



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

“Conflicto entre las costumbres y el sistema penal en los delitos contra la libertad sexual de menores de catorce años en el Distrito Judicial de Lambayeque”

TESIS

**Presentada para optar el Grado Académico de
Maestra en Derecho con mención en Ciencias Penales**

AUTORA:

Abog. Vera Meléndez, Rosa Amelia

ASESOR:

Mag. Hernández Rengifo, Freddy W.

LAMBAYEQUE - PERÚ

2018

“Conflicto entre las costumbres y el sistema penal en los delitos contra la libertad sexual de menores de catorce años en el Distrito Judicial de Lambayeque”

Abog. Rosa Amelia Vera Meléndez

Autora

Dr. Freddy Hernández Rengifo

Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

Aprobado por:

Dr. José María Balcazar Zelada
Presidente del Jurado

Dr. Amador Mondoñedo Valle
Secretario del Jurado

Mag. Ricardo Ponte Durango
Vocal del Jurado

Lambayeque, 2018

Acta de sustentación (copia)

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

131

Siendo las 6:30 horas del día lunes 7 de abril del año Dos Mil dieciocho en la Sala de Sustentaciones de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del jurado, designados mediante Resolución N° 1840-2018-EPC de fecha 22 de diciembre, conformado por:

Dra. Rosa María Paredes PRESIDENTE (A)

Dra. Aracely Paredes SECRETARIO (A)

Dra. Aracely Paredes VOCAL

Dra. Freddy Wilfredo Hernández ASESOR (A)

con la finalidad de evaluar la tesis titulada Conflicto entre las Costumbres

y el Sistema Penal en los delitos contra

la libertad personal de menores de catorce

años en el Distrito Judicial de Lambayeque

presentado por el (la) tesista Rosa Aracely Paredes

sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 0376-2019-EPC de fecha

22 de marzo de 2019

El Presidente del jurado autorizó el inicio del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 90 puntos que equivale al calificativo de Bueno

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de Maestría en Derecho Civil por cuarenta y cinco puntos

Siendo las 7:15 horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

ASESOR

En el Acta de Sustentación se evidencia el proceso de sustentación de tesis. La misma que ha sido refrendada por el jurado conformado por presidente, secretario y vocal, más no, se registra la firma del asesor, cuya labor efectiva es durante el proceso de elaboración de tesis y su presencia en el acto de sustentación de la tesis es voluntaria. Por lo tanto, su ausencia no invalida el acto de sustentación.

El/la sustentante cumple con los requisitos para la emisión de su grado académico correspondiente.



Dra. TOMASA VALLEJOS SOSA
Directora (e) EPG



Dr. LUIS JAIME COLLANTES SANTISTEBAN
Director Académico

NOTA: La existencia del acta en los libros de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; ha sido verificada por la Sra. Gloria Luisa Carranza Velásquez, quien con su firma da fe de lo mencionado.

Lambayeque, 08 de marzo de 2021



Lic. Gloria Luisa Carranza Velásquez
Personal Administrativo

Declaración jurada de originalidad

Yo, Rosa Amelia Vera Meléndez, investigadora principal, y Freddy W. Hernández Rengifo, asesor del trabajo de investigación “**Conflicto entre las costumbres y el sistema penal en los delitos contra la libertad sexual de menores de catorce años en el Distrito Judicial de Lambayeque**”, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos. En caso se demostrara lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar. Que puede conducir a la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, 2018.

Abog. Rosa Amelia Vera Meléndez
Investigadora

Dr. Freddy W. Hernández Rengifo
Asesor

Dedicatoria

- A mis hijos, Manuel y Erika, que son mis fuerzas y motivación del día a día para concretizar mis metas trazadas y ser así un ejemplo de lucha y superación constantes para ellos.

Agradecimiento

- A mi asesor Dr. Freddy Hernández Rengifo, por su guía y motivación en la realización de la presente tesis.
- A mis padres: ABAD, que desde el cielo me protege y a ASUNCIONA, que siempre está conmigo.

Índice General

Acta de sustentación (copia).....	iii
Declaración jurada de originalidad.....	v
Dedicatoria.....	vi
Agradecimiento.....	vii
Índice General.....	viii
Resumen.....	xi
Abstract.....	xiii
Introducción.....	15

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 Planteamiento del problema.....	21
1.2. El problema.....	22
1.2.1. Objeto del estudio.....	22
1.2.2. Pregunta problematizadora.....	23
1.2.3. Justificación.....	24
1.2.4. Importancia.....	25
1.2.5. Objetivos de la investigación.....	26
1.2.5.1. Objetivo general.....	26
1.2.5.2. Objetivos específicos.....	26
1.3. Aspectos metodológicos.....	28
1.3.1. Formulación de la hipótesis.....	28
1.3.2. Variables e indicadores.....	28
1.4. Marco metodológico.....	29
1.4.1. Tipo de investigación.....	29
1.4.2. Diseño de contrastación de hipótesis.....	29
1.4.3. Población y muestra.....	30

1.4.4. Materiales, Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos.....	30
1.4.5. Métodos y procedimientos para recolección de datos.....	31

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Evolución de la pena en los delitos contra la indemnidad sexual en agravio de menores cuya edad oscila entre 10 y menos de 14 años.....	35
2.2. La pena y su fin político criminal.....	40
2.3. Desarrollo dogmático de los elementos normativos del tipo penal previsto en el artículo 173°.2 del código penal.....	46
2.3.1. Tipo penal.....	46
2.3.2. Fundamentos de su punición.....	47
2.3.3. Bien jurídico protegido.....	49
2.3.4. Acción típica.....	53
2.3.5. Sujeto activo.....	55
2.3.6. Sujeto pasivo.....	56
2.3.7. Elemento subjetivo del tipo.....	57
2.3.8. Consumación.....	57
2.4. La irrelevancia del consentimiento en el juicio de subsunción normativa del Art. 173°.2 del código penal como postura legislativa.....	60
2.5. Supuestos de reducción de pena como postura de las decisiones judiciales que dan cuenta de la no valoración de la costumbre como supuesto de atenuación de pena al momento de establecerse la pena concreta a imponer. A propósito del control difuso.....	61
2.5.1. Posturas judiciales.....	61
2.5.2. El control difuso, y su carácter excepcional.....	67
2.5.2.1 El control difuso: concepto y caracteres.....	67
2.5.2.2 Toma de Posición.....	69
2.5.3. Posturas doctrinarias.....	70
2.6. El derecho penal y la costumbre.....	73
2.6.1. La Costumbre.....	73
2.6.2. Costumbre y ley.....	74
2.6.3. La Costumbre en el Perú.....	75
2.6.4. A modo de conclusión.....	76

CAPÍTULO III

MARCO EMPÍRICO

3.1. Análisis de las sentencias emitidas por los juzgados penales colegiados del distrito judicial de Lambayeque–Chiclayo, en casos de violación sexual de menor de edad previsto en el Art. 173º.2 del código penal.....	78
3.1.1. Preámbulo.....	78
3.1.2. Muestra obtenida.....	79
3.1.3. Análisis de las decisiones judiciales.....	93

CAPITULO IV: COMPROBACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. Contrastación de la hipótesis.....	97
4.2. La necesidad de incorporar taxativamente a la costumbre como un supuesto de atenuación de pena cuando aquella precede el acto sexual practicado, por un mayor edad, con una menor cuya edad oscila entre los 13 años de edad y menos de 14.....	98
4.2.1 Justificación de la propuesta planteada.....	98
Conclusiones.....	106
Recomendaciones.....	110
Referencias Bibliográficas.....	111
Anexos.....	117

Resumen

Nuestra labor en el quehacer jurisdiccional nos ha permitido conocer, desde una tribuna privilegiada pero de gran responsabilidad, las vicisitudes que se presentan al momento de aplicar la ley; la que en muchos casos, como parte de la política criminal implementada por el legislador para contrarrestar la criminalidad acentuada en el país, se torna acertada, pero en otras, muy excesiva, hasta distante con los designios constitucionales que deben encaminar nuestra política de punición.

Centra nuestra atención, la forma cómo en el distrito judicial de Chiclayo se viene sancionando el acto sexual practicado con una menor cuya edad oscila entre los 13 años de edad y menos de 14, puntualmente en aquellos casos en los que el acto sexual, en principio punible, forma parte de un querer propio y socialmente aceptado por el grupo humano al que, dentro de un plano de pluriculturalidad, el sujeto pasivo pertenece; ello implica, en puridad, que estamos ante un caso donde la acción imputable desde un marco jurídico no es vista como un comportamiento aberrante o distante a los patrones culturales que rigen el actuar y modo de vida de aquella, y menos generadora de una dañosidad merecedora de un reproche penal alto bajo los designios del texto normativo previsto en el artículo 173°.2 del Código penal que sanciona, en un plano abstracto, al agente con una pena no menor de 30 ni mayor de 35 años de pena privativa de libertad. Se tratan, pues, de casos caracterizados por la ausencia de violencia o amenaza, y por la presencia del consentimiento; sin embargo, son castigados con gran severidad como parte del ritualismo legal que impera en las decisiones judiciales.

Frente a esta situación que encierra un problema tanto práctico como de política criminal, nos vemos en la necesidad de centrar el presente trabajo de investigación en tres aspectos puntuales: **i)** base de las decisiones político-criminales que determinan el *quamtun* de la pena a imponer, **ii)** decisiones de los órganos jurisdiccionales del distrito judicial de Chiclayo ligadas a la conducta prevista en el artículo 173°.2 del Código penal, y la relevancia de la costumbre en la determinación judicial de la pena, y **iii)** el rol que debe cumplir el legislador para salvaguardar la imposición de penas irracionales, y para armonizar el sistema penal en su conjunto con las costumbres que imperan en nuestra sociedad pluricultural.

Como resultado de este trabajo de investigación buscamos concientizar al legislador que existe la necesidad de adoptar medidas legislativas que, en casos como el citado, validen a la costumbre como un supuesto de atenuación de pena, y para ello, desarrollamos una propuesta que opta por su incorporación taxativa.

Abstract

Our work in the jurisdictional work has allowed us to know, from a privileged but highly responsible platform, the vicissitudes that arise when applying the law; which in many cases, as part of the criminal policy implemented by the legislator to counteract accentuated criminality in the country, becomes correct, but in others, very excessive, even distant from the constitutional designs that should guide our punishment policy.

Our attention is focused on the way in which in the judicial district of Chiclayo the sexual act practiced with a minor whose age ranges between 13 years of age and less than 14 is being sanctioned, specifically in those cases in which the sexual act, in principle punishable, is part of a desire of its own and socially accepted by the human group to which, within a multicultural plane, the taxpayer belongs; This implies, strictly speaking, that we are facing a case where the action attributable from a legal framework is not seen as an aberrant behavior or distant from the cultural patterns that govern the behavior and way of life of that, and less generating a worthy damage of a high criminal accusation under the provisions of the normative text provided for in article 173°.2 of the Penal Code that sanctions, in an abstract plane, the agent with a penalty of not less than 30 nor more than 35 years of imprisonment. They are, therefore, cases characterized by the absence of violence or threat, and by the presence of consent; however, they are punished with great severity as part of the legal ritualism that prevails in judicial decisions.

Faced with this situation, which contains both a practical problem and a criminal policy problem, we find ourselves in the need to focus this research work on three specific aspects:

i) the basis of political-criminal decisions that determine the quantum of the penalty to be imposed. , ii) decisions of the jurisdictional bodies of the judicial district of Chiclayo linked to the conduct provided for in article 173°.2 of the Penal Code, and the relevance of custom in the judicial determination of the sentence, and iii) the role that must be fulfilled the legislator to safeguard the imposition of irrational penalties, and to harmonize the penal system as a whole with the customs that prevail in our multicultural society.

As a result of this research work, we seek to make the legislator aware that there is a need to adopt legislative measures that, in cases such as the aforementioned, validate the custom as an assumption of mitigation of punishment, and for this, we develop a proposal that opts for its exhaustive incorporation.

Introducción

El Derecho penal nace como una respuesta institucionalizada para hacer frente a la delictuosidad social como problema arraigado en nuestro país y en el mundo. Pero su legitimidad no se acentúa en el solo hecho de derivar del ejercicio represivo como medio de respuesta por parte del Estado, sino en la forma cómo se aplica en la realidad de los hechos para prevenir o sancionar aquella conducta antisocial.

En busca de aquella legitimidad, el legislador debe tener presente, al momento de crear leyes penales, que nuestra nación es de todas las sangres; no se limita pues a sectores más focalizados, por así llamarlos, sino que se extiende a lo largo y ancho de nuestra república. Una visión amplia de nuestra realidad social, nos permite advertir que los patrones de conducta y propiamente las costumbres no son singulares, sino plurales y diversos. Es por esa razón que el constituyente de 1993 recogió en nuestra Carta Magna el carácter pluricultural de nuestra sociedad; pluriculturalidad que se extiende en el tiempo.

En ese sentido, la costumbre, en tanto reconocida por nuestro constituyente como postulado a tener en cuenta por los jueces al momento de administrar justicia, tal y conforme prevé el artículo 139° inciso 8 de la Constitución, no puede ser indiferente a nuestro legislador cuando de sancionar conductas e imponer penas se trate, sobre todo en aquellos casos en los que la costumbre precede al acto sancionado por la norma penal.

Sin embargo, cuando las decisiones judiciales son el resultado de un procedimiento que desconoce el entorno pluricultural dentro del cual nos desarrollamos y entendemos la vida en sociedad, genera, lo que hemos llamado, la **COLISIÓN ENTRE EL SISTEMA PENAL Y LAS COSTUMBRES**, que como tal merece una respuesta por parte de nuestro legislador en tanto creador de normas en pro de la identificación de aquellos con el sistema nacional de justicia; pues, la aplicación aislada de un sistema jurídico penal, conlleva, muchas veces, a imponer sanciones que no se ajustan, ni con la realidad dentro de la cual se desenvuelven los sujetos involucrados, ni con la dañosidad del bien jurídico que se busca tutelar a través del derecho sustantivo penal.

La problemática expuesta se acentúa aún más, cuando el comportamiento a sancionar emana de sujetos que actúan sobre la base de su entorno costumbrista, y que desde un punto de vista de tipificación denotan ilícitos contra la indemnidad sexual, esto es, relaciones sexuales cometidas en agravio de una persona menor de 14 años de edad.

Ponemos énfasis en que se acentúa aún más en razón a que la respuesta represiva por parte del Estado es gravísima; cuánticamente se amenaza con la imposición de una pena de hasta 35 años de cárcel.

La práctica judicial, que de cerca hemos atendido, nos ha permitido advertir que la aludida colisión entre el sistema penal y las costumbres, se pone de relieve cuando los juzgadores sancionan las conductas tipificadas bajo los alcances del artículo 173° inciso 2 del Código penal, e imponen penas sin tener en cuenta las particularidades y vicisitudes que se presentan en torno al caso en concreto; propiamente, y a esto nos referimos, obviando que el acto sexual entre una persona cuya edad oscila entre los 13

años y menos de 14, con una persona mayor de dieciocho años, obedeció a un querer propio de los involucrados y que fue practicado bajo la costumbre de aquellos, en tanto patrón cultural que guía su modo de vida; omisión que ha conllevado a que se impongan penas irracionales que se sustentan, ciñen y justifican en la literalidad de la norma, más no en su aspecto teleológico, y menos en el grado de afectación del bien jurídico protegido.

El detalle de los casos advierte que se tratan de personas que a través de sus costumbres, y sobre la base de una relación de enamorados, formaron familia a temprana edad; sin embargo, las decisiones judiciales no ponen atención a aquello que guio y precedió al acto sexual, básicamente, y a esto nos referimos, a la costumbre, no para sostener la atipicidad del hecho, sino, y en esencia, para determinar judicialmente la pena a imponer; etapa en la que se llega, en grado de certeza, a sostener tanto el injusto penal como la responsabilidad penal del autor; por lo que la imposición de penas sobre-excesivas trae consigo la desintegración de la Familia constituida, pese a que su protección es exigible tanto a la comunidad y al Estado peruano por mandato del artículo 4º de la ley de leyes, en tanto instituto natural y fundamental de nuestra sociedad pluricultural.

Notamos también que, ante tales situaciones, existe una ausencia de respuesta por parte de nuestro legislador que conlleve a dar por finalizado aquella colisión, y cuyo porqué consideramos necesario conocer para poder postular respuestas armonizadoras que acentúe la necesidad de validar a la costumbre como una postulado normativo a tener en cuenta, en pro, también, de evitar la imposición de penas irracionales.

En razón a ello, y con el propósito de poner de manifiesto tal problemática, así como exponer posibles alternativas de solución al mismo, se realizó este trabajo titulado: **“CONFLICTO ENTRE LAS COSTUMBRES Y EL SISTEMA PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL DE MENORES DE CATORCE AÑOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE”**, y nos propusimos como problema precisamente conocer **¿Por qué las penas establecidas por el legislador en los delitos de violación sexual no hacen distinción a las costumbres a fin de disminuirlas?**

Con dicho propósito, y para eventualmente postular una solución al problema planteado, hemos estructurado nuestro trabajo de la siguiente manera: En capítulo primero, abordamos la realidad problemática, el problema, la justificación e importancia, la propuesta de objetivos, la formulación de la hipótesis y la fijación de las variables; luego damos cuenta de las técnicas de investigación que hemos empleado. En el segundo capítulo, enfocamos nuestro esfuerzo en desarrollar el marco teórico; punto en el que abordamos la base temática sobre el carácter irracional de las penas, la evolución de la pena en los delitos contra la indemnidad sexual en agravio de menores cuya edad oscila entre los 10 y menos de 14 años, la pena y su fin político criminal, el desarrollo dogmático de los elementos normativos del tipo penal previsto en el artículo 173°.2 del código penal, la irrelevancia del consentimiento en el juicio de subsunción normativa del art. 173°.2 del código penal como postura legislativa, los supuestos de reducción de pena como postura de las decisiones judiciales que dan cuenta de la no valoración de la costumbre como supuesto de atenuación de pena al

momento de establecerse la pena concreta a imponer, a propósito del control difuso, y el derecho penal y la costumbre.

En el capítulo tercero, como marco empírico, se analizan casos en donde, sobre la base punitiva prevista en el artículo 173°.2 del Código penal, la judicatura ha impuesto penas sin tener en cuenta que la costumbre precedió el acto sexual; centrando el análisis en los casos judicializados en la provincia de Chiclayo; pues ello nos permitirá contrastar la hipótesis planteada y proceder a esbozar la propuesta de *lege ferenda* correspondiente, las que serán desarrolladas en el capítulo cuarto.

Señores del Jurado, presentamos nuestra tesis para ser evaluada de forma objetiva y crítica, pues más allá del grado académico que buscamos, ha sido pensada y ejecutada con el fin de dar cuenta de una problemática local.

LA AUTORA

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.2 Planteamiento del problema

Nuestra experiencia en el quehacer laboral jurisdiccional penal, nos permite afirmar que en el distrito judicial de Chiclayo se presentan muchos casos de violación de la indemnidad sexual contra personas cuya edad oscila entre los trece y catorce años de edad, los cuales se castigan, bajo la literalidad del artículo 173° inciso 2 del Código penal, con una pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, siendo que el legislador no ha previsto situaciones como las que a diario se juzgan, como es el caso de personas que a través de sus costumbres, forman familia a temprana edad, a través de una relación de enamorados, es por ello que por la irracionalidad de las penas establecidas por el legislador en los delitos contra la indemnidad sexual, su determinación por los juzgadores, se realiza sin poder hacer ninguna distinción, entre si lo ocurrido es con violencia y amenaza con el consecuente daño a los menores de edad, no solo físico sino psicológico, con aquellos en los cuales, la relación sexual se ha efectuado como consecuencia de los matrimonios con menores de edad a raíz de las costumbre de su comunidad y enamoramiento de una persona de edad entre 13 y 14 años y una persona mayor de dieciocho años.

Si bien en muchos casos los jueces han aplicado los principios de proporcionalidad, razonabilidad de las penas e interés superior del niño, para aminorarlas, en los casos

en los cuales las partes ya han formado familia, ello no significa que se esté de acuerdo con dichas penas a tal punto que por medio del presente trabajo pretendemos que en los delitos en cuestión se postule la modificación de la ley penal que permita disminuir las sanciones penales irrazonables, admitiendo que las penas altas, se deben o están dirigidas a aquellos que utilizan la violencia, la amenaza, o utilizan cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre los menores o le impulse a depositar en él su confianza para realizar su delito, con el consecuente daño no solo físico sino también psicológico de dichos menores.

Por consiguiente, consideramos que no sería racional imponerle treinta años de pena privativa de la libertad efectiva, que es la pena mínima establecida por el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, a una persona que por sus costumbres ha tenido relaciones sexuales con su enamorada, cuya edad oscila entre 13 años y menos de 14 años; toda vez que si bien el legislador lo ha considerado como un caso grave sin discriminar determinadas situaciones y aun cuando el delito de violación sexual es un supuesto delictivo que altera la paz social [general] y el aspecto familiar; sin embargo, las sanciones legales a imponer en casos como el precitado no se ajustan a la dañosidad del acto. Esto denota que el legislador ha previsto de forma genérica una pena grave para los casos de agresividad que marcan la vida de las víctimas, sin asimilar situaciones como la citada.

1.2. El problema

1.2.1. Objeto del estudio

Delimitamos nuestro **objeto de estudio** en la evaluación de las decisiones judiciales que, resolviendo temas de fondo, sancionan al autor del delito contra la indemnidad sexual previsto en el artículo 173° inciso 2 del Código penal, con el firme propósito de conocer el grado de valoración judicial que los señores jueces otorgan a la costumbre al momento de determinar la pena concreta a imponer al agente cuya conducta, en el contexto de los hechos juzgados, denotan que estuvo precedida de las pautas culturales que rigen su vida en sociedad.

Sostener que el acto sexual fue practicado como consecuencia del ámbito cultural de los involucrados, nos permite afirmar y sostener que en su consumación estuvieron ausentes los actos de violencia o amenaza, e incluso que en la realización del mismo medió el pleno consentimiento de ambos.

También nos enfocaremos en conocer porqué el legislador penal, como parte de las políticas criminales, no ha regulado a la costumbre como un límite gradual al momento de determinarse judicialmente la pena.

1.2.2. Pregunta problematizadora

Consideramos que al no existir postulado normativo alguno que regule a la costumbre como un supuesto de valoración en la fijación judicial de la pena, válido resulta plantear la siguiente pregunta problematizadora:

¿Por qué las penas establecidas por el legislador en los delitos de violación sexual no hacen distinción a las costumbres a fin de disminuirlas?

1.2.3. Justificación

La investigación que pretendemos iniciar se justifica en la medida que, trata de cuestionar, la norma penal, en lo que respecta a la irracionalidad de las penas establecidas por el legislador en los delitos contra la libertad sexual, su determinación por los juzgadores que no se ajustan a un test de racionalidad al momento de determinar la sanción penal que le corresponde al autor del delito de violación de menores de catorce años.

Cuestionamiento que sirve de base para las decisiones jurisdiccionales y que está orientado también a contribuir a que los operadores de justicia realicen cada vez una mejor valoración de los elementos que les sirven para determinar el *quantum* de pena en los casos de violación a menores de catorce años.

La aplicación de la norma penal, en los delitos de violación sexual se realiza, por los juzgadores sin poder hacer ninguna distinción legal, entre si lo ocurrido es con violencia y amenaza con el consecuente daño a los menores de edad, no solo físico sino psicológico, con aquellos en los cuales, la relación sexual se ha efectuado como consecuencia del enamoramiento de una persona de edad entre 13 y 14 años y una persona mayor de dieciocho años, siendo necesario que pueda distinguirse ambos casos.

Con el presente trabajo lo que se pretende hacer, es conseguir la modificación de la ley penal que permita disminuir las sanciones penales irrazonables, en los casos en

los cuales la relación sexual se ha realizado entre una persona mayor de edad y una menor de trece y catorce años.

Se hace necesario que el marco legal previsto para este tipo de delitos, permita a que el juzgador de manera discrecional pueda reducir la pena, haciendo un análisis de cada caso, pues la ley no se condice con la lesividad, ni con la real magnitud de los hechos, pues aun cuando no se ha hecho una diferenciación debe entenderse que el legislador ha previsto una pena grave para los casos de agresividad que marcan la vida de las víctimas, no tomando en cuenta las otras situaciones.

1.2.4. Importancia

No pretendemos cuestionar la necesidad de reprochar penalmente a quienes cometen el delito de agresión sexual, empero, la severidad que el legislador nacional ha previsto para los casos de violación sexual a menores de catorce años, en la práctica, puede resultar irrazonable cuando se parte de un análisis equívoco de los hechos, dando lugar a la imposición de penas que no se condicen con la exigencia de razonabilidad de las sanciones penales que la legislación exige.

El presente trabajo es de vital importancia puesto que al hacer un control de las penas se evitaría pues quebrantar familias ya formadas entre el agresor y la víctima, además de evitar imponer penas altísimas que conllevarían al supuesto agresor a la privación de su libertad, por mucho tiempo, lo que significaría una falta de proporcionalidad entre la medida de prisión adoptada con la gravedad de los hechos, máxime si en

nuestro distrito judicial existen zonas geográficas donde las mujeres se comprometen siendo menores de edad, siendo su costumbre dejarse “robar” para posteriormente solicitar el perdón a la familia, situación inclusive que se celebra como una fiesta de compromiso.

1.2.5. Objetivos de la investigación

1.2.5.1. Objetivo general

Lograr que en la determinación de las penas efectuada por los juzgadores, se tome en cuenta las costumbres de cada comunidad, en lo que se refiere al delito contra la libertad, en su modalidad de violación sexual contra menores de catorce años, normado en el artículo 173, inciso 2 del Código Penal, a fin de disminuir las sanciones penales irrazonables en los referidos delitos y por consiguiente proponer la modificación de la norma penal, permitiendo que el Juzgador según el caso pueda reducir con prudencialidad la pena sin necesidad de realizar un control difuso.

1.2.5.2. Objetivos específicos

Establecer que las penas establecidas por el legislador en los delitos contra la libertad sexual, son irracionales.

Establecer que la determinación de las penas por los juzgadores, en los delitos de violación sexual se realiza sin hacer ninguna distinción, entre si lo ocurrido es con violencia y amenaza, o como consecuencia de las costumbres de su comunidad, a raíz del enamoramiento de una persona menor de 14 años y una persona mayor de dieciocho años.

Indicar que, si bien en muchos casos los jueces han aplicado los principios de proporcionalidad, razonabilidad de las penas e interés superior del niño, para aminorarlas, en los casos en los cuales las partes ya han formado familia, ello no significa que se esté de acuerdo con dichas penas.

Establecer que no sería racional ni proporcional imponerle treinta años de pena privativa de la libertad efectiva, que es la pena mínima establecida por el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal a una persona que por sus costumbres ha tenido relaciones sexuales con su enamorada menor de 14 años.

Establecer que, si bien el legislador lo ha considerado como un caso grave al delito de violación sexual, sin discriminar determinadas situaciones, sin embargo, el marco legal previsto por la ley no se condice con la lesividad, ni con la real magnitud de los hechos.

Promover modificación en la normatividad vigente a fin de que el Juzgador pueda reducir con prudencialidad la pena sin necesidad de realizar un control difuso.

1.3. Aspectos metodológicos

1.3.1. Formulación de la hipótesis

Si se estableciera por el legislador penas, en los delitos de violación sexual en las que se distingan las costumbres, entonces, éstas pueden ser disminuidas acorde con la realidad socio jurídica.

1.3.2. Variables e indicadores

Independiente

Si se estableciera por el legislador penas en los delitos de violación sexual que distingan las costumbres.

Indicadores:* Violación Sexual: Concepto o definición, clases, sujetos activos, sujetos pasivos. Bien jurídico Protegido. * Libertad Sexual: Concepto o definición, clases. * Indemnidad Sexual: concepto o definición. * Penas: Concepto, tipo de penas, las penas establecidas para este delito en otros códigos penales.* Costumbre: Concepto o definición, tipos de costumbres.

Dependientes

Las penas pueden ser disminuidas acorde con la realidad socio jurídica.

Indicadores: * Legislación. - Artículo 173 inciso 2 del código Penal, Constitución. * Costumbres: Concepto o definición, clases o tipos. * Realidad Socio-Jurídica: concepto o definición. * Abuso sexual: concepto o definición, tipos. * Delincuente sexual: definición, causas, características.

1.4. Marco metodológico

1.4.1. Tipo de investigación

La presente tesis titulada **“CONFLICTO ENTRE LAS COSTUMBRES Y EL SISTEMA PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL DE MENORES DE CATORCE AÑOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE”**, se enmarca dentro del tipo de investigación DESCRIPTIVA – ANALÍTICA, en un nivel PROPOSITIVO, en razón a que desarrollaremos las categorías relacionadas con el tema objeto de nuestro estudio, como son: la función del legislador en la toma decisiones político-criminales, la costumbre, vista en el plano material y judicial, y los delitos contra la indemnidad sexual, ligado a su aplicación práctica.

1.4.2. Diseño de contrastación de hipótesis

Se considera el diseño descriptivo o de una sola casilla

$$M = O$$

Donde:

M: es la muestra de estudio compuesta por el conjunto de expedientes

O: es la observación consistente en el análisis documental a realizar en los expedientes.

1.4.3. Población y muestra

Nuestra población la constituyen el total de expedientes en los que se han sancionado delitos de violación sexual a menor de catorce años, previstos en el artículo 173° inciso 2 del Código penal; de cuyo total seleccionaremos, mediante el azar simple, una muestra equivalente al 50% de todos los expedientes identificados; buscando que los dos Juzgados Colegiados de Chiclayo sean representados en la muestra.

1.4.4. Materiales, Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos

- **Materiales:** Como tales hemos empleado bibliografía nacional e internacional que abordan aspectos ligados a nuestra tesis.
- **Fuentes:** Se consultó fuentes que han abordado el tema de la violación sexual a menores de edad.
- **Técnica:** La dogmática e interpretación jurídica.

- Recolección de información de compilación de datos: La observación sujeta al análisis de las sentencias que hemos acopiado y que forman parte de nuestra población, con estricta vinculación al meollo de nuestro trabajo.

1.4.5. Métodos y procedimientos para recolección de datos

- Métodos:

*** Método Histórico:**

Hemos realizado un estudio cronológico respecto de la forma y base por la cual el legislador nacional ha ido sancionando, en el tiempo, los actos sexuales en agravio de los menores de edad, con el fin de conocer la sobrecriminalización de aquella conducta reflejada en el aumento de la dosis de pena aplicado en abstracto.

*** Método Analítico- Sintético:**

Nos ha servido para realizar un estudio amplio y minucioso de los diversos conceptos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que, en relación al tema materia de investigación, se han esbozado, para luego, de resumirlos, aportar nuestras ideas; a fin de poder explicar el porqué de la colisión entre el sistema penal y las costumbres, y del por qué las penas establecidas por el legislador en los delitos de violación sexual no hacen distinción a las costumbres a fin de disminuirlas; base a partir de la cual, sustentamos nuestros argumentos que advierten la necesidad de adoptar medidas de *lege ferenda* en pro de unificar el sistema nacional de justicia con nuestra diversidad cultural, lo que a su vez conllevará a la imposición de penas

justas y acordes a la dañosidad del bien jurídico tutelado por el artículo 173°.2 del Código penal.

TÉCNICAS:

- **Ficha Bibliográfica**

Este tipo de fichas se utilizaron en su mayoría, ya que la información de consulta estuvo enfocada a la revisión de libros y publicaciones vinculada al tratamiento dogmático de los delitos contra la indemnidad sexual, y también a los pautas que guían la adopción de políticas criminales por parte del legislador nacional, pues solo así podríamos conocer la ratio que motiva la punición de conductas y el marco de reproche reflejado en años de pena privativa de la libertad.

- **Ficha Hemerográfica**

Su empleo estuvo enfocado en base a la consulta de revistas de opinión sobre fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales de la investigación.

- **Ficha Textual**

El uso de estas fichas se debió a la transcripción de un párrafo que contenía una idea importante para el trabajo de investigación que se ha realizado.

- **Ficha Resumen**

Esta ficha ha permitido que la investigadora realice una exposición sintetizada que permita un mejor manejo de la información recopilada a través de la elaboración de una síntesis sobre los diversos aspectos que se han investigado.

- **Ficha Personal**

En la presente investigación es utilizada para anotaciones interpretativas por parte de la investigadora, que permite elaborar una estructura más detallada en la investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Evolución de la pena en los delitos contra la indemnidad sexual en agravio de menores cuya edad oscila entre 10 y menos de 14 años

El primigenio artículo 173°.2 de nuestro Código penal, vigente desde el 09 de abril de 1991, que pune el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años y mayor de 10 años, imponía, en aquel entonces, una pena abstracta no menor de cinco años.

Posteriormente, mediante el artículo 1° de la Ley N° 26293, publicada el 14 febrero de 1994, se incrementó el marco abstracto de la pena, imponiéndose, esta vez, un límite mínimo de diez y un máximo de quince años.

El legislador penal, siguiendo con su política de sobrecriminalización de conductas, mediante el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24 mayo de 1998, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorgó al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional, nuevamente aumentó el marco punitivo del delito en cuestión, imponiendo, al agente, una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Sin embargo, mediante el artículo 1° de la Ley N° 27472, publicada el 05 junio de 2001, se derogaron las modificaciones realizadas mediante el Decreto Legislativo N° 896, retornándose, en consecuencia, a los contornos de punición que establecía el artículo 1° de la Ley N° 26293, publicada el 14 febrero de 1994, esto es, de diez a quince años de pena privativa de libertad.

Sobre la forma cómo se aprobó la Ley N° 27472 se conoce que, por unanimidad, la Comisión de Reforma de Códigos, presidida por el congresista Altuve-Febres Lores, quien a su vez era el promotor del texto sustitutorio del Proyecto de Ley N.° 979/2000-CR, propuso ante el Congreso de la República derogar los Decretos Legislativos N° 896 y N° 897, que elevaban las penas, como lo fue el caso de la conducta prevista en el inciso 3 del artículo 173° del Código penal, y restringían los derechos procesales en los casos de delitos agravados; y puso a consideración del Pleno un texto sustitutorio que recogía las recomendaciones del Ministerio de Justicia que buscaban encaminar la viabilidad de la propuesta legislativa presentada. Postulándose, como propuesta del proyecto, la abrogación de las mencionadas normas debido a que, se argumentaba, ellas sobrepenalizaban los delitos de asesinato, secuestro, **violación del menor**, robo simple y agravado y extorsión, y establecían un procedimiento extremadamente sumario para su juzgamiento.

Bajo dicho argumento, se proponía, entre otros, derogar el Decreto Legislativo N.° 896, Ley contra los Delitos Agravados, y el Decreto Legislativo N.° 897, Ley de Procedimiento Especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados; y recobrar la vigencia del Decreto Legislativo N.° 635 para los artículos 108.°, 152.°, 173.°-A, 188.° 189.° y 200.° del Código Penal, y de las normas modificatorias de dicho cuerpo legal derogadas por el artículo 2.° del Decreto Legislativo N.° 896.

Así mismo, se argumentó como sustento de la derogación de los Decretos Legislativos Nrs. 896° y 897°, que era necesario racionalizar el monto de las penas atendiendo a los

criterios de proporcionalidad. Ello, en la medida en que las referidas normas rompían la estructura lógica del sistema de penas, lo que, se alegaba, sólo encuentra justificación en un contexto de emergencia penal que no es el que en entonces existía.

En razón a ello, se sostenía que resultaba necesario adecuar las penas impuestas por los delitos previstos en el Decreto Legislativo N.º 896 a la norma anterior (Ley N° 26293), entre ellos, reiteramos, **violación del menor**.

En el desarrollo del debate, la señora congresista CHÁVEZ COSSÍO DE OCAMPO (C90-NM), señaló que las normas de excepción que se dieron para aumentar las penas de los delitos agravados respondieron a una necesidad. Pero, se preguntaba, ¿la situación está como para flexibilizar estas normas penales?. Entendía que las penas tienen que ser rehabilitadoras y permitir que las personas mejoren su conducta. Sin embargo, precisó, también tienen que ser disuasivas, esbozando que no sabía si en las circunstancias actuales, con el desorden que existía, se deban reducir aquellas penas que se establecieron por la necesidad de controlar, como se logró, una situación que prácticamente significaba el amedrentamiento de toda la población.

No obstante los argumentos esbozados por la aludida madre de la patria, el proyecto, que redujo el marco punitivo de 20 a 10 (como extremo mínimo), y de 25 a 15 años (como extremo máximo) de pena privativa de libertad, se aprobó con 58 votos a favor, ninguno en contra y 15 abstenciones.

Sin embargo, un poco más de un mes de haberse aprobado el proyecto sustitutorio del Congresista Altuve-Febres Lores, se expidió la Ley N° 27507, publicada el 13 julio

2001, cuyo artículo 1 reestablecía la vigencia del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 896, publicado, recuérdese, el 24 mayo de 1998, que aumentó el marco punitivo de la conducta prevista en el artículo 173°.3 del Código penal, de diez a veinte (como extremo mínimo), y quince a veinticinco (como extremo máximo).

Posteriormente, mediante el artículo 1 de la Ley N° 28704, del 05 abril de 2006, el legislador nacional, siguiendo con su política de amento de penas, aumentó el marco punitivo que sanciona al autor del delito de Violación sexual de menores en agravio de un menor de 14 años y mayor de 10, previsto, para entonces, en el artículo 173.3 del Código sustantivo, imponiendo, esta vez, una pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Cabe precisar que, la sobrecriminalización de conductas llevó al legislador a incorporar, también a través de la ley N° 28704, un nuevo supuesto delictivo, sancionando, esta vez, las relaciones sexuales, aun consentidas, con los menores cuyas edades oscilaban entre 14 a menos de 18 años, imponiéndoles una pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años; conducta que fue recogida en el inciso 3 del artículo 173° del Código penal.

Sin embargo, al respecto, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI-TC, publicada el 24 enero 2013, declaró inconstitucional la norma incorporada por el artículo 1 de la Ley N° 28704, al haber determinado: i) que el artículo 173, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, en el sentido interpretativo 1 (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años), es incompatible con la Constitución; y ii) que el sentido

interpretativo 2 del artículo 173, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor), no es una interpretación conforme con la Constitución y que, por tanto, pueda salvar la constitucionalidad de dicha disposición penal; entonces, declaró la inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18.¹

Desde entonces, esto es, luego de declararse la inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173º del aludido Código, la violación sexual en agravio de un menor cuya edad oscila entre diez años de edad y catorce, pasó a ser tipificada en el inciso 2.

Luego de ello, y es lo que rige a la fecha, mediante el artículo 1 de la Ley N° 30076², publicada el 19 agosto 2013, entre otras modificaciones al Código penal en su conjunto, así como incorporaciones punitivas, el legislador nuevamente aumentó el marco punitivo de 20 a 30 (como extremo mínimo), y de 25 a 35 años (como extremo máximo) de pena privativa de libertad, imponible al agente que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad; al que se le impondrá

¹ Léase en extenso el fundamento 77 del Expediente N°00008-2012-PI-TC.

² Precísese que artículo 1 de la Ley 30076 modifica diversos artículos del Código Penal. Así, modifica los artículos 22,36,38,45,46,46 b,46 c,57,58,62,64,69,70,102,170,173,186,189,194,195,200,202,204,205,279,279-C,317-A y 440 del aludido texto normativo.

una pena no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años, “(...) **2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce (...)**”.

Ahora bien, la reseña histórica expuesta, de índole legislativo, nos permite no solo dar cuenta de la forma cómo, en nuestro país, se ha venido incrementando la sanción penal vinculada a la conducta descrita en el inciso 2 del artículo 173° del Código penal, sino que además, también nos permite advertir que la política sobrecriminalizadora, propia de nuestra legislación penal, no ha previsto supuesto de atenuación alguno que permita al juzgador morigerar la pena frente a un caso determinado; por lo que, en estricto respecto al principio de legalidad en la determinación de la pena, debe imponerse una pena no inferior de 30 años (como extremo mínimo), ni superior de 35 años (como extremo máximo); hipótesis ante la cual resultaría indiferente las particularidades que puedan presentarse cuando el acto sexual se practique, por ejemplo, con un menor cuya edad oscile entre 13 y menor de 14 años; particularidades que, podrían estar ligadas, al no uso de violencia, amenaza, a la realización del acto sexual en el marco de las costumbres de los involucrados, como expondremos en una acápita posterior.

2.2. La pena y su fin político criminal

En principio, acorde con los objetivos trazados, desarrollaremos el aspecto dogmático de la pena, no desde el punto de vista de su clasificación o tipos, sino desde la óptica de su duración, vinculado a las razones político-criminales que conllevan a establecer un mayor o menor reproche punitivo para algunas conductas ilícitas; ***pues solo así daremos cuenta de la irracionalidad de la pena prevista en el artículo 173°.2 del Código penal***

bajo la postura asumida en el desarrollo de la presente investigación y expuesta líneas precedentes.

Sobre el particular, GARCIA CAVERO³ enseña que el estado no puede ejercer su facultad de castigar comportamientos delictivos irrestrictamente; sino que debe acogerse a un conglomerado de garantías o principios que pongan límites a la potestad sancionadora del Estado; límites a los que el referido autor denominada: “*principios políticos-criminales*”, por cuanto sujetan la utilización del Derecho sustantivo penal únicamente a conductas que ocasionan daño a la sociedad.

Asimismo, el referido doctrinario sostiene también que la política criminal sopesa los medios que se usan para luchar contra la delincuencia, con el propósito de postular su mejora bajo tópicos de eficacia y de respecto de los principios fundamentales que la erigen. En cuanto a sus fines, identifica dos; a saber: a) establecer la forma más adecuada de erradicar –si es que ello es posible- o cuanto menos bajar la tasa de criminalidad, considerando factores de severidad y certeza de la sanción; y, b) sopesar los medios empleados para sancionar penalmente al individuo con el cumplimiento de sus garantías jurídicas que le son reconocidas o con aquello que él llama: “*principios políticos-criminales*”⁴. Agrega que, la ponderación que efectúa la ciencia política criminal respecto del sistema penal descansa en dos planos: legislativo y judicial. Bajo el primer plano, que es lo que aquí importa, se llega a identificar qué comportamientos son socialmente nocivos y, en consecuencia, merecen prevención general recurriendo al uso

³ GARCIA CAVERO, Percy. “Derecho Penal. Parte General”. Segunda Edición. Jurista Editores. Marzo. 2012, p.116.

⁴ GARCIA CAVERO, Percy. “Lecciones de derecho penal-parte general”. Editorial Grijley.2008.pp.22-23

del derecho penal como medio conminativo, pero siempre sopesando principios de necesidad y merecimiento de pena. Pero no solamente identifica para sancionar, sino, también, existirán casos en los que advierta la necesidad de reformar la ley por su nula o poca eficacia en la realidad de los hechos. La evolución y dinamismo de las sociedades, y con ello de las conductas de las personas que la integran, no son ajenas al derecho en su conjunto. Aquella labor subyace pues a una de corte político en sentido estricto. En suma, son las razones políticas criminales, adoptadas por el legislador nacional, las que los llevan a determinar qué comportamientos deben ser sancionados por el Derecho penal y cuáles no, y bajo qué dosis de pena deben punirse.

Siguiendo al profesor ROXIN⁵, destaquemos que la ciencia de la política criminal no está integrada únicamente por la potestad de identificar a las conductas nocivas, y por la labor de determinar la clase y grado de sanciones que merecen las mismas, siempre buscando su eliminación; sino, también, por el cúmulo de directrices fundamentales que de acuerdo a nuestra Constitución y a la legislación penal deben anteceder a la determinación y construcción de denominados presupuestos de su penalidad; se erige, en ese sentido, como aspectos limitadores de la facultad sancionadora que tiene el Estado, el principio de “no hay delito sino no existe ley previa que así lo determine”.

⁵ ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal. Tirant Lo Blanch Valencia.2000, p, 58.

En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ⁶ enseña que uno de los fines de la política criminal es eliminar y reducir el crimen, acorde con ciertos factores como los de severidad del reproche penal o la certitud de la sanción.

HASSEMER y MUÑOZ CONDE⁷, por su parte, ponen énfasis en que si el derecho penal busca tutelar bienes, entonces, debe hacerlo con la seguridad de que puede hacerse. Resaltando que es tarea del legislador conocer cuáles son los bienes que se encuentran bajo amenaza de transgresión, sea por el avance y sofisticación del crimen, o por el uso de medios delictivos más actualizados; pero, además, al legislador también le corresponde sopesar la necesidad de mayor o de menor pena; correspondiendo a los entes que se encargan de indagar y de judicializar aquellas conductas, conocer cuáles son los alcances de la selección legislativa, para así evitar reprimir de forma desigualitaria comportamientos que vistos sopesadamente son los mismos.

Agregan los referidos autores que, no podemos dejar de considerar que la dación de una ley penal emana de un acto político. En ese sentido, la legitimación de su labor debe analizarse teniendo en cuenta cuáles fueron las estimaciones utilitarias que valoró al momento de decidir qué es delito y qué no lo es, qué merece pena y qué no lo merece.

Por eso, “(...) para legitimar la criminalización, el legislador debe obtener todos los datos que le sean posibles sobre la dañosidad de una conducta y las consecuencias de la

⁶ SILVA SANCHEZ, citado por GARCIA CACVERO, Percy. “Derecho Penal. Parte General”, Segunda Edición. Jurista Editores. Marzo, 2012, pp.56-57.

⁷ HASSEMER, Winfried, y Muñoz CONDE, FRANCISCO. “Introducción a la Criminología y a la Política criminal”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.p.42.

pena⁸. Y recordarse, como enseña el profesor URQUIZO OLAECHEA, que “el Derecho Penal solo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo”.⁹

La decisión político criminal que fija un periodo mínimo de prisión no debe basarse en que a partir del mismo la prisión adquiera facultades mágicas para la resocialización, sino en que tal cantidad de pena mínima de prisión refleja una gravedad de las conductas sancionadas que impide renunciar al efecto preventivo general característico, por excelencia, de la pena de prisión.

Lo jurídico adquiere sentido y se interpreta desde el bien común político, en tanto fin último de la convivencia humana dentro del Estado y desde los diferentes bienes que están presentes en la diversidad y riqueza de la vida social.¹⁰

Entonces, la duración de la privación de la libertad estaría siempre justificada mientras sea necesaria para la protección de bienes jurídicos. Y como bien sostiene el profesor argentino Alberto Binder: “la pena concreta debe demostrar que tiene una probabilidad razonable de producir algún bien social”. Pues, no pueden aplicarse penas que prescindan de toda finalidad social.¹¹

En este sentido, la ciencia del derecho no puede prescindir del discernimiento de lo que debe hacerse, de lo que es bueno o perfecto y de lo que resulta prácticamente

⁸ Ibid.p-76.

⁹ URQUIZO OLAECHEA, José “Límites al Derecho Penal”. En. “DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL Y POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEAS”.Tomo I. Homenaje a Bernd Schuneman por su 70° aniversario. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera Edición. Agosto,2014,p.134

¹⁰ YACOBUCCI, Guillermo J. “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”. Editorial Ábace de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.Mayo.2012,.88

¹¹ BACIGALUPO, Enrique. “Dignidad de la persona y Derecho Penal”. En “DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL Y POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEAS. TOMO I. Homenaje a Bernd Schunemann por su 70 aniversario. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera Edición. Agosto. 2014. P.28

razonable, y por eso estos elementos han de ocupar un lugar central en la consideración del derecho.¹²

Por ello, muy bien se afirma que la duración de la privación de la libertad estaría siempre justificada mientras sea necesaria para la protección de bienes jurídicos. Solo si se advierte un estado real de afectación o la puesta en peligro de la intangibilidad del bien, es que se puede reaccionar válidamente.¹³

En suma, el principio de lesividad, determinado por la exclusiva protección de bienes jurídicos, constituye una garantía de limitación al poder punitivo estatal, y a su vez, su fuente de legitimación¹⁴.

A modo de conclusión, la pena, en un orden democrático de Derecho, solo ha de constituir una respuesta ante determinados hechos que por su grado de lesividad social pone en grave riesgo la coexistencia pacífica en una determinada sociedad”.¹⁵ Ello implica que la severidad de la sanción a imponer en un plano abstracto, debe estar en correlación directa con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que en pro de la sociedad se busca tutelar a través de la creación de determinados dispositivos legales.

¹² Binder, citado por : VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”. Grijley. Cuarta reimpresión de la primera edición, 2013, p. 70.

¹³ ROXIN, Claus. Citado por YACOBUCI. Guillermo. K. Ob. Cit. p.51.

¹⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raul. Ob. Cit. p.63.

¹⁵ Ibid. p.157.

2.3. Desarrollo dogmático de los elementos normativos del tipo penal previsto en el artículo 173°.2 del código penal

2.3.1. Tipo penal

El artículo 173°.2 de Código Penal, luego de las modificatorias producidas, y que han sido mencionadas precedentemente, ha quedado redactado como sigue:

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

(...)

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

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

La Organización Mundial de la Salud (OMS), define a la violencia sexual como: "El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo, que cause lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones". ¹⁶

¹⁶ http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_artttx&pid=S1728-59172015000300007

Ahora bien, antes de pasar a analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito, *a priori*, conozcamos cuál es el fundamento por el cual se pune con gran severidad el delito en comento.

2.3.2. Fundamentos de su punición

Para NOGUERA RAMOS¹⁷ la punición del acto sexual de las personas de menos de catorce años, se acentúa en dos cosas: la inmadurez psicológica y moral, y aquella de carácter fisiológico-sexual. Agrega que, el actuar del menor en este campo está viciado, para la ley penal, de cualquier tipo de comprensión alegada, al punto que su consentimiento se tiene por no admitido. La ratio de la norma, indica, es negar su capacidad de decidir al momento de querer determinarse sexualmente, de ahí que no es libre para realizar el acto sexual válido bajo su propia autodeterminación, como sí lo tiene una persona que ostenta la mayoría de edad, incluso cuya edad es de 14 a más años.

Incluso, dadas las consecuencias nocivas de la conducta que pune el artículo 173°.2 del Código penal, NOGUERA RAMOS¹⁸ aconseja que no debe avalarse jurídicamente el acto sexual de un menor, por cuanto perjudica su desarrollo mental y emocional.

¹⁷ NOGUERA RAMOS, Iván. "Violación de la libertad e indemnidad sexual". Grijley.2015, p.172.

¹⁸ NOGUERA RAMOS, Iván. Ob.Cit.pp.165-166.

Para PEÑA CABERA FREYRE¹⁹ la inmadurez psico-biológico fundamenta la tutela de aquellos, en razón a que se encuentran incapacitados de manejarse su conducta sexual de forma racional. La presunción de que no tienen o no se encuentran en la capacidad de entender los alcances del acto sexual que efectúan, yace en la ley mas no deriva de la praxis jurídica, razón por la cual, precisa, existirán ciertos casos en los que aquella presunción no será tal.

Por su parte, el profesor GARCÍA CANTIZANO, citado por SALINAS SICCHA²⁰, sostiene que lo que le importa al Estado es tutelar la sexualidad de aquellos que por sí mismos no están en la capacidad de defender su propia sexualidad, por la misma razón de que no valoran una conducta de tal naturaleza. Siendo aquella incapacidad de no entendimiento lo que facilita el actuar ilícito del agente.

En la misma línea, CASTILLO ALVA²¹ señala que lo que se quiere evitar y prohibir es la realización de actos sexuales y de otros comportamientos sexuales idóneos no solo para generar lesiones en el cuerpo o un daño psicológico en el menor, sino un shock y trauma permanente en la vida psíquica del individuo que es posible que se extienda a toda su personalidad y que puede llegar a comprometer su vida futura ya sea en el ámbito personal o en su relación con terceros. El ordenamiento jurídico-penal, acota, no muestra solo su preocupación

¹⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "Derecho penal Parte Especial". Tomo II. Tercera Edición. IDEMSA. 2015. pp 42-43.

²⁰ SALINAS SICCHA. Ramiro. "Los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual. Doctrina y jurisprudencia". Tercera edición. Instituto pacífico. Septiembre, 2016. p.43.

²¹ CASTILLO ALVA, José Luis. "Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". Gaceta jurídica. Primera edición.

y levanta su juicio de reproche sobre la práctica de una relación sexual con una persona indefensa [menor de catorce años], que no puede comprender la naturaleza del acto y es fácilmente manipulable mediante cualquier ardid o engaño, sino que se preocupa – de allí que justifique una especial elevación de las sanciones- de la incidencia y los efectos que una práctica de este tipo puede desplegar, y que generalmente es desvalorada, en la vida afectiva, emocional, intelectual de la persona.

En suma, y parafraseando al profesor español MUÑOZ CONDE²², se colige que la tutela de los menores o de aquellos que no cuentan con capacidad para discernir, tiende a prevenir futuras consecuencias de carácter negativo en el desarrollo de su personalidad.

2.3.3. Bien jurídico protegido

HURTADO POZO²³ sostiene que, los bienes jurídicos son tales no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí, presupuestos indispensables para la vida en común; los bienes jurídicos son presupuestos indispensables, es decir que sin ellos sería imposible la vida dentro de una sociedad.

²² MUÑOZ CONDE, citado por: SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit.p.43.

²³ HURTADO POZO, José.1987.Manual de Derecho Penal-Parte General.Lima.p.39.

Por su parte CLAUS ROXIN²⁴ define al bien jurídico como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global, estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el sostenimiento del propio sistema.

CERNA RAVINES menciona que, los bienes jurídicos son condiciones necesarias para la vida en común, ella sólo se dará cuando una persona puede estar en adecuada armonía con su entorno o medio social; además el bien jurídico tiene como presupuesto la relación de disponibilidad.²⁵

Nótese pues que es notoria la vinculación que existe entre la sanción penal a imponer y el bien jurídico protegido por cada tipo penal; en razón a ello, el artículo IV del Título preliminar del Código penal, recogiendo el Principio de Lesividad, prescribe: ***“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”***; aspecto importante, como lo hemos sostenido precedentemente, que debe ser ponderado al momento de implantarse políticas criminales de connotación penal.

Los profesores CARO CORIA y SAN MARTIN CASTRO, advierten que en la normativa nacional, no obstante a haberse agrupado a todos los delitos bajo el rótulo “violación de la libertad sexual”, se regulan de forma diferenciada las

²⁴ ROXIN, Claus, citado por GARCA CAVERO, Percy. “DERECHO PENAL. Parte Especial” .Segunda Edición, Editorial. Jurista Editores.Lima.Perú.Marzo-2012,p.126

²⁵ CERNA RAVINES, Cristhian.”El Bien Jurídico Vida en el Derecho Penal. Ensayo. Pontificia Universidad Católica del Perú, ensayo presentado y finalista en el I Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos”. Noviembre de 2014,p.7

conductas que afectan la indemnidad sexual como bien jurídico tutelado por ley, pero con la particularidad de otorgarle una protección más intensa debido a la afectación mayor individual en comparación a los agravios contra la libertad sexual²⁶.

Es pues la indemnidad sexual el bien jurídico protegido por el artículo 173.2 del Código penal, y así lo ha establecido nuestra Suprema Corte en el fundamento 12º del Acuerdo plenario nº 1-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011. Indemnidad que ha sido expuesta bajo los siguientes términos: *“En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad”*.²⁷

A nivel doctrinario también se ha identificado a la indemnidad sexual como el fin jurídico protegido. En ese sentido se han pronunciado los profesores BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO, y MUÑOZ CONDE, citado por GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR²⁸.

²⁶ CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTIN CASTRO, César. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales”. Grijley. Primera edición.2000.p.70.

²⁷ Acuerdo plenario nº 1-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011, fundamento 16.

²⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo II, Jurista editores, Primera edición, mayo, 2012, p.439

Ahora bien, desde un punto de vista conceptual, el profesor CANCHO ALARCÓN²⁹ define a la *indemnidad sexual* como aquel estado en el que se encuentra un menor de edad o personas especialmente vulnerables, que por su condición personal o situacional no pueden prestar consentimiento válido, dada la incapacidad en la que se encuentra para disponer de su vida sexual, siendo resguardadas de cualquier experiencia de este tipo; por lo que, su protección está dirigida a evitar la afectación del desarrollo de su personalidad e impedir alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico futuro.

Por su parte, DIÉZ RIPOLLÉS enseña que “Con la *indemnidad sexual* “se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento”.³⁰

²⁹ CANCHO ALARCON, Rafael. 2013. La inconstitucionalidad del Artículo 173.3 del CP en la STC EXP.Nº 0008-2012-PI/TC: Entre la legitimación de Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116 y el Desprecio a la funcionalidad del principio “Constitucionalidad” de protección de bienes jurídicos. Gaceta Penal 44 (Febrero de 2013), pp.31-54.

³⁰ DIEZ RIPOLLES, José Luis. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”. En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuarios/an_19999_06.pdf.p14.Articulo visitado el 01 de mayo del 2018.

NIEVES SOLF³¹, dando cuenta del fin de tutela de la norma en cuestión, señala que, es evidente que, tratándose de menores de edad, la protección penal de la indemnidad sexual tiene por cometido evitar agresiones que alteran el desarrollo futuro de su personalidad, tanto desde el punto de vista físico como psicológico. Para CASTILLO ALVA, la indemnidad sexual debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida.

En conclusión, y en palabras del profesor SALINAS SICCHA, quien a su vez cita a GARCÍA CANTIZANO, la idea de “indemnidad sexual” se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de menores (...).”.

2.3.4. Acción típica

Nuestra legislación penal, sanciona al que *tiene acceso carnal por vía vaginal, anal y bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos u partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.*

³¹ NIEVES SOLF, Ángel Roberto “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual .Estudio dogmático y jurisprudencial”. A&C ediciones. Primera edición, enero. 2018. p.137.

FONTAN BALESTRA³², por ejemplo, comentando la legislación penal argentina, sostiene que: "El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él".

DONNA³³ nos brinda un concepto amplio de violación sexual, pero en lo que importa al presente trabajo de investigación, el referido autor define como violación al acto sexual practicado con un menor que carece de capacidad jurídica para consentir la relación.

GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR³⁴, sostienen que la violación sexual no se limita al acto que la víctima soporta por parte del autor, sino que también abarca aquellos casos en los que la persona se ve obligada-constreñida a efectuar sobre el propio agente.

En cuanto a actos análogos, CASTILLO ALVA³⁵ sostiene que, si bien no existe inconveniente en la interpretación del término acto sexual, no sucede lo mismo cuando se pretende terminar el sentido y el respectivo límite hermenéutico de la referencia a un acto análogo al acto sexual. La utilización del acto análogo representa la decisión del legislador de acudir a una *cláusula legal de*

³² [Htp://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_EL_Delito_De_Violación.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_EL_Delito_De_Violación.pdf).

³³ DONNA, Edgardo Alberto. "Derecho Penal. Partes Especial", Tomo I, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 378.

³⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Ob. Cit. pp. 454-455.

³⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. p. 54.

interpretación analógica que brinda la intérprete de buscar qué acto o actos pueden ser equiparados valorativa y jurídicamente al mencionado acto sexual. [Precisa] Para emprender dicha labor debe quedar claro desde el inicio que la semejanza o “analogía” que permite efectuar la ley no debe ser entendida desde un plano eminentemente biológico o naturalista, como es la referencia misma al acto sexual -que no es otra cosa que penetración pene-vagina-, sino que dicha semejanza a de descansar sobre pilares jurídicos-valorativos y teleológicos. En todo caso, precisa, el acto sexual solo obraría como un punto de referencia externo que únicamente indicaría el límite máximo sobre el que no puede pasar la mencionada interpretación teleológica.

2.3.5. Sujeto activo

De acuerdo a la redacción del artículo 173.2 de nuestro Código Penal, el uso del término “*el que*” nos lleva a afirmar que abarca tanto al hombre y a la mujer como sujetos potenciales del delito de violación sexual; actos que incluso puede suscitarse en relaciones homosexuales como heterosexuales; no hay dispensa para ello. Sobre el particular, se ha pronunciado el profesor PEÑA CABRERA³⁶, citando a LOGOZ, quien ahondando sobre el tema desarrolla un claro ejemplo donde la mujer es autora de tal ilícito.

³⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob.Cit.p.45.

2.3.6. Sujeto pasivo

Atendiendo, nuevamente, a la redacción del texto normativo previsto en el artículo 173º.2 del Código sustantivo penal, se tiene que el sujeto pasivo del delito, esto es, contra quien se comete el acto sexual consentido o no consentido, es un o una menor de 14 años de edad. Y de la misma forma que en lo que respecta al agente, no importa el género de la víctima; lo que se identifica es básicamente su minoría de edad [menor de 14 años]

No importa el género de la víctima puede ser tanto un varón como una mujer.

Ahora bien, en el tipo penal se comprende a los menores de catorce años que, sin necesidad de haber sido violentados, no pueden consentir válidamente el intercambio sexual. El límite de los 14 años de edad para ser considerado sujeto pasivo del delito contra la indemnidad sexual obedece a motivos legales, culturales y biológicos. Nuestro legislador ha buscado conciliar la normatividad que regula el matrimonio civil y las normas penales que reprimen las relaciones sexuales con personas menores de catorce años.

Por otro lado, la ciencia ha comprobado que los adolescentes de catorce años para adelante -incluso alguno que han cumplido los doce años de edad-, ya han desarrollado sus órganos genitales y su aparato reproductor. A nivel cultural, en varias de nuestras comunidades nativas de la sierra y selva es aceptado

socialmente que un adolescente de catorce años de edad mantenga relaciones sexuales con otro de su misma edad incluso mayor.³⁷

2.3.7. Elemento subjetivo del tipo

GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR sostienen que, se requiere necesariamente el dolo, es decir el agente actúa con conocimiento y voluntad de tener acceso carnal con un menor de catorce años de edad o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía anal o vaginal. No se requiere ningún otro elemento subjetivo distinto al dolo (por ejemplo, ánimo lascivo), descartándose la comisión imprudente, pues en este caso se ha establecido el sistema *numerus clausus*, conforme al art. 12° CP.³⁸

2.3.8. Consumación

PEÑA CABRERA³⁹ sostiene que, el de violación de menores de consuma con el acceso carnal en cualquier de las vías descritas en el tipo base, basta para la perfección delictiva que el miembro viril ingrese de forma parcial, así como otra parte del cuerpo y/o objetos sustitutos del pene. No se requiere el yacimiento completo, ni siquiera un comienzo de aquel; así como tampoco la fecundación menos la desfloración, este será a lo más un dato objetivo para acreditar la relación delictiva, entre la conducta generadora de riesgo y la

³⁷ NIEVES SOLF, Ángel Roberto. Ob.Cit.pp.139-140.

³⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Ob.Cit.p.455

³⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.Ob.Cit.pp.50-51.

acusación del resultado lesivo. Hay consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual del ofendido. La siguiente ejecutoria recaída en el R. N. N° 1218-2001, al respecto señala lo siguiente” (...) se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado por el delito de Violación Sexual, aunque por la comisión del delito consumado y no en el grado de tentativa (...) la menor agraviada presenta desfloración himenal con lesiones parciales antiguas, esto es que hubo penetración parcial del pene del agresor en la vagina de la víctima y no penetración completa que evidenciaría un desgarró total del himen y lesiones tipo desgarró en la pared vaginal, pero igual existió penetración y en consecuencia la consumación del delito de Violación Sexual de Menor de Edad (...)”.

Agrega que, la tentativa es admisible, esto es; el agente por causas extrañas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrar o introducir objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo, más al no medir violencia ni amenaza grave, la calificación de las formas de imperfecta ejecución es una tarea valorativa no muy fácil de concretar. Serían todos aquellos actos tendentes a obtener el consentimiento viciado del menor, la seducción, el engaño, el ofrecimiento de ciertos favores, etc.; más en el caso en el que se ejercite violencia (vis absoluta) sobre la víctima dichos actos constituirán el comienzo de los actos ejecutivos, a pesar de no estar descritos en la tipificación penal.

Por su parte, CASTILLO ALVA⁴⁰ señala que, en la consumación del delito, es decir en la realización del acto sexual u otro análogo, no es indispensable exigir o tratar de comprobar si existió o no eyaculación, pues de ser extendido este requisito como principio orientador nos encontraríamos con la objeción insalvable de que dicha condición sería imposible en el caso del sexo oral practicado por mujeres. Por otro lado, precisa, habría enormes dudas acerca de la legitimidad y valía tanto científica como jurídica de esta exigencia, pues la eyaculación puede producirse sin necesidad de una efectiva penetración o ésta puede no sobrevenir a pesar de existir penetración. A ello, el citado profesor, agrega que, para la existencia del delito de violación sexual no es necesario que el acto sexual se haya realizado contra una persona [mujer] virgen o sin experiencia sexual, pues el bien jurídico no es la virginidad.

Como dato a tener en cuenta, DONNA⁴¹ precisa que, para que haya acceso carnal no interesa la existencia de la *seminatio intra vas*, ya que puede considerarse consumado el acceso carnal aunque no se haya producido la eyaculación.

⁴⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob, Cit.p.117.

⁴¹ DONNA,Edgardo Albert.Ob. Cit.p.386.

2.4. La irrelevancia del consentimiento en el juicio de subsunción normativa del Art. 173°.2 del código penal como postura legislativa

El profesor NOGUERA RAMOS⁴², comentando la invalidez del consentimiento presentado por el sujeto pasivo de la acción penal punible por el art. 173° del CP, sostiene que, “La ley penal presupone que la agraviada al prestar su consentimiento en permitir la relación carnal no comprende la naturaleza antijurídica, ni los efectos éticos, sexológicos y socialmente nocivos para su persona, lo prematuro de las prácticas sexuales que pueden calar muy hondo en su psiquismo, causando alteraciones y desviaciones de la conducta y hasta producir traumas psíquicos en su personalidad psicofísica y moral”. “(...) así sea precoz o desarrollado el menor de 14 años, para la ley penal sigue siendo incapaz de comprender y entender el significado ético, social y fisiológico del acto sexual, su voluntad está viciada, su consentimiento no tiene valor legal.”⁴³ Líneas posteriores, NOGUERA sostiene que, muchas veces cuando un menor de edad tiene acceso carnal con un adulto queda una huella imborrable que difícilmente podrá olvidar; lo cual puede repercutir en su personalidad, cuando esta persona sea adulta y se tenga que relacionar con los demás en la sociedad.

Por su parte, los profesores GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR⁴⁴, señalan que bajo los postulados del artículo 173.2 del CP no solo se sanciona el acto sexual practicado mediante el uso de la violencia física o grave amenaza, sino también se reprocha el solo acto sexual sin importar si haya mediado o no consentimiento; el que

⁴² NOGUERA RAMOS, Iván. Ob. Cit. p.172

⁴³ Ibid.p.165.

⁴⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aldadino, y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Ob.Cit.p.454

de existir se tiene por no brindado; precisando que no ocurre lo mismo con el comportamiento típico del artículo 170 en el que solo se sanciona los actos sexuales no consentidos.

2.5. Supuestos de reducción de pena como postura de las decisiones judiciales que dan cuenta de la no valoración de la costumbre como supuesto de atenuación de pena al momento de establecerse la pena concreta a imponer. A propósito del control difuso

2.5.1. Posturas judiciales

Si bien, sabido es que, tratándose de sujetos pasivos menores de 14 años, el consentimiento no puede ser alegado como una causal de atipicidad, tema por demás superado a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC, del 12 de diciembre de 2012, y del Acuerdo plenario n° 4-2008-CJ/116; sin embargo, tal circunstancia no puede ser ajena a la labor judicial, y no lo ha sido, al momento de fijarse la pena a imponer, ello en tanto que, en palabras del profesor ENRIQUE BACIGALUPO⁴⁵: *“solo la pena necesaria es justa”*.

Así pues, en la sentencia Casatoria n° 335-2015-Del Santa, del 01 de junio de 2016, de carácter vinculante, la Corte Suprema de nuestro país, partiendo del hecho probado que una menor de 13 años y 25 días y un adolescente de 19 años

⁴⁵ BACIGALUPO, Enrique. “Dignidad de la persona y Derecho Penal”. En: “DOGMATICA DEL DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL Y POLITICA CRIMINAL COMTEMPORÁNEAS.Tomo I. Homenaje a Bern Schuneman por su 70° Aniversario. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera Edición. Agosto,2014, p.28.

mantuvieron relaciones sexuales consentidas, coligió 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, no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico “indemnidad sexual”, por cuanto, precisa, existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo.

Se acotó que, 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 CADH⁴⁶).

Sostuvo también que, las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que han presentado su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuando hay otras medidas perjudiciales o gravosas que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue el artículo 173.2 del Código Penal.

⁴⁶ Convención Americana de Derechos Humanos.

Premisas a partir de la cuales, y atendiendo a la relación afectiva de enamorados que existía entre los sujetos procesales, impuso al acusado una pena de 5 años de pena privativa de la libertad.

Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia, al emitir la R.N. N° 3495-2015-Ancash, del 16 de marzo de 2017, y analizar la imputación que el Ministerio Público presentó contra el ciudadano Chauca Paucar, de 22 años de edad, a quien le atribuía haber tenido relaciones sexuales con la menor de iniciales K.R.M.L., cuando esta tenía 13 años, en un lugar descampado en la parte alta del lugar denominado Wilcahuain, hecho que tipificó bajo los alcances del artículo 173° numeral 2 del Código penal, que sanciona al agente con una pena privativa de libertad no menor de 30 ni mayor de 35 años, y, bajo dicho marco punitivo, la Fiscalía requería se imponga al acusado una pena -"la llama atenuada"- de 25 años de cárcel, sostuvo que, si bien, *la actuación formal del sistema de justicia determina que Chauca Paucar sea considerado responsable del delito*⁴⁷; sin embargo, luego de valorar el conjunto de los medios de prueba y determinar que acusado y agraviada eran enamorados y que bajo dicha condición tuvieron relaciones sexuales, y que, además, habían procreado una niña y formado una relación de convivencia posterior a los hechos denunciados, sentenció que, *"Estas especiales condiciones de los hechos derivan en que el tratamiento punitivo y la situación jurídica resulte diferente (...) En consecuencia, es menester mantener la vigencia de esa unidad familiar, conforme reclama la constitución, cuando se refiere a los derechos sociales y económicos (artículo 4*

⁴⁷ Léase punto.5.5 de la R.N.N° 3495-2015-Ancash, del 16 de marzo de 2017

y siguientes)⁴⁸”; así mismo, acotó que el hecho que, “(...) *la relación sentimental se haya mantenido hasta la actualidad conviviendo como pareja y criando a la hija (formando una familia), el interés superior del niño, entre otras razones, factores o circunstancias personales del agente (...) tales como, su carencia de antecedentes penales, lugar de residencia (Centro Poblado de Wilcahuain), su ocupación (obrero), determinan la necesidad de disminuir la pena por debajo del mínimo legal e imponerla como suspendida (...)*”.⁴⁹

En suma, en palabras de la Corte Suprema, “*para no incurrir en el fácil argumento del principio de legalidad en la determinación de la pena*”⁵⁰ se acude al principio de proporcional en atención a los comportamientos humanos y sus consecuencias, y se justifica la imposición de una pena fuera del marco punitivo.

Nótese pues, que en nuestra jurisprudencia penal, el principio de legalidad en la determinación de la pena ha tenido que ceder con el fin de tutelar los postulados constitucionales ligados a las siguientes instituciones: **i) la Familia, ii) el interés superior del niño y, iii) la Pluriculturalidad** (*lugar y contexto en el cual se desarrollaban cotidianamente las partes procesales - Centro Poblado de Wilcahuain- y que motivó el acto sexual y posterior prole*); y es de esa forma, postulamos, cómo debe pensarse en legislar para a posteriori sancionar las conductas antes citadas, tanto más si las mismas son sancionadas con gran severidad al punto de alcanzar el máximo de la pena temporal que nuestra

⁴⁸ Léase punto.5.14 de la R.N.N° 3495-2015-Ancash, del 16 de marzo de 2017

⁴⁹ Léase punto.5.16 de la R.N.N° 3495-2015-Ancash, del 16 de marzo de 2017.

⁵⁰ Léase punto.5.2 de la R.N.N° 3495-2015-Ancash, del 16 de marzo de 2017

legislación prescribe (35 años); sin embargo, consideramos, y reiteramos, que la pena a imponer debe ser fijada acorde a la dañosidad ocasionada que no es tal cuando la costumbre precede al acto sexual y motiva el mismo.

Cabe precisar que “(...) el principio de proporcionalidad de la pena (*que como lo hemos expuesto recoge aspectos como la no violencia e intimidación, y el consentimiento al acto sexual*) 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.”⁵¹

A ello se suma que, dentro de un marco de resocialización debe tenerse en cuenta que, “(...) *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. Justamente, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos 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*

⁵¹ Casación N°355-2015-Del Santa, f.j. 14.

*ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor*⁵².

Mención aparte, y solo a efectos de precisión, merece, siempre bajo el análisis de la R.N. N° 3495-2015-Ancash, la respuesta que la Corte Suprema expuso a la pretensión punitiva postulada por el Ministerio Público, a la que, reiteramos, la denominó “*atenuada*”, afirmando -como respuesta- que la misma ha sido postulada “*sin analizar que las normas están concebidas en función de las necesidades de las personas y para propiciar condiciones de convivencia social idónea, por tanto determinar que la norma origine conflictos ahí donde la autocomposición de las partes determina un statu quo estable y en armonía, resulta siendo una interpretación normativa sin contenido que solo rescata la formalidad de validez de la ley*”.

Precisión que se hace para dar cuenta que la ausencia de previsión legal que faculte al juzgador imponer una pena suspendida o inferior a los 30 años (extremo mínimo), y al Ministerio Público postular una pena de la misma forma, muchas veces lo lleva a, bajo el imperio del mencionado principio de legalidad en la determinación de la pena, solicitar y a la postre castigar un hecho con una severidad desmedida, conllevando a la aplicación de la pena tasada regulada en el artículo 173°, inciso 2, del CP que estipula, reiteramos, un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de cárcel, pese a que la dañosidad del acto no es tal.

⁵² Casación N°355-2015-Del Santa, f.j. 15.

2.5.2. El control difuso, y su carácter excepcional

2.5.2.1 El control difuso: concepto y caracteres

Prescribe el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución que: “*en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*”.

La redacción de la norma precitada se conoce como control difuso de constitucionalidad de las leyes que integran nuestro ordenamiento jurídico, y cuya prerrogativa es exclusiva de los jueces que administran justicia a nombre de la nación. Ya se descartó que la misma potestad la ostenten los entes administrativos.

Se entiende por control difuso el acto por el cual el juez [incluso el propio Tribunal Constitucional, por aplicación del aforismo “*quien puede lo más puede lo menos*”] que conoce un caso en particular inaplica una ley por considerarla contraria a nuestra constitución.

No es el único instituto que existe para controlar la constitucionalidad de nuestro ordenamiento, sino que de forma paralela existe el denominado control concentrado cuya competencia es exclusiva del Tribunal Constitucional, y que se diferencia del primero, además, por sus alcances en tanto rige no solo para el caso concreto sino que expulsa del ordenamiento jurídico a la norma cuya

inconstitucionalidad o ilegalidad se declara; lo que no ocurre cuando un juez aplica control difuso para resolver un caso.

Asimismo, sobre la base del artículo 55 y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carga Magna del año 1993, se ha desarrollado, y aceptado ampliamente, un tercer tipo de control: Control de Convencionalidad. Conceptualmente podríamos definirlo como el control que pueden efectuar los jueces haciendo un cotejo entre los derechos que emanan de las normas expedidas por nuestros legisladores respecto de aquellos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte.

Ahora bien, avocándonos a lo que concierne al control difuso o también llamado desconcentrado [de origen norteamericano], hemos de decir que su uso se constituye en un aspecto de última ratio, en razón a que se parte de la presunción de que todas las normas que integran nuestro ordenamiento son constitucionales o legales, tanto por la forma como por el fondo; por tanto, no puede invocarse constantemente en el desempeño de la actividad jurisdiccional.

En ese sentido, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional norma que se hará uso del control difuso: “*siempre que ello sea relevante para resolver el fondo de la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución*”. Implica pues que se debe agotar todo tipo de juicio de ponderación e interpretación conforme a la constitución.

2.6.2.2 Toma de posición

Al respecto, como postura inicial consideramos que si bien acudir a los principios es válido, y en la práctica judicial se viene haciendo para resolver no solo casos de violación, sino también cualquier ilícito; no obstante, ante la ausencia de previsión legal que ordene valorar aquellos aspectos al momento de postularse una pena privativa de la libertad, desde el Ministerio Público, o de imponerse aquella, desde el Poder Judicial, se corre el riesgo, como se ha venido haciendo en las alzas analizadas, de sancionar al agente con una pena sobre-excesiva e irracional; pues, y en tanto los principios no forman parte del mandato imperativo que deriva del texto penal, tal proceder queda al libre pensar y valor de los mencionados operadores jurídicos, quienes si bien pueden, vía control difuso, imponer una pena por debajo de los límites previstos en la norma; sin embargo, sus efectos se limitan al caso en concreto, lo que además no implica una valoración de la costumbre en la toma de tales decisiones, sino de principio relacionados con la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.

Por ello, consideramos que redundar en la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad como sustentos válidos para llegar a imponer una pena inferior al marco punitivo abstracto previsto en la norma bajo análisis (de 30 a 35 años), no es la respuesta que pretendemos estructurar; pues, contrario a ello, buscamos, sobre la base de un análisis de las decisiones judiciales vinculadas al tema planteado, sustentar el por qué debe legislarse, de forma taxativa, supuestos de atenuación de pena vinculados a la conducta relacionada

con la descripción del delito estipulado en el art. 173.2 del CP, ello en pro de tutelar, en abstracto, a la Familia como instituto natural y fundamental de la sociedad, consagrado así en el artículo 4º de la Constitución Política del Perú, y, valorar en concreto, como se viene haciendo pero bajo un criterio de discrecionalidad y no de legalidad, la inexistencia de violencia, amenaza y consentimiento de los involucrados, que es el fiel reflejo de las costumbres propias de aquellos, la que, sin llegar a calificar un error culturalmente condicionado, merezca ser valorado para determinar la imposición de una sanción acorde con la dañosidad generada; pues, en palabras del profesor Roxin: “un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo *mediante* el derecho penal, sino también *del* derecho penal”.

Cómo solución resulta necesario, que desde el legislador, se postule incorporar de manera expresa a la costumbre como un supuesto, no de atipicidad, sino de atenuación de pena. Postura que en extenso justificaremos y desarrollaremos en un capítulo aparte.

2.5.3. Posturas doctrinarias

En la doctrina, el profesor CASTILLO ALVA⁵³, comentando el artículo 173.2 del Código penal, señala que si bien, “(...) *La norma penal no dice nada sobre la posibilidad de un tratamiento jurídico - penal diferenciado o benigno que debe recibir el autor cuando el menor consiente el hecho o lo solicite. El silencio*

⁵³ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. p.298.

de la ley debe ser entendido, tal como hace de forma correcta la doctrina de forma unánime, como una exclusión intencional por parte del legislador de cualquier relevancia del consentimiento, acuerdo o la existencia de una fáctica y real posibilidad de comprensión del acto sexual. A la ley no le interesa que estos hechos o circunstancias sucedan en la práctica con frecuencia, pues sencillamente no les concede trascendencia jurídica alguna”.

Sin embargo, considera que en, un sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo-generales que deben presidir toda construcción o planteamiento jurídico-penal nos obliga a mantener un criterio flexible y abierto 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.

Es más, el referido autor cree que el consentimiento no puede ser el único criterio o factor relevante a tener en cuenta en esta instancia y fase de aplicación del derecho penal, sino que también debe incorporarse un análisis de la edad del menor [*menos edad, menos eficacia tendrá su consentimiento*], la posibilidad de comprender el significado del acto que realiza o las circunstancias del caso como el grado de vinculación o parentesco entre el autor y el menor, el cual, en algunos casos puede dar pie a promover la confusión entre un genuino consentimiento y el temor reverencial. Queda a la prudencia y sabiduría del juez valorar y conferir su respectivo valor a cada una de estas variables.

Por su parte, los profesores SAN MARTIN CASTRO y CARO CORIA⁵⁴, mencionan que, la función interpretativa del bien jurídico, implica que las decisiones judiciales deben determinar la tipicidad según el grado de afectación de la libertad o indemnidad sexual. [Siendo que] (...) una desvinculación de las consecuencias del principio de lesividad, implica quizás una renuncia al principal instrumento político criminal para enjuiciar el Derecho penal vigente y perseguir su aplicación igualitaria en el terreno de los delitos sexuales.

A tal posición se aúnan los profesores GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR⁵⁵ quienes consideran que, “(...) si bien el fundamento de la severa punibilidad para estos delitos puede ser la ausencia de capacidad de consentir del menor o en la invalidez de éste, lo que más importa es la protección de la *indemnidad o intangibilidad sexual* del menor de catorce años; lo que implica la cautela del libre desarrollo de la sexualidad del menor, la misma que va a tener alta incidencia en el libre y adecuado desarrollo de su personalidad. (...) pueden presentarse casos de menores de 14 años (13 años, o incluso algunos supuestos excepcionales de más de 12 años) que por circunstancias especiales, pese a su minoría de edad, han logrado o llegado a desarrollar una madurez psicofísica normal, habiendo llegado a tener una idea y responsable de su sexualidad, inclusive a sostener una relación de pareja en la que incluso han logrado procrear hijos. En estos casos creemos que el bien jurídico (indemnidad sexual) realmente no se ha visto afectado, y constituiría un despropósito aplicar

⁵⁴ CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTIN CASTRO, César. Ob. Cit. pp.70-72.

⁵⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Ob, Cit. pp.442-443

la sanción penal. Claro que estos casos serán excepcionalísimos, pero no se pueden descartar de plano, pues ello implicaría imputar responsabilidad penal objetiva, la misma que está proscrita en nuestro sistema penal”. “(...) En todo caso, al estar prevista esta conducta como delito en una norma penal vigente, puede sostenerse que la conducta resulta típica o delictiva, sin embargo, puede adecuarse la pena a una magnitud mínima, que sin defraudar la expectativa normativa de la sociedad, reduzca razonablemente la severidad de la pena, que en esta materia resulta excesivamente severa”.

Es decir, el derecho penal no solo debe interpretarse a la luz de la literalidad de la norma, sino también, en base a las particularidades del caso en concreto y acorde con las pautas culturales de los sujetos involucrados, pues solo así podrá actuarse sobre la base de un derecho penal justo.

2.6. El derecho penal y la costumbre⁵⁶

2.6.1. La Costumbre

La costumbre supone una conducta general y repetida de un medio social o territorial que éste considera jurídicamente obligada, es decir que practica en la idea de estar ajustándose a una norma jurídica.

⁵⁶ Al respecto citaremos el trabajo realizado por JORGE CUEVA ZAVALETA titulado: “COLISION DE LA LEY PENAL Y LA COSTUMBRE EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A MENORES DE EDAD COMETIDOS POR LOS INTEGRANTES DE LAS COMUNIDADES NATIVAS DE LA CUENCA DEL RIO AMAZONAS”: Artículo visitado el 01 de mayo de 2018 y encontrado en : <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ec5dc80046cbc78f89b94+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+Jorge+Cueva+Zavaleta.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ec5dce80046cbc78fb68hr3c2be7>.

Costumbre, usos sociales y jurisprudencia son conceptos distintos. Así, la transgresión de la costumbre frente a los usos sociales conlleva a una responsabilidad de tipo jurídico y no de mera reprobación social. La costumbre es más que la reiteración permanente de determinadas conductas, creando en los ciudadanos una conciencia de obligatoriedad.

Existen dos elementos que forman el denominado derecho consuetudinario: el subjetivo (*el animus*), que es la voluntad de vigencia, por parte de la comunidad, hacia una conciencia o sentimiento obligacional; y otro objetivo (*el corpus*), que es la práctica suficientemente reiterada de un determinado acto.

A la costumbre la podemos identificar de manera activa cuando da origen a nuevas normas jurídicas o normas consuetudinarias; y de manera pasiva cuando extingue o pone en obsolescencia las normas jurídicas preexistentes.

2.6.2. Costumbre y ley

En cuanto a la relación que puede tener la costumbre con la ley, se distinguen tres formas: a) Costumbre *praeter legem*, que es aquella que se perfila más allá de lo establecido por la ley. No tiene validez, ya que atenta contra toda expresión del principio de legalidad. b) Costumbre *contra legem*, que actúa en forma contraria a lo establecido por la ley. *Así, si existe un conflicto entre ley y costumbre, se elegirá a la costumbre.* También se vulnera el principio de legalidad. c) Costumbre *secundum legem* (costumbre integrativa) que está en concordancia con lo expresado por la ley.

La ley se remite a la costumbre para solucionar los problemas de interpretación o vacíos que pueda encontrar el operador de Derecho. Con esta forma de costumbre se busca la concordancia con lo expresado por la ley, y con ello no se tendría ningún tipo de contrariedad con el principio de legalidad.

2.6.3. La Costumbre en el Perú

VILLAVICENCIO⁵⁷ sostiene que *“En el Perú, el derecho consuetudinario ocupa un lugar al lado del derecho Penal Formal. Si bien, la Constitución Política prohíbe toda forma de justicia paralela (con excepción de la arbitral y militar), también admite la llamada jurisdicción especial ejercida por las autoridades de las comunidades campesina y nativas con el apoyo de las rondas campesinas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario y siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. Según Villavicencio, se considera que esta concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia”*.

⁵⁷ VILLAVICENCIO F. Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley, 2006.p.148.

2.6.4. A modo de conclusión

La costumbre, por consiguiente, nunca puede ser contra legem o ir contra algún mandato normativo superior, aunque si praeter legem (actuar en ausencia de norma escrita) o secundum legem (actuar por mandato de la norma escrita).

Ello nos permite sostener que, la costumbre muy bien puede ser incorporada como un supuesto normativo que, en el contexto del problema tratado, atenúe la pena a imponer al autor cuya conducta se subsume en el artículo 173°.2 del CP, claro esta, solo en el supuesto de hecho esbozado; tanto más si, como afirma el profesor Colombiano Carlos Arturo Hernández Díaz⁵⁸, *“Las constituciones de los países no coartan la libertad del legislador y no aparece en ella precepto alguno que prohíba que la costumbre, surgida en cualquiera de los ámbitos de la vida social, pueda servir de nutriente de su concreta labor de legislar”*; labor que resulta necesaria emprender para lograr la armonización de nuestro sistema penal con las costumbres que imperan en nuestra sociedad.

⁵⁸ HERNANDEZ DIAZ, Carlos Arturo “La costumbre como fuente del Derecho”. P 7. Artículo encontrado en: http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documento/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/9carloshernandez.pdf. Visitado el 15 de mayo de 2018.

CAPÍTULO III

MARCO EMPÍRICO

CAPÍTULO III

MARCO EMPÍRICO

3.1. Análisis de las sentencias emitidas por los juzgados penales colegiados del distrito judicial de Lambayeque – Chiclayo, en casos de violación sexual de menor de edad previsto en el Art. 173°.2 del código penal

3.1.1. Preámbulo

A modo de preámbulo, las decisiones emitidas, en casos concretos y reales, por los Juzgados Penales Colegiados de la Provincia de Chiclayo, nos permitirán conocer y poner en evidencia la problemática que nos llevó a desarrollar el presente trabajo de investigación; decisiones en las que se analizan y sancionan hechos denunciados bajo los alcances del artículo 173°.2 del Código Penal.

Ahora bien, acorde a nuestro propósito de investigación, nos centraremos en analizar si, al momento de determinar la pena concreta a imponer, los señores jueces valoran o no la costumbre de los sujetos involucrados que precede y motiva el acto sexual, o si tal cuestión le es indiferente; y en defecto de ello qué es lo que tienen en cuenta para, eventualmente, imponer una pena privativa de libertad por debajo del mínimo legal.

A continuación, transcribiremos, a modo de comentario, las partes pertinentes de diez (10) sentencias condenatorias que han sido recopiladas de la Corte Superior de

Justicia de Lambayeque; muestra que denota la línea decisoria que subyace en los órganos jurisdiccionales de la Provincia de Chiclayo.

3.1.2. Muestra obtenida

CASO 01: Exp. N° 1661-2011

En el marco del expediente N° 1661-2011, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Elmer Noel Álmo Chapoñan, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales C.C. De La C.O.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque, se sostuvo que, tanto el acusado como la agraviada vivían en el **Caserío “Casa Embarrada”**, distrito de Pacora, provincia de Lambayeque, que, a la fecha de los hechos la menor tenía 13 años y ocho meses de edad, que, el hecho se suscitó en circunstancias que la agraviada se trasladaba a su colegio a bordo de la mototaxi conducida por el imputado, llegando, primero, a entablar una amistad y luego una relación de enamorados; al punto de tener relaciones sexuales hasta en cuatro oportunidades en: la casa del los abuelos, el campo y en un hotel, producto de las cuales la menor quedó embarazada y dio a luz a un niño cuya paternidad fue declarada por el acusado.

El Ministerio Público solicitó que se imponga al acusado 4 años de pena privativa de libertad, argumentando que si bien en el lugar donde se suscitaron los hechos, esto

es, en el Caserío “Casa Embarrada”, distrito de Pacora, provincia de Lambayeque, existía influencia de la cultura occidental, sin embargo, *precisó*, predominaban las prácticas del incanato, es decir, el “*arreglo de las partes cuando existe embarazo*”; por lo tanto, aseveró que si bien el comportamiento del procesado no lo eximía de pena, pero sí resultaba meritorio que se le imponga una de carácter atenuada.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y la pena en la forma requerida; no obstante, el Colegiado, haciendo un control de legalidad de la pena, desaprobó el acuerdo en el extremo de la pena sosteniendo que no se había sustentado adecuadamente su rebaja por debajo de los límites inferiores al mínimo legal (30 años); consecuentemente, ordenó la continuación del juicio y delimitó el debate probatorio a: **i)** determinación de la pena, y **ii)** monto de la reparación civil.

En la actuación probatoria, se recibió, entre otras testimoniales, la declaración de la agraviada, quien, entre otras cosas, sostuvo que si la dejasen contraería matrimonio con el padre de su hijo (acusado).

Ahora bien, al momento de determinar la pena concreta a imponer, el Colegiado acogió los principios de lesividad y proporcionalidad, e impuso al acusado Elmer Noel Álmo Chapoñan, nueve (09) años de pena privativa de la libertad, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales C.C. De La C.O., ordenando su inmediata internación en el establecimiento penitenciario de Chiclayo, ex Picsi.

CASO 02: Exp. N° 3275-2013.

En el marco del expediente N° 3275-2013, el Juzgado Penal Colegiado Vacacional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Edwin A. Correa Correa, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales D.V.H.R.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo, se sostuvo que, acusado y agraviada vivían en el **Caserío “La Ramada”**, distrito de Llama, Cajamarca, que, a la fecha de los hechos la menor tenía más de 13 años de edad, que, las relaciones sexuales se suscitaron en la vivienda del procesado; hechos por los que la Fiscalía solicitó que se imponga al señor Edwin A. Correa Correa 30 años de pena privativa de libertad.

En la actuación probatoria, se recibió, entre otras testimoniales, la declaración de la agraviada, quien, entre otras cosas, sostuvo que el imputado es su enamorado, que, ambos viven en el Caserío “La Ramada”, que, es un pueblo grande donde, además de residir, se encuentra situado su centro educativo. Por su parte, el imputado sostuvo que en su Comunidad existen familias formadas con mujeres menores de 14 años, las que son “robadas” para luego pedir su mano.

El Colegiado, al momento de determinar la pena concreta a imponer, se sustentó en los principios de lesividad, proporcionalidad humanidad y en los fines preventivos especiales de la pena, e impuso al acusado Edwin A. Correa Correa, ocho (08) años

de pena privativa de la libertad y ordenó su inmediata internación en el establecimiento penitenciario de Chiclayo, ex Picsi.

CASO 03: Exp. N° 500-2013

El Primer Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Elmer Meister Torres Reyes, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales Y.Y.Z.T.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de Olmos, se sostuvo que, acusado y agraviada eran enamorados, que, ambos se pusieron de acuerdo para ir al cuarto del procesado y mantener relaciones sexuales, que, solo mantuvieron una relación sexual, que, no hubo violencia ni amenaza, que, se la relación sexual fue consentida, que, la edad del acusado a la fecha de los hechos era de 19 años y 11 meses; hechos por los cuales, el Ministerio Público, amparándose en los principios de idoneidad, proporcionalidad, necesidad, resocialización y humanidad, solicitó que se imponga al acusado Torres Reyes 20 años de pena privativa de libertad, esto es, por debajo del mínimo legal (30 años).

Ante los alegatos iniciales de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y la reparación civil, pero no la pena de 20 años que se requería; motivando a que el Colegiado ordene la continuación del juicio delimitando el debate probatorio, únicamente, a la determinación de la pena.

Luego del debate probatorio, y convenciones probatorias realizadas, el Colegiado acogió los principios de lesividad proporcionalidad y resocialización, e impuso al acusado Elmer Meister Torres Reyes, doce (12) años de pena privativa de la libertad, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales Y.Y.Z.T., y ordenó su inmediata internación en el establecimiento penitenciario de Chiclayo, ex Pisci.

CASO 04: Exp. N° 0329-2012

El Juzgado Penal Colegiado Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el marco del expediente N° 0329-2012, procesó al señor José Braulio Farroñan Suclupe, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales M.J.G.D.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque, la menor agraviada habría sido violada y sometida a mantener relaciones sexuales desde los 13 años, hecho que fue denunciado ante la PNP de Mórrope; sin embargo, nunca fue procesado pese a existir un Certificado Médico Legal N° 000013-DCLS; por el contrario, el Juez de Paz de Mórrope celebró un Acta de Transacción donde se acordaba que el acusado no molestaría a la menor, lo que ha incumplido, pues volvió a abusar sexualmente de ella, quien a la fecha de presentación de la denuncia se encontraba en estado de

gestación; hechos por los cuales solicita que se imponga al acusado Farroñan Suclupe 30 años de pena privativa de libertad.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y arribó un acuerdo en cuanto a la pena requerida; reconoció que mantuvo relaciones sexuales con la agraviada, con quien convive y tiene un hijo de nombre Edgar Farroñan Gómez; motivando a que el representante del Ministerio Público reformule su pretensión penal, e invocando los principios de proporcionalidad, culpabilidad y lesividad, requiera que se imponga al procesado 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución.

El Colegiado, acogiendo los principios citados, aprobó la conclusión anticipada del juicio, e impuso al acusado José Braulio Farroñan Suclupe cuatro (4) años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba de tres (3) años, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales M.J.G.D.

CASO 05: Exp. N° 7149-2012

En el expediente N° 7149-2012, el Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Cesar Armando Chávez Ortiz,

por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales K.Z.V.L.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Primera Fiscalía Penal Corporativa de Lambayeque, se sostuvo que, el denunciado mantuvo relaciones sexuales con la menor K.Z.V.L., cuando ésta tenía doce años de edad, y el acusado diecisiete; relaciones producto de las cuales procrearon un hijo; asimismo, cuando el acusado ya había cumplido dieciocho años de edad y la menor trece, han seguido teniendo relaciones sexuales y tuvieron un segundo hijo; hechos por los que el Ministerio Público solicitó que se imponga al acusado 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, en tanto que, precisó, el acusado ha aceptado los cargos desde el primer momento de la investigación, siendo además el sustento de la familia que ha conformado con la agraviada; además, de invocar el principio de proporcionalidad.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y la pena en la forma requerida; teniendo en cuenta ello, el Colegiado, haciendo un control de legalidad de la pena, aprobó el acuerdo de conclusión anticipada; imponiendo, sobre la base de los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, y señalando que el Poder Judicial no está para generar conflictos y que el acusado no tiene antecedentes, tiene un bajo grado de educación y las relaciones sexuales con la menor han sido producto de una relación sentimental, impuso al acusado César Armando Chávez Ortiz, cuatro (04) años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su

ejecución por el periodo de prueba de dos años, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales K.Z.V.L.

CASO 06: Exp. N° 5815-2013

En el expediente N° 5815-2013, el Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Vicente Inga Suyón, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales L.A.Y.V.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Fiscalía Penal Corporativa de Motupe, la menor agraviada, quien reside en el **Caserío Pampa de Lino**, distrito de Jayanca, provincia de Lambayeque, en febrero de 2012, cuando tenía 12 años de edad, ha mantenido relaciones sexuales con su enamorado Vicente Inga Suyón; producto de la cual salió embarazada y ha dado a luz a un niño, y desde dicha fecha, tanto acusado y la menor han formado una familia y conviven; hechos por los cuales el Ministerio Público solicitó que se imponga al acusado 10 años de pena privativa de libertad.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y acordó, con el representante Fiscal, la imposición de una pena de cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución, por el periodo de prueba de tres años.

Se recibió la declaración de la menor quien dio a conocer que las relaciones que mantuvo con el procesado fueron voluntarias, pues eran enamorados, fruto de las cuales ha nacido su hijo Ángel Moisés Inga Yamunaque; asimismo, indicó que ha formado una familia con el acusado con quien vive en la casa de su madre, ocupándose de la manutención de la familia; hechos que fueron ratificados por la madre de aquella.

Teniendo en cuenta ello, el Colegiado, haciendo un control de legalidad de la pena, aprobó el acuerdo de conclusión anticipada, y acogiendo los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, impuso al acusado Vicente Inga Suyón, cuatro (04) años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales L.A.Y.V.

CASO 07: Exp. N° 2959-2011

En el expediente N° 2959-2011, el Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Dionicio Gómez Díaz, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales E.V. De la C.C.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ferreñafe, la menor, natural del **Centro Poblado Moyan**,

distrito de Incahuasi, provincia de Ferreñafe, conoció al acusado el mes de julio de 2010; éste conducía una mototaxi en la que trasladaba a la menor a su centro educativo; que, en el mes de octubre de 2010 inició una relación sentimental, marco en el que sostuvieron, de manera consentida, relaciones sexuales hasta en cuatro oportunidades, siendo la primera vez en diciembre de 2010 y la última en mayo de 2011; producto de la cuales quedó embarazada y actualmente, con el acusado, son padres de una menor de 6 meses de edad, y han formado una familia; hechos por los cuales el Ministerio Público solicitó que se imponga al acusado 5 años, 4 meses de pena privativa de libertad.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y acordó con el Ministerio Público la imposición de una pena de 4 años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución.

El Colegiado, haciendo un control de legalidad de la pena, aprobó el acuerdo en los términos propuestos, y acogiendo los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, impuso al acusado Dionicio Gómez Díaz, cuatro (4) años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba de dos (2) años, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales E.V. DE LA C.C.

CASO 08: Exp. N° 4512-2012

En el marco del expediente N° 4512-2012, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Elis Eberth Mio Sánchez, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales S.J.G.P.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Motupe, la menor y el acusado mantienen una relación convivencial en el **Caserío Mondragón, distrito de Motupe**, conocido y asentido por los padres de aquella; en dicho contexto, han mantenido relaciones sexuales desde enero hasta julio del año 2010, producto de las cuales quedó embarazada, motivando a que con fecha 31 de mayo de 2011 sea trasladada al Hospital de Belén de Lambayeque, porque se encontraba con inicios de parto; hecho que fue puesto de conocimiento por los galenos del aludido nosocomio, y por los cuales la Fiscalía solicita que se imponga al acusado 8 años de pena privativa de la libertad.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y acordó con el Ministerio Público la imposición de una pena de 4 años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 3 años.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y la pena en la forma

requerida; teniendo en cuenta ello, el Colegiado, haciendo un control de legalidad de la pena, aprobó el acuerdo de conclusión anticipada en los términos propuestos, y señalando que en el presente caso las relaciones sexuales se han dado dentro de un marco de enamoramiento, sin violencia, siendo que incluso el acusado ha asumido la manutención de la agraviada y de la prole, además se citan los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, impuso al acusado Dionicio Gómez Díaz cuatro (4) años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba de tres (3) años, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales S.J.G.P.

CASO 09: Exp. N° 2368-2010

En el marco del expediente N° 2368-2010, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Segundo Rolando Huamán Campos, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales M.V.V.M.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de Cayaltí, la menor y el acusado mantienen la primera relación sexual el 7 de octubre de 2010 en la **localidad de Cocmolache, distrito de Bambamarca**, las que han continuado en el **Caserío Coján Bajo**, distrito de Cayaltí; producto de las cuales han procreado a una niña; se precisa que entre acusado y agraviada yace una relación convivencial; hechos por los que la Fiscalía solicita que se imponga al

señor al señor Segundo Rolando Huamán Campos 20 años de pena privativa de la libertad.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y acordó con el Ministerio Público la imposición de una pena de 4 años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 3 años.

El Colegiado, haciendo un control de legalidad de la pena, aprobó el acuerdo en los términos propuestos, y señalando que en el presente caso las relaciones sexuales se han dado dentro de un marco de enamoramiento, impuso, bajo los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, cuatro (4) años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba de tres (3) años, al señor Segundo Rolando Huamán Campos, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales M.V.V.M.

CASO 10: Exp. N° 7211-2011

En el expediente N° 7211-2011, el Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, procesó al señor Ricarte Rayi Mondragón Dávila, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales R.T.M.M.

Que, de acuerdo a la tesis de imputación presentada por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ferreñafe, se sostuvo que, cuando la menor tenía 12 años de edad y vendía champú en el **Caserío Santa Clara, distrito de Pítipo**, conoció al acusado Mondragón Dávila, y desde febrero a julio de 2009 fueron enamorados; marco en el que comenzaron a tener relaciones sexuales, procreando a la niña Jesenia Mondragón Risco, e iniciaron una relación convivencial; hechos por los cuales, la Fiscalía solicitó que se imponga al acusado 22 años de pena privativa de la libertad.

Escuchados los alegatos de la Fiscalía, la defensa del acusado optó por arribar a la conclusión anticipada del juicio, y como tal, aceptó los hechos y acordó con el Ministerio Público la imposición de una pena de 4 años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 3 años; precisando, el procesado, que ha procreado una niña de un año con la agraviada y actualmente ambos viven juntos.

El Colegiado, haciendo un control de legalidad de la pena, aprobó el acuerdo en los términos propuestos, y acogiendo los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, así como el juicio de idoneidad y necesidad, impuso al acusado Ricarte Rayi Mondragón Dávila, cuatro (04) años de pena privativa de la libertad efectiva, convertida a doscientos ocho jornadas de prestación de servicios comunitarios, por la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, en agravio de la menor de iniciales R.T.M.M.

3.1.3. Análisis de las decisiones judiciales

Que, el común denominador de las 10 sentencias mencionadas, dan cuenta de la existencia de relaciones sexuales consentidas derivadas de una relación sentimental, entre una mayor de edad y una menor de 14 años, quienes a consecuencia de las mismas han procreado hijos y formado familias.

Que, las denuncias fueron puestas a conocimiento del Ministerio Público, en la mayoría de los casos, por los padres de la menor; y solo en uno por los médicos del Hospital Belén de Lambayeque.

Que, bajo dicho marco fáctico, el Colegiado ha impuesto, en el primer caso, una pena privativa de la libertad de 9 años; 8 años en el segundo, 12 en el tercer caso, y en los 7 expedientes restantes ha optado por imponer penas privativas de la libertad, pero suspendidas en su ejecución, de 4 años sujetando al condenado a sendas reglas de conducta.

Que, para imponer penas por debajo del mínimo legal, el Colegiado ha acudido a los principios de proporcionalidad, lesividad, razonabilidad, humanidad y resocialización de las penas.

Que, pese a que las relaciones sexuales han acontecido en los lugares de: Caserío “Casa Embarrada”, distrito de Pacora, Caserío “La Ramada”, distrito de Llama, Caserío Pampa de Lino, distrito de Jayanca, Centro Poblado Moyan, distrito de Incahuasi, Caserío Mondragón, distrito de Motupe, localidad de Cocmolache, distrito

de Bambamarca, y el Caserío Coján Bajo, distrito de Cayaltí, en ningún caso se ha analizado el entorno constumbrista de los involucrados en el acto sexual, sea para postular la pena (Ministerio Público), o para imponer la misma (Poder Judicial).

Mención particular merece la pretensión punitiva de la Fiscalía en el primer caso, en el que la representante del Ministerio Público, sin desmerecer la imposición de una sanción penal, justificó su postulación punitiva por debajo de los límites inferiores al mínimo legal (30 años), alegando que en el Caserío “Casa Embarrada” predominaban las prácticas del incanato, es decir, el *“arreglo de las partes cuando existe embarazo”*; por lo tanto, aseveró que si bien el comportamiento del procesado no lo eximía de pena, pero sí resultaba meritorio que se le imponga una de carácter atenuada.

Mientras que en los casos 2, 3 y 4, el Ministerio Público postuló la imposición de 14 años, 20 y hasta 30 años de pena privativa de libertad. En el caso 6, 10 años de pena privativa de libertad, en el 7, 5 años y 4 meses de pena privativa de libertad, en el 8, 8 años de pena privativa de la libertad, en el 9, 20 años de pena privativa de la libertad, y en el décimo caso, 22 años de pena privativa de la libertad. Y, sólo en el caso 5 la Fiscalía, citando los principios de proporcionalidad, lesividad y razonabilidad, solicitó que se imponga al procesado 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución.

Se acentúa por tanto, la posición carcelaria del Ministerio Público para casos como el presente; lo que no obstante, ante la aceptación de hecho por parte del imputado, ha motivado que dosifique su postulación pecuniaria para cuyo propósito, además de

analizar el contexto en el cual se suscitaron las relaciones sexuales, acudió a los principios de proporcionalidad, lesividad, razonabilidad y necesidad de pena.

El Colegiado, por su parte, para poder imponer penas por debajo del mínimo legal, esto es, de 30 años de pena privativa de la libertad, ha tenido que recurrir a los principios de proporcionalidad, lesividad, razonabilidad y necesidad, para vía control difuso (que sólo tiene efectos para el caso en concreto) inaplicar el marco punitivo abstracto de 30 a 35 años de pena privativa de libertad previsto en el artículo 173°.2 del Código penal; solo así podía imponer penas inferiores a 30 años (extremo legal mínimo).

En ningún caso el Colegiado puso atención a la zona geográfica en la que acontecieron las relaciones sexuales, y, eventualmente, a las costumbres de los sujetos involucrados para disminuir las penas acorde con la realidad socio jurídica de aquellos.

CAPITULO IV

COMPROBACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE

LA HIPÓTESIS

CAPITULO IV: COMPROBACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. Contrastación de la hipótesis

La hipótesis con la que trabajamos y que ahora resulta verificada, es la siguiente:

Si se estableciera por el legislador penas, en los delitos de violación sexual en las que se distingan las costumbres, entonces éstas pueden ser disminuidas acorde con la realidad socio jurídica.

Pues, realizada la investigación se ha llegado a establecer que el juzgador, al momento de determinar la pena concreta a imponer, no pone atención a aquello que guio y precedió el acto sexual, básicamente, y a esto nos referimos, a la costumbre; le es indiferente la zona geográfica en la que acontecieron las relaciones sexuales y el entorno cultural de los pueblos.

Por lo que, si se estableciera por el legislador penas, en los delitos de violación sexual en las que se distingan las costumbres, entonces éstas pueden ser disminuidas acorde con la realidad socio jurídica, en tanto se constituirían en la base normativa aplicable al caso concreto para morigerar la dosis de pena a imponer, sin la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del marco punitivo previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, y por ende, sin necesidad de recurrir a los principios de proporcionalidad, lesividad, razonabilidad y necesidad, los que, como se ha

evidenciado, no garantizan la imposición de una pena acorde al hecho cometido, que, a nuestro parecer, siempre debe tener la calidad de suspendida.

Si bien acudir a los principios es válido, y en la práctica judicial se viene haciendo para resolver no solo casos de violación, sino para cualquier ilícito, también lo es que ante la ausencia de previsión legal que ordene valorar a la costumbre como un supuesto de atenuación de pena al momento de postularse una pena privativa de libertad, desde el Ministerio Público, o de imponerse aquella, desde el Poder Judicial, se corre el riesgo, como se ha venido haciendo, de requerirse la imposición de penas irracionales que muchas veces es aceptada por el juzgador; en tanto que, ante la ausencia de previsión legal que norme a la costumbre como un supuesto de atenuación, tal proceder queda al libre pensar y valorar de los operadores jurídicos.

Por tanto, la hipótesis que guio el presente trabajo de investigación y que nos planteamos contrastar, ha sido demostrada; y es sobre dicha base que postulamos, como solución al problema, *la necesidad de incorporar taxativamente a la costumbre como un supuesto de atenuación de pena cuando aquella precede el acto sexual practicado, por un mayor edad, con una menor cuya edad oscila entre los 13 años de edad y menos de 14*; propuesta que a continuación desarrollamos.

4.2. La necesidad de incorporar taxativamente a la costumbre como un supuesto de atenuación de pena cuando aquella precede el acto sexual practicado, por un mayor edad, con una menor cuya edad oscila entre los 13 años de edad y menos de 14

4.2.1 Justificación de la propuesta planteada

En principio, el planteamiento legislativo que de *lege ferenda* postulamos, no pretende incorporar nuevos elementos normativos o descriptivos en el artículo 173°.2 del Código penal, o, en extremo, modificar los ya existentes; pues, de cada uno de los capítulos que se han desarrollado a través del presente trabajo de investigación, se puede advertir nuestra férrea conformidad con la técnica legislativa desarrollada por el legislador penal, que acertadamente dosifica la pena abstracta a imponer en base a la edad del sujeto pasivo; así pues, mientras menor sea la edad de aquel, mayor será el marco punitivo dentro del cual ha de determinarse la pena concreta a imponer al sujeto activo; aquello, consideramos, debe mantenerse incólume.

La esencia de nuestra postura, y aquí ponemos énfasis, pasa por establecer un supuesto de atenuación de pena, no en todos los casos, sino solo en aquellos en los que el acto sexual, en principio punible, practicado con una menor cuya edad oscila entre los 13 años de edad y menos de 14, se produce en el marco de un patrón cultural que rige y precede el actuar de los involucrados; es decir, forma parte de un querer propio y socialmente aceptado, en tanto no es visto como una acción aberrante o distante a los patrones culturales que rigen el actuar y modo de vida de los sujetos que integran aquel grupo humano.

Pero, ¿Por qué debe atenuarse la pena en tales casos? Expliquemos:

Cuando las decisiones judiciales son el resultado de un procedimiento que desconoce el entorno pluricultural dentro del cual nos desarrollamos y entendemos la vida en sociedad, genera, lo que hemos llamado, la COLISIÓN ENTRE EL SISTEMA PENAL Y LAS COSTUMBRES, la que como tal merece una respuesta por parte de nuestro legislador en tanto creador de normas en pro de la identificación de aquellos con el sistema nacional de justicia; pues, la aplicación aislada de un sistema jurídico penal, conlleva, muchas veces, a imponer sanciones que no se ajustan, ni con la realidad dentro de la cual se desenvuelven los sujetos involucrados, ni con la dañosidad del bien jurídico que se busca proteger a través del ius puniendi.

En la práctica, que tiene como soporte a la ley, la colisión se ha acentuado porque al valorarse una conducta bajo los alcances del artículo 173° inciso 2 del Código penal, no se analiza la forma y circunstancias bajo las cuales se suscitó el acto sexual; simplemente se lleva a cabo una aplicación mecánica de la norma; lo que ha conllevado a que se impongan penas irracionales que se sustentan, ciñen y justifican en la literalidad del tipo penal ligado a su extremo punitivo.

La realidad, y nuestra experiencia en la práctica judicial, nos enseña y muestra que no todos los casos son iguales, por más que tipifiquen la misma conducta penal, son las circunstancias y contextos de comisión que permiten al operador jurídico diferenciarlos; por lo tanto, cuando de imponer una pena se trate, es

importante sopesar los hechos concretos que si bien es cierto merecen ser reprochados, pero también lo es que no en la misma forma y magnitud.

En dicho contexto, nuestra postura parte de la siguiente distinción:

No es lo mismo que la agresión sexual, que se pretende sancionar, haya sido cometida mediante violencia, amenaza y sin el consentimiento del sujeto pasivo, que realizar el mismo acto sin el uso de tales medios y mediando el consentimiento de aquel; pues, se tratan claramente de dos situaciones fácticas, si bien normativamente iguales (por la literalidad de la norma), pero que en el campo de la reprochabilidad penal deben ser valoradas y tratadas de forma disímil, y por tanto, sancionadas en grados de severidad dispar, acorde con el nivel de afectación del bien jurídico (*indemnidad sexual*) que la norma (*artículo 173°.2 del Código penal*) busca tutelar.

Sostener que el acto sexual fue practicado como consecuencia del ámbito cultural en el que interactúan los sujetos, nos permite afirmar que en su consumación estuvieron ausentes los actos de violencia o amenaza, y que incluso en la realización del mismo medió el pleno consentimiento del sujeto pasivo.

Cuando se habló de la razón de punición de la conducta prevista en el artículo 173°.2 del Código penal, se pudo advertir que la finalidad teleológica de la norma penal que pune los delitos contra la indemnidad sexual, tiende a evitar consecuencias nefastas en el desarrollo psicosexual de los menores de edad; es

decir, busca y propugna el libre desarrollo de la personalidad de aquellos, y es por eso que tal conducta, punitivamente, se sanciona hasta con el máximo de la pena temporal que prevé nuestro legislador a través del artículo 39° del Código penal; esto es, 35 años de pena privativa de libertad; incluso, se ha previsto un extremo mínimo, también alto, de 30 años; lo que, cabe precisar, no discutimos.

Sin embargo, efectuando una interpretación en contrario, válido resulta sostener que, cuando el acto sexual no genera una perturbación en el desarrollo psicosexual de la menor, por el hecho, y resaltamos, de haber sido practicado bajo el entorno costumbrista de las partes involucradas, debe optarse, siempre, por la imposición de una pena con el carácter de suspendida; y para garantizar la moderación de la pena a límites racionales, debe ser incluída -la costumbre- expresamente en el texto legal, y no dejarse al libre pensar y valorar del juzgador, en tanto la discrecionalidad, como tal, no conlleva a una imposición que obligue al juzgador a valorarla como un supuesto regulador -atenuante- en el proceso de la determinación judicial de la pena.

Nuestra postura permitirá afianzar, en muchos casos, el mandato constitucional extraído del artículo 4° de la Constitución Política que exige a la Comunidad y al Estado Peruano proteger a la Familia en tanto instituto natural y fundamental de nuestra sociedad pluricultural; familia que, conforme se ha podido evidenciar en algunos de los casos analizados, nace a partir del acto sexual que la judicatura pune con penas privativas de libertad irracionales; y que también vienen postuladas por el Ministerio Público; e ahí la necesidad y la importancia

de imponer, en extremo, penas suspendidas en salvaguarda de la célula de nuestra sociedad; y también en pro de tutelar el principio de interés superior del niño en aquellos casos en los que las relaciones sexuales alumbran a un niño.

Son estas las razones por las cuales postulados la normativización de la costumbre para morigerar la dosis de pena a imponer; regulación que no tiene óbice alguno, pues, como afirma el profesor Hernández Díaz, “*Las constituciones de los países no coartan la libertad del legislador y no aparece en ella precepto alguno que prohíba que la costumbre, surgida en cualquiera de los ámbitos de la vida social, pueda servir de nutriente de su concreta labor de legislar*”; y sobre todo porque “un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo *mediante* el derecho penal, sino también *del* derecho penal”.

Conviene precisar que a la fecha, y en tanto no existe norma expresa que lleve al juzgador a valorar la costumbre que precede al acto sexual como un supuesto de atenuación de pena, debe pensarse (los juzgadores) si el marco de sanción previsto en el artículo 173°.2 del CP debe aún prevalecer por imperio del principio de legalidad en la determinación judicial de la pena, cuando las circunstancias del caso, y pese a la edad de la menor, no conllevan a una perturbación del desarrollo psicosexual de aquella, sea porque medió su consentimiento, y porque, de forma consecuente, el acto sexual se practicó sin el empleo de medios violentos o intimidatorios, y en el marco de las costumbres propias de los involucrados, que a su vez conllevaron a la formación de una prole; en estos casos, y solo en ellos, consideramos que la respuesta del

juzgador, ante la ausencia de norma expresa (*lege ferenda*), debe sopesar tales aspectos al momento de determinar la pena a imponer, no solo al expedir sentencia de fondo, sino también, cuando de resolver los requerimientos de prisión preventiva postulados por el Ministerio Público se trate, pues solo así evitaremos caer en el ritualismo del principio de legalidad, en tanto de por medio, y como contrapeso, deben valorarse, no solo los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena vinculada a la gravedad de la conducta cometida, sino también, instituciones constitucionales como i) la Familia, ii) el interés superior del niño y, iii) la Pluriculturalidad de nuestra sociedad (costumbres); ello en tanto y en cuanto, aquellas consecuencias nocivas que el legislador a través de la norma busca prevenir, como fin preventivo general, no ha llegado a ocurrir en el mundo exterior, pese a que el supuesto de hecho ha tenido lugar. Y en tanto ello se realice se pondrá fin a la colisión entre el sistema penal y las costumbres.

Como correlato de lo esbozado, también sostenemos que, si bien la legalidad de la intervención estatal tiene en el Derecho penal una importancia capital. [Pues] Debido a la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, se considera un presupuesto indispensable para la aplicación de las sanciones penales que previamente la conducta prohibida o mandada se encuentre descrita en la ley en sentido estricto”. Sin embargo, el principio de legalidad en la determinación judicial de la penal *-no de la descripción normativa del tipo penal-*, ha de ceder cuando de imponer una pena al autor del delito previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, se trate, siempre y cuando, el acto sexual haya sido practicado

entre una menor cuya edad oscile entre los 13 de edad y menor de 14 años, bajo el imperio de las costumbres de aquellos; marco que presupone el consentimiento pleno de la menor al acto practicado, y con ello, se descarte cualquier tipo de violencia o intimidación que haya precedido a la relación sexual; hasta que se regule expresamente a la costumbre como un supuesto de atenuación de pena.

Conclusiones

Al finalizar de la presente investigación, concluimos que:

1. Las penas previstas por el legislador al sancionar los delitos contra la indemnidad sexual no hacen distinción a las costumbres a fin de disminuirlas, porque se legisla pensándose que somos parte de una sociedad monocultural, con patrones de conducta y pensamientos únicos; es decir, se piensa en legislar para una sociedad sujeta a un único patrón de conducta, lo cual no se condice con nuestra realidad pluricultural en la que nos desarrollamos; pensar que ha conllevado a que, en la práctica judicial, aplicada y vista en el marco de los delitos contra la indemnidad sexual, se impongan penas irracionales; suscitándose una colisión entre el sistema penal y las costumbres imperantes de los grupos pluriculturales que conforman nuestro Estado; las que no son atendidas al momento de implementarse las medidas político-criminales que han de regular nuestra vida en sociedad. Y como muestra de ello, es que al sobrecriminalizarse punitivamente los delitos contra la indemnidad sexual únicamente se toman en cuenta los contextos de zozobra que operaban en ciertos grupos sociales; mas no se pensó en las vicisitudes y contextos diferenciadores en que podrían ocurrir los hechos y aplicarse la ley.

2. Las penas previstas en los delitos contra la indemnidad sexual sí son irracionales pero solo en aquellos casos en los que el acto sexual, practicado con una menor cuya edad oscila entre los 13 años de edad y menos de 14, se suscita y obedece a un patrón cultural que rige y precede el actuar de los

involucrados; es decir, es parte de una querer propio, además de ser, en su entorno, socialmente aceptado, en tanto no es visto como una acción aberrante o distante a los patrones culturales que rigen el actuar y *modus vivendi* de los sujetos que integran aquel grupo humano; por lo que, imponer penas de 30 a 35 años, en tales casos, evidencia la forma irracional como a la fecha se vienen castigando tales comportamientos; irracionalidad que es el resultado de no contar con dispositivos legales que atiendan y valoren, en el plano de la determinación judicial de la pena, a un aspecto de relevancia como lo es la costumbre, cuyo reconocimiento, en el plano legal, tiene rango constitucional.

3. El juzgador, al determinar la pena a imponer en los casos de violación sexual en agravio de una menor cuya edad oscila entre los 13 años de edad y menos de 14, no tiene en cuenta las costumbres de la comunidad imperante de los sujetos involucrados; toda vez que no existe previsión legal alguna que le lleve a valorar para, en la determinación judicial de la pena, morigerar la misma a cánones racionales; lo que, en consecuencia, se hace necesario legislar para imponer reproches penales acordes con la lesión al bien jurídico protegido, y en pro de tutelar institucionales como la Familia, el principio del interés superior del niño, y el rasgo pluricultural de nuestra sociedad peruana.

4. Sí se hace necesaria la modificación del artículo 173°.2 del Código penal, pero no en lo que concierne a sus elementos normativos o descritos del tipo penal, sino, en la medida que se incorpore a la costumbre con un supuesto de atención de pena; toda vez que, a la fecha, la irracionalidad con la que se castiga

al autor de la conducta prevista en el artículo 173°.2 del Código penal, es el resultado de la ausencia de previsión legal, atribuible al legislador; y solo así se justifica, en términos, si bien legales, pero no acordes con nuestra realidad socio jurídica, la imposición de una pena que oscila entre 30 a 35 años; o en algunos casos inferior a ella, pero con el carácter de efectiva; omitiéndose atender un aspecto importante en la dosis de pena como lo es la dañosidad del bien jurídico protegido; ausencia normativa que, como se ha podido ver en el desarrollo del tercer capítulo de la presente investigación, ha conllevado al juzgador del distrito judicial de Lambayeque, a imponer una pena no acorde con el grado de lesividad del bien que tutela la norma en cuestión.

5. El marco punitivo del artículo 173°.2 del Código penal, no distingue, al determinar la pena a imponer, los casos de parejas provenientes de comunidades cuyas costumbres asienten los actos sexuales; pues, el texto de la norma en mención pune, *ad litteram*, al que *tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*, imponiéndole una pena no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años, cuando la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce; más no existe supuesto alguno de atenuación que permita morigerar la dosis de pena para casos en los que el acto sexual se suscite entre parejas provenientes de comunidades cuyas costumbres asienten los actos sexuales.

6. El juzgador no puede reducir prudencialmente la pena sin realizar un control difuso; pues para ello, *para reducir prudencialmente la pena por debajo de los 30 años –límite inferior-*, necesariamente tiene que sostener la inconstitucionalidad del marco punitivo previsto en el artículo 173°.2 del Código penal, respaldando su decisión en los denominados principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, y los fines resocializadores de la misma; sin embargo, consideramos que si bien acudir a los principios es válido, y en la práctica judicial se viene haciendo para resolver no solo casos de violación, sino para cualquier ilícito, también lo es que ante la ausencia de previsión legal que ordene valorar aquel aspecto al momento de postularse una pena privativa de libertad, desde el Ministerio Público, o de imponerse aquella, desde el Poder Judicial, se corre el riesgo, como se ha venido haciendo, de sancionar al agente con una pena sobre excesiva e irracional; en tanto que, ante la ausencia de norma expresa, tal accionar queda al libre pensar y valorar de los operadores jurídicos.

Asimismo, el recurrir al control difuso implica únicamente adoptar una decisión que vincula y resuelve el caso en concreto; más no con efectos *erga omnes*; lo que solo se logrará a través de la normativización de la costumbre como un supuesto de atenuación de pena.

Recomendaciones

1. Conforme a la propuesta de *lege ferenda*, consideramos que el artículo 173°.2 del Código Procesal Penal debe ser modificado, agregándose un párrafo bajo el siguiente tenor:

"Artículo 173. Violación sexual de menor de edad.

(...)

La pena será menor de 4 años de pena privativa de libertad y con el carácter de suspendida en su ejecución cuando el acto sexual haya practicado por una menor cuya edad oscile entre los 13 años de edad y menos de 14 sin violencia o amenaza, y sea a consecuencia de sus costumbres.

- Solo así podremos imponer penas justas y racionales, acorde a la lesividad del bien jurídico protegido por el artículo 173°.2 del Código penal, y eventualmente, salvaguardar la célula de nuestra sociedad: La familia; cuya protección es exigible tanto a la comunidad y al Estado peruano por mandato del artículo 4° de la Constitución Política, en tanto instituto natural y fundamental de nuestra sociedad. Y, ergo, solo así también lograremos armonizar nuestro sistema de justicia penal con las costumbres que imperan en nuestra sociedad.

Referencias Bibliográficas

- 1.- BACIGALUPO, Enrique. “Dignidad de la persona y Derecho Penal”. En: “DOGMATICA DEL DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL Y POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEAS”. Tomo I. Homenaje a Bernd Schunemann por su 70º aniversario. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera Edición. Agosto, 2014.
- 2.- BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “Manual de derecho penal. Parte especial”. Sexta edición. Editorial San Marcos, 2013.
- 3.- CANCHO ALARCÓN, Rafael. 2013. “La Inconstitucionalidad del Artículo 173.3 del CP en la STC EXP. N° 00008-2012-PI/TC: Entre la legitimación de Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116 y el Desprecio a la funcionalidad del principio “Constitucionalidad” de protección de bienes jurídicos”. Gaceta Penal 44 (Febrero de 2013).
- 4.- CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTIN CASTRO, César. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales”. Grijley. Primera edición. 2000.
- 5.- CASTILLO ALVA, José Luis. “Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Gaceta jurídica. Primera edición, octubre, 2012.

- 6.- CERNA RAVINES, Cristhian. “El Bien Jurídico Vida en el Derecho Penal. Ensayo, Pontificia Universidad Católica del Perú, ensayo presentado y finalista en el I Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos”. Noviembre de 2014.
- 7.- DONNA, Edgardo Alberto. “Derecho Penal. Partes Especial”, Tomo I, editorial Rubinza – Culzoni, Buenos Aires.
- 8.- GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, y DELGADO TOVAR, Walther Javier. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo II, Jurista editores, Primera edición, mayo, 2012.
- 9.- GARCIA CAVERO, Percy. “Derecho Penal. Parte General”. Segunda Edición. Jurista Editores. Marzo, 2012.
- 10.- GARCIA CAVERO, Percy. “Lecciones de derecho penal – parte general”. Editorial Grijley. 2008.
- 11.- HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Criminología y a la Política criminal”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- 12.- HURTADO POZO, José. “Manual de Derecho Penal – Parte General”. Lima. 1987.
- 13.- LATORRE, Ángel. “Introducción al Derecho”. España: Editorial Ariel Derecho, 2002.
- 14.- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis. “Curso de Teoría General del Derecho”. Editorial Ariel Derecho, 4ta edición, 1994.

- 15.- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. “Derecho Penal. Parte General”, tirant lo blanch, 8ª edición, Valencia, 2010.
- 16.- NIEVES SOLF, Ángel Roberto. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Estudio dogmático y jurisprudencial”. A&C ediciones. Primera edición, enero, 2018.
- 17.- NOGUERA RAMOS, Iván. “Violación de la libertad e indemnidad sexual”. Grijley. 2015.
- 18.- OSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta, 1986.
- 19.- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Derecho Penal Parte Especial”. Tomo II, Tercera Edición, IDEMSA. 2015.
- 20.- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “ESTUDIOS CRITICOS DE DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL. A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LOS NUEVOS TIPOS PENALES”. Primera edición, editorial Ideas. 2013.
- 21.- ROY FREYRE, Luis E. “La irracionalidad de las penas y sus correctivos jurídicos”. Desarrollado en el Libro: “Cuestiones de derecho Procesal Penal, Proceso Penal y Política Criminal”. Ara editores. 2010.

- 22.- ROXIN, Claus. “La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000.
- 23.- RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”. Décima Edición aumentada, Fondo editorial, 2009.
- 24.- SALINAS SICCHA, Ramiro. “Los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual. Doctrina y jurisprudencia“. Tercera edición. Instituto pacífico. Septiembre, 2016.
- 25.- URQUIZO OLAECHEA, José. “Límites al Derecho Penal”. En: “DOGMATICA DEL DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL Y POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEAS”. Tomo I. Homenaje a Bernd Schunemann por su 70º aniversario. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera Edición. Agosto, 2014.
- 26.- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”. Grijley. Cuarta reimpresión de la primera edición, 2013.
- 27.- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”. Lima: Grijley, 2006.
- 28.- YACOBUCCI, Guillermo J. “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”. Editorial Ábace de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. Mayo, 2012.

- http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_El_Delito_De_Violacion.pdf
- https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf.
- http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/9carloshernandez.pdf

Fuentes jurisprudenciales

- Exp. N° 00008-2012-PI/TC, del 12 de diciembre de 2012.
- Casación n° 335-2015-Del Santa, del 01 de junio de 2016.
- R.N. N° 3495-2015-Ancash, del 16 de marzo de 2017.
- Acuerdo plenario n° 1-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011.
- CONSULTA N° 3873-SAN MARTIN (paternidad y art 400 del Código Civil), del diecisiete de marzo de 2015.

ANEXOS

Anexo: objeto de muestra, estudio y análisis **(10)**

- 1.- Exp. N° 1661-2011, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 2.- Exp. N° 3275-2013, Juzgado Penal Colegiado Vacacional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 3.- Exp. N° 500-2013, Primer Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 4.- Exp. N° 0329-2012, Juzgado Penal Colegiado Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 5.- Exp. N° 7149-2012, Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 6.- Exp. N° 5815-2013, Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 7.- Exp. N° 2959-2011, Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 8.- Exp. N° 4512-2012, Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- 9.- Exp. N° 2368-2010, Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

10.- Exp. N° 7211-2011, Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.