo.-** Que el Poder Judicial a través de sus órganos competentes convoque a Plenos Supremos, Nacionales, Regionales y Distritales en el que se pueda dar tratamiento uniforme por parte de los operadores judiciales respecto a la aplicación de la Responsabilidad Restringida a los casos de violación sexual cometidas en agravio de menores entre 12 y 17 años de edad, para efectos de una mejor predictibilidad y emisión de resoluciones uniformes.

**Tercero.-** Que el Estado a través de sus instituciones así como a través del Ministerio de Educación se tenga como política institucional una mayor capacitación en temas de sexualidad reproductiva, para efectos de evitar situaciones que puedan afectar la indemnidad sexual de menores de edad.

**Bibliografía**

- BERNAL, C. (2007). El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Tercera Edicion.
- BONESANA, C. (2011). Tratado de los Delitos y de las Penas. Múltiples.
- BONESANA, C. (2011). Tratado de los Delitos y de las Penas. Ediciones Múltiples.
- CABANELLA, G. (1979). Diccionario Enciclopédico Derecho Usual tomo I A-B. Buenos Aires: helista 12ª Edicion, p. 252.
- CALDERON CEREZO, A, CHOCLAN MONTALVO. (2001). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Barcelona: 2da Edicion.
- Contraloría, C. c. (1997). Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Perú.
- Ermo, Q. (enero 2008). Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes. Bolivia: Copyright.
- F., M. (1995). La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. Hamurabi. Buenos Aires.
- <http://www.monografias.com/trabajos25/derecho-penal-peru/derecho-penal-peru.shtm#izxx4fmD8wSIM>. (s.f).  
[www.monografias.com/.../derecho-penal-peru/derecho-penal-peru](http://www.monografias.com/.../derecho-penal-peru/derecho-penal-peru).
- Jesus Maria, S. S. (2011). La Imposibilidad de volver al Viejo y buen ADerecho Penal. Buenos Aires: Bdef.
- Jose Luis, S. A. (2015). Derecho Penal-Delitos de Violacion de la Libertad Sexual de menor de edad. Comision Andina de Juristas, Pag. 9.
- Jose Moises, V. T. (2002). Manual de Derecho Penal-Parte General, Pag. 21. Mexico: Angel Editor.
- Juan Carlos, T. S. (1999). Violencia Sexual: Analisis de la Nueva Ley. Pehuen Editores.
- Juan H, S. P. (1996). Delito de Violacion . Buenos Aires: Astrea.
- Klaus, T. E. (2007). Constitucion y Derecho Penal Palestra. Lima.
- Luis CASTILLO CORDOVA, Miguel CARBONELL, Pedro GRANDEZ CASTRO. (2010). Haciendo una reformulacion del principio de proporcionalidad. Pags. 297-319. Lima: Grigley.
- Manuel, B. R. (1986). Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Pag. 133. Barcelona España: Ariel.
- Pablo, A. L. (2014). La Responsabilidad Penal Restringida Articulo 22 del Codigo Penal Peruano.
- PALMA, J. (1997). La Seguridad Juridica ante la Abundancia de Normas. Pag. 14. Madrid.
- PEREIRA, J. F. (2004). Compendio de Articulos de Derecho Procesal Penal. Habana.
- PEREZ, A. (1991). La Seguridad Juridica. Barcelona.
- PESCE, E. (2003). Lecciones de Derecho Penal. Tomo I. Montevideo: Carlos Alvarez.
- POZO, J. H. (1987). Manual de Derecho Penal Parte General. Lima: 2º Ed. Eddili.



- Ramiro, S. S. (2005). Los Delitos de Acceso Carnal Sexual, Pag. 183. Peru: IDEMSA.
- Ramiro, S. S. (2010). Derecho Penal-Parte Especial, Pag. 645/650. Lima: Grijley.
- TORRES, J. M. (2009). La Seguridad Juridica en el Sistema de Proteccion de Menores.
- VIVANCO, Y. M. (2008). Reeduccion, Rehabilitacion y Reincorporacion. Lima: Grijley.
- Zaffaroni, Raul Eugenio, Slokar Alejandro. (2002). Derecho Penal-Parte General 2da Edicion. Buenos Aires: Ediar, Pag. 229.



# ANEXOS



4.3 Matriz de Consistencia.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	METODOLOGIA
<p><b>Problema General.</b></p> <p>¿Debe aplicarse la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre de 12 y 17 años de edad?</p>	<p><b>Objetivo General</b></p> <p>Determinar si corresponde aplicarse la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre de 12 y 17 años de edad.</p>	<p><b>Hipótesis de Trabajo</b></p> <p>Existen razones jurídicas de índole personal y social que justifican una propuesta legislativa para la modificación del artículo 22° del código penal que haga efectiva la aplicación de la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad.</p>	<p><b>Enfoque:</b> Cualitativo <b>Diseño Metodológico</b> Correlacional.</p>
<p><b>Problema Específico:</b></p> <p>1° ¿Cómo está regulado el tratamiento jurídico en el Perú sobre los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?</p> <p>2° ¿Cuál es el tratamiento normativo de la responsabilidad restringida como atenuante de la Pena Privativa de la Libertad?</p> <p>3° ¿Qué principios</p>	<p><b>Objetivos Específicos</b></p> <p>1° Conocer como está regulado el tratamiento jurídico en el Perú sobre los delitos de violación sexual contra menores y mayores de edad.</p> <p>2° Precisar y describir cual es el tratamiento normativo de la responsabilidad restringida como atenuante de la Pena Privativa de la Libertad?</p> <p>3° Identificar que principios</p>		<p><b>Tipo de diseño:</b> Transversal <b>Tipo de Investigación jurídica:</b> Dogmático Propositivo</p>



<p>constitucionales y convencionales colisionan para los casos de aplicación de la responsabilidad restringida a los casos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?</p> <p>4° ¿Cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para la modificación del segundo párrafo, artículo 22° del Código Penal relacionada con la aplicación de la responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?</p>	<p>constitucionales y convencionales colisionan para los casos de aplicación de la responsabilidad restringida a los casos de violación sexual de víctimas entre 12 y 17 años de edad?</p> <p>4° Establecer cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para la modificación del segundo párrafo, artículo 22° del Código Penal relacionada con la aplicación de la responsabilidad restringida en los delitos de violación de víctimas entre 12 y 17 años de edad?</p>		
---	--	--	--





Que en el presente caso, la quejosa cuestiona que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no haya elevado al Tribunal Fiscal el recurso de apelación que interpuso el 30 de octubre de 2015 contra la denegatoria ficta del recurso de reclamación interpuesto contra el Oficio N° 4511-2014-MTC/28 que determinó una deuda por "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" de los años 2012 y 2013, habiendo incluso emitido la Resolución Vice Ministerial N° 837-2015-MTC/03.

Que la queja es un remedio procesal que, ante la afectación de los derechos o intereses del deudor tributario por actuaciones indebidas de la Administración o contravención de las normas que inciden en la relación jurídica tributaria, permite corregir las actuaciones y encauzar el procedimiento bajo el marco de lo establecido por las normas correspondientes, en los casos en que no exista otra vía idónea, motivo por el cual en reiteradas resoluciones este Tribunal ha establecido que la queja no es la vía pertinente para analizar asuntos de fondo ni cuestionar actos de la Administración que son susceptibles de ser impugnados en otra vía.

Que ahora bien, mediante la Resolución Vice Ministerial N° 837-2015-MTC/03 de 14 de diciembre de 2015<sup>33</sup>, emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (fojas 1 a 5), se declaró improcedente la apelación interpuesta contra la denegatoria ficta, al considerar que el recurso de reconsideración (considerado así por la Administración y no como reclamación) fue interpuesto de forma extemporánea, según la Ley del Procedimiento Administrativo General, y asimismo, se declaró firme administrativamente el acto administrativo contenido en el Oficio N° 4511-2014-MTC/28.

Que al haber sido la quejosa notificada con la resolución viceministerial antes mencionada, a través de la cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se pronunció sobre la citada apelación, el pedido de la quejosa para que se eleve la apelación resulta improcedente, pues aun cuando el acto emitido no hubiese respetado el procedimiento legal establecido, lo que corresponde es cuestionarlo a través de los recursos correspondientes. Criterio similar recogido en las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 03392-Q-2014, 05838-Q-2014, entre otras.

Con el Resolutor – Secretario Cerdeña Stromsdorfer.

#### RESUELVE:

1. Declarar IMPROCEDENTES las quejas presentadas.
2. Declarar que de acuerdo con el artículo 154° del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, modificado por Ley N° 30264, la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria, disponiéndose su publicación en el diario oficial "El Peruano" en cuanto establece el siguiente criterio:

"La denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" tiene naturaleza tributaria, y por consiguiente, el Tribunal Fiscal es competente para emitir pronunciamiento sobre los casos relacionados con dicho concepto.

El tributo denominado "Tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" califica como un impuesto".

Regístrese, comuníquese y remítase al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para sus efectos.

CERDEÑA STROMSDORFER  
Resolutor - Secretario  
Oficina de Atención de Quejas

33 Adjuntada por la quejosa.

J-1415815-1

## PODER JUDICIAL

### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 335-2015  
DEL SANTA

#### DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

**Sumilla:** La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la inaplicación de la pena conminada en el tipo penal, según el artículo 173°, segundo párrafo, del Código Penal, también es compatible

con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores: i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; ii) Proximidad de la edad de la agravada a los catorce años de edad; iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y iv) Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

#### SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, primero de junio de dos mil dieciséis.

**VISTOS;** en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal Del Santa, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta – treinta años –, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.

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

Interviene como ponente el señor Juez Supremo César Hinostroza Pariachi.

#### FUNDAMENTOS DE HECHO

##### - Itinerario del Procedimiento en Primera Instancia

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

**SEGUNDO:** Realizado el control de acusación – fojas ciento treinta y uno, y ciento treinta y seis del tomo I –, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre de dos mil catorce – fojas ciento veinticinco –. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el treinta de octubre del mismo año – fojas ciento setenta y uno –. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a Geancarlos Vega Mejía como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

##### - Itinerario del Procedimiento en Segunda Instancia

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

I) Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuesta [pretensión acusatoria]; y,

II) Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor sólo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agravada incurrió en diversas contradicciones respecto a las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y





resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo del mínimo legal [pretensión defensiva].

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

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

A. Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el Certificado Médico Legal número 001461 – EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de: "lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes".

B. Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 – 2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta: "personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado al motivo de investigación (...) indicadores de estresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad, ruborización)".

C. Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento delictivo (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.

D. Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado Geancarlos Vega Mejía fue consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.

#### - Del Recurso de Casación.-

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

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

A. La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal; y,

B. La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.

**OCTAVO:** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación – notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo –, se expidió el decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis. El señor Fiscal Supremo en lo Penal, mediante escrito de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, presentado un día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distintos; sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: i) Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una pena por debajo del marco legal para el delito imputado; ii) Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias fácticas constitucionalmente relevantes para influir en el marco sancionatorio que debe aplicarse, debiendo ser uno menor al previsto por la Ley, motivo por el cual, no convergen razones jurídicas para considerar que un agente necesite treinta años de pena privativa de libertad para resocializarse, por haber mantenido una relación sexual con una menor de trece años de edad; iii) Que, la sanción acotada no supera el juicio de necesidad, estimándose que su resocialización como fin de la pena se puede alcanzar con un marco punitivo que restrinja su derecho a la libertad personal de modo más benigno; iv) Que, la sanción de treinta años de privación de libertad anula el bien jurídico [libertad personal] junto al proyecto de vida del imputado, quien es una persona joven que apenas superó el límite de edad para ser considerado imputable penalmente. Asimismo, anota que el delito fue consumado cuando la menor se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual. Al punto que, de acuerdo a la pericia psicológica practicada, no se revelan reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; v) Que, si bien el consentimiento en la relación sexual, no es relevante para determinar la consumación del tipo penal; si constituye un factor trascendente al momento de la determinación de la sanción penal. Por todas estas consideraciones, estando a que el hecho no reportó circunstancias agravantes, pues, contrariamente a ello, se destaca que el agente tenía la condición de reo primario y por su imputabilidad relativa, corresponde disminuir prudencialmente la pena del marco legal abstracto señalado; considerando que debe aplicársele 8 años de pena privativa de libertad.

**NOVENO:** La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio de dos mil dieciséis.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### - Consideraciones Preliminares

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





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

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

**DÉCIMO TERCERO:** A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión del Principio de Legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173°, inciso 2°, y artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; y los Principios de Proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" y de resocialización del reo, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanos o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

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

Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional "Sólo están sometidos a la Constitución y la ley" (art. 146.1 de la Const.).

**DÉCIMO QUINTO:** De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario, sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, en especial a las clases de penas y sus magnitudes, ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas no desocializadoras podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya "reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado", debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una quimera. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) prescribe: "Las penas

privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", por lo que el mandato constitucional referido al régimen penitenciario, deberá ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.

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

**DÉCIMO SÉPTIMO:** El principio de proporcionalidad busca lograr una concordancia razonable entre la entidad del injusto (lesión al bien jurídico, gravedad o no de las modalidades de ataque, etc.); la culpabilidad (accesibilidad normativa, imputabilidad etc.) y la entidad de la consecuencia jurídica aplicable, incluyendo, en su ámbito de influencia, la prohibición del exceso. La proporcionalidad implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción; la cual se asienta en una ponderación fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta), y en la valoración que el Juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta) [1]. Si bien la proporcionalidad abstracta es prima facie complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado Constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH).

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

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

En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la "indemnidad sexual" de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.

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

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





respeta el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

**VIGÉSIMO:** Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Exp. N° 579-2008-PA/TC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA, ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente: "...En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

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

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

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

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en el artículo 173°, inciso 2° del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen menos de catorce años" (R.N. N° 1915-2013-LIMA del 09 de diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando esta está sujeta a limitaciones de decisión sobre su actividad sexual; en particular, en el caso de menores de catorce años

de edad si tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años".

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

En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad; sin embargo, la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.

En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de Homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.

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

**VIGÉSIMO QUINTO:** Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley de la ponderación; en este sentido decimos "Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la dignidad y libertad personal del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad".

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

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