

UNIVERSIDAD NACIONAL
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL
SUJETO ACTIVO EN RELACIONES SEXUALES
CONSENTIDAS EN MENORES EMBARAZADAS DE TRECE
AÑOS DE EDAD POR LA INEXISTENCIA DE LA
INDEMNIDAD SEXUAL EN EL PERÚ

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. Marialucero Francesca Ramírez Solís

Asesor:

Dr. Robinson Ricardo Sánchez Espinoza

Huaraz – Perú

2020

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

- | | |
|--|------------------------------------|
| Tesis | Trabajo de Suficiencia Profesional |
| Trabajo Académico | Trabajo de Investigación |
| Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014) | |

3. Título Profesional o Grado obtenido:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela, Carrera o Programa: _____

7. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

8. Estilo de Citas: _____

9. Tipo de acceso al Documento:

- Acceso público* al contenido completo. Acceso restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons*, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

12. Para ser llenado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de recepción del documento por el Repositorio Institucional:

Huaraz,

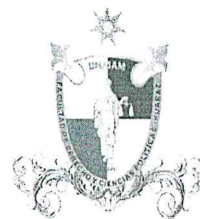
Firma:  
Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION
PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 90 – FDCCPP

MODALIDAD: SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las ocho horas del día viernes veintidós de enero del dos mil veintiuno, se presentaron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", el Jurado Calificador integrado por los docentes:

Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO : PRESIDENTE
Mag. ELEAZAR MANUEL ESPINOZA VALVERDE : SECRETARIO
DR. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA : VOCAL

Con el objeto de examinar en Acto Público, la Sustentación Oral de la Tesis, titulada: **"EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUJETO ACTIVO EN RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS EN MENORES EMBARAZADAS DE TRECE AÑOS DE EDAD POR LA INEXISTENCIA DE LA INDEMNIDAD SEXUAL EN EL PERU"**; de la Bachiller **RAMIREZ SOLIS MARIALUCERO FRANCCESCA**, para OPTAR el Título Profesional de Abogada.

Acto seguido, la Bachiller fue llamada por su nombre e invitada a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinada en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:


PROMEDIO : DIECISIETE (17).

RESULTADO : Aprobado por unanimidad.

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara: APTA**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogada. Con lo que concluye el Acto, siendo las nueve horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO
PRESIDENTE


Mag. ELEAZAR MANUEL ESPINOZA VALVERDE
SECRETARIO


DR. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA
VOCAL

DEDICATORIA

A mi papá, Willy, y a mi mamá, Reyna, quienes sacrificaron sus años de vida para ver cumplir mis metas; por ser símbolos de inteligencia, sensibilidad, probidad y amor por la vida. Así mismo, sin duda alguna, a mis tres hermanos, Cristhian, Francito y Milagritos, quienes siempre compartieron conmigo momentos inolvidables de lucha, y fueron luz en la oscuridad.

Marialucero Francesca

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo es el resultado de un trabajo en equipo. Agradezco a mi asesor, Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza, y a los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, por sus enseñanzas en la etapa de mi formación universitaria; y mis agradecimientos más sinceros a mi familia, por su apoyo incondicional.

Marialucero Francesca

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema	5
1.2 Formulación del problema	10
1.2.1 Problema general.....	10
1.2.2 Problemas específicos	11
1.3 Importancia del problema	11
1.4 Justificación y viabilidad.....	12
1.4.1 Justificación teórica.....	12
1.4.2 Justificación práctica.....	13
1.4.3 Justificación legal.....	14
1.4.4 Justificación metodológica.....	14
1.4.5 Justificación técnica	15
1.4.6 Viabilidad.....	15
1.5 Formulación de los objetivos	15
1.5.1 Objetivo general.....	15
1.5.2 Objetivos específicos	15
1.6 Formulación de la hipótesis	16
1.6.1 Hipótesis general.....	16
1.6.2 Hipótesis específica.....	16
1.7 Variables	17
1.8 Metodología de la investigación	18
1.8.1 Tipo y diseño de investigación.....	18

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes	24
2.1.1 Modelos históricos de regulación del derecho penal sexual	25
2.1.2 El bien jurídico desde la perspectiva de la “Teoría del bien jurídico”	27
2.1.3 ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?.....	30
2.1.4 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	34
2.1.5 La función sexual normal y las etapas del desarrollo psicosexual.....	34
2.1.6 El sentimiento sexual desde la perspectiva de género	36
2.1.7 Bien jurídico moral sexual colectivo.....	38
2.1.8 Intangibilidad o indemnidad sexual	38
2.1.9 Cuestionamientos a la indemnidad sexual	40
2.1.10 Investigación médico forense de los delitos contra la libertad	41
2.1.11 Teoría de la interpretación clínica de abuso sexual	43
2.1.12 Derechos que se reconocen al menor	44
2.1.13 Sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos	49
2.1.14 El interés superior del niño y adolescente en el razonamiento jurídico	49
2.1.15 Sobre el agente activo de 18-21 años de edad.....	52
2.1.16 Del concebido y derecho a la familia.....	52
2.1.17 Sobre la teoría del apego y el desarrollo positivo del concebido.....	54
2.1.18 Relación del tipo con la antijuricidad sobre el bien jurídico.....	55
2.1.19 Sentido y límites de la pena estatal	58
2.1.20 Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena.....	59
2.1.21 Sobre los efectos colaterales de la pena privativa de libertad efectiva	60
2.1.22 La manifestación del principio de proporcionalidad.....	61
2.1.23 Modificación normativa en las relaciones sexuales con menores de edad	63
2.1.24 Los acuerdos plenarios en relación a las relaciones sexuales en menores	64
2.1.25 Sobre la relación sexual en menores: realidad nacional según encuestas	67
2.1.26 Tratamiento de violación sexual en menores de edad.....	68
2.1.27 Jurisprudencia comparada.....	71
2.1.28 Criterios para valorar el hecho de las relaciones sexuales con menores....	72
2.1.29 Propuestas a considerar en la determinación de las reglas del.....	74

2.1.30 Propuesta a considerar sobre el cambio normativo en relaciones sexuales	78
2.1. Definición de términos.....	81

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios	85
3.1.1 Argumentos a favor que sustentan la postura del tesista.....	85
3.1.2 Posturas o argumentos en contra.....	98
3.2 Resultados jurisprudenciales	101
3.2.1 Jurisprudencia que sustentan la postura del tesista	101
3.2.2 Jurisprudencia en contra.....	104
3.3 Resultados normativos	104
3.3.1 Sobre la normatividad interna	104
3.3.2 Sobre el derecho comparado	109

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1 Validación de la hipótesis general.....	112
4.2 Validación de las hipótesis específicas	113
CONCLUSIONES	117
RECOMENDACIONES	119
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

RESUMEN

La investigación tuvo como finalidad argumentar la inexistencia de la indemnidad o intangibilidad sexual en las relaciones sexuales consentidas en menores de 13 años de edad, que, producto del hecho sexual, quedan embarazadas. El análisis se fundamenta en la teoría del bien jurídico en *estricto sensu*, ya que el valor indemnidad sexual no es posible considerarlo como un bien jurídico. Se pretende reconocer la libertad sexual desde los trece (13) años de edad de la progenitora, a su vez defender los derechos que el menor procreado adquiere para su libre desarrollo integral, esto es, por el interés superior del niño. Se busca uniformizar no solo la legislación peruana, sino también la jurisprudencia. Como se puede apreciar, en el Perú existe mucha inseguridad al momento de abordar las situaciones donde una menor de trece (13) años de edad consiente el acto sexual. La investigación desarrollada fue de tipo dogmático-jurídico; el método general empleado fue el descriptivo y los métodos específicos fueron la argumentación, el exegético, el dogmático y el hermenéutico; además de las técnicas del análisis documental y bibliográfica, con sus instrumentos el análisis de contenido y las fichas: textual, de comentario, de resumen y críticas, respectivamente. Los resultados del estudio apuntan a la despenalización de las relaciones sexuales consentidas en menores de trece años de edad, por ser estas titulares del bien jurídico “libertad sexual”; como se viene regulando en gran parte del mundo, conclusión a la que se llega con base en los fundamentos dogmáticos y jurídicos.

Palabras clave: bien jurídico, derechos humanos, indemnidad sexual, interés superior del niño, libertad sexual y responsabilidad penal.

ABSTRACT

The purpose of the investigation was to argue that there is no sexual compensation or intangibility in consensual sexual relations in children under 13 years of age and that as a result of the sexual act they become pregnant; This fact is based on the theory of the legal good in strict sensus, this sexual indemnity value, it is not possible to consider it as a legal good. It is intended to recognize sexual freedom from the thirteen (13) years of age of the parent, in turn defend the rights that the procreated minor acquires for their full free development, that is, in the best interests of the child. We seek to standardize not only Peruvian legislation, but also jurisprudence. As we can see, in Peru, there is a lot of insecurity when dealing with situations where a minor of thirteen (13) years of age consents to the sexual act. The research carried out was of a legal dogmatic type; the general method used was the descriptive one and the specific methods were: argumentation, exegetical, dogmatic and hermeneutic; in addition to the documentary and bibliographic analysis techniques with their instruments, content analysis and records: textual, commentary, summary and criticism, respectively. The results of the study point to the decriminalization of consensual sexual relations in children under thirteen years of age, as these are holders of the legal right: sexual freedom; as it has been regulated in much of the world, a conclusion reached on the basis of dogmatic and legal foundations.

Keywords: legal asset, human rights, sexual compensation, best interests of the child, sexual freedom and criminal responsibility.

INTRODUCCIÓN

La libertad e indemnidad sexual, doctrina difundida desde los años 80 por las corrientes italianas, ha sido determinante en muchas legislaciones para regular situaciones en donde se presenta el hecho sexual con menores edad; lo que pretende esta corriente es, a través de este mal llamado “bien jurídico de indemnidad sexual”, proteger a menores incapaces de comprender todo lo relacionado al hecho sexual, puesto que esta doctrina sostiene que aquellas(os) menores de edad, al no estar todavía en la madurez idónea, permitirles realizar el hecho sexual produciría en estos un trastornos psicológicos y físicos; así, buscan proteger los futuros daños que podría sufrir el menor. Esta teoría está muy enraizada en las corrientes de modelo de regulación sistemático de la teología moral escolástica, con aspectos básicos como la moral, la ética, la costumbre; y unida a esta surge la teoría sobre el bien jurídico moral sexual colectivo, donde se busca reprimir de manera draconiana todas aquellas situaciones de relaciones sexuales que, desde sus postulados valorativos morales, están prohibidas. Si bien esta teoría ha sido de recibo en muchas legislaciones, sin embargo se le critica a los defensores de este postulado de no tener criterios de uniformidad para determinar desde qué edad exactamente se podría considerar la protección de dicha indemnidad; también se les critica de no tener un fundamento científico, y de que sus postulados tienen fundamentos doctrinarios, que en la actualidad vienen siendo rebatidos para nuevas corrientes doctrinarias.

La investigación, cumpliendo con exigencias teóricas y metodológicas, está estructurado en los siguientes capítulos:

En el capítulo I, se presenta el planteamiento del problema, que conlleva el reconocimiento de este mal llamado “bien jurídico indemnidad sexual”, que, en el sistema jurídico peruano, aún las cosas no están muy claras; por eso, se pretende plantear algunos objetivos generales y específicos para uniformizar el aspecto normativo jurisprudencialmente, de modo que el trabajo tenga una justificación teórica, práctica y legal.

El capítulo II, enfocado en el desarrollo del marco teórico, tiene como finalidad fundamentar nuestras hipótesis. Se empieza a desarrollar las escuelas históricas de regulación del derecho penal sexual, y a través de esta se indaga en la regulación más idónea para el país. Uno de los aspectos más importantes en este apartado es el desarrollo del bien jurídico desde la teoría del bien jurídico; este postulado sostiene gran parte de nuestra hipótesis puesto que busca negar la existencia de la indemnidad sexual en relaciones sexuales consentidas en menores de 13 años de edad. Ello tiene su razón de ser en la eficacia de los derechos humanos que se han reconocido desde los mecanismos de protección de los derechos humanos, ya que negar la capacidad de elegir el libre desarrollo de la sexualidad contraviene a esos reconocimientos internacionales, que también contempla la Constitución Política del Perú, y a partir de allí se pretende situar en una mejor situación a la menor de trece (13) años de edad, que producto del hecho sexual haya quedado embarazada.

También en este capítulo se busca la correcta interpretación del interés superior de niño y cómo se debe entender en el razonamiento jurídico, y, a través de este, desarrollar un catálogo de derecho que se pretende dejar sin vigencia por buscar proteger la indemnidad sexual. Se argumenta que es necesario y urgente

replantear el concepto de indemnidad, puesto que este valor, que se pretende proteger, al momento de intervenir el *ius puniendi*, lo hace solo remitiéndose a la aplicación formal de la norma, sin tener en cuenta el trato razonable, y sin analizar el contexto de la situación, donde las sanciones penales pueden ser hasta de cadena perpetua, y los daños colaterales que producen la pena privativa de libertad. Como lo ha expresado el profesor Gracia Martín, es que se ha demostrado que las condenas superiores a los 15 años de pena privativa de libertad provocan una afectación psicológica muchas veces irreversibles, de modo que seguir sancionando conductas neutras donde no ha existido realmente un daño a un bien jurídico, manifestaría una ilegitimidad de la intervención del Estado, y además de esto se evidenciaría que esas penas muy elevadas irían contra el principio de la humanidad de las penas. Por eso a través un análisis tanto de la doctrina y de la jurisprudencia, se pretende sugerir unas reglas objetivas que permitan interpretar de manera más fehaciente la declaración de la presunta víctima y las reglas de consentimiento. Posteriormente, teniendo como modelos a los países donde vienen regulando la indemnidad sexual, se plantea oportuno presentar un proyecto de reforma normativa para corregir el artículo, 173 inc. 2 del Código Penal, que modifique, por las nuevas consideraciones sociales, la legislación vigente, y se considere el bien jurídico libertad sexual desde los trece (13) años de edad.

En el capítulo III, se plasman los resultados obtenidos de la investigación. En él se fundamenta y afirma que, regular la indemnidad sexual en menores de 13 años de edad que, producto del hecho sexual, conciban un hijo, y criminalizar este hecho, contraviene los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, tales como, por ejemplo, el derecho a la libertad sexual, el de dignidad, de identidad

e intimidad. Aplicar penas draconianas y no pensar en los efectos colaterales de la pena, pone en grave peligro no solo a las madres, sino sobre todo al concebido, ya que este último por su condición de tal, merece una protección especial y reforzada, pues, como ha expresado el informe de Convención del Niño, esta función recae en ambos padres, de manera exclusiva y privilegiada.

Finalmente, en el capítulo IV se desarrolla la discusión y la validación de las hipótesis de investigación. Con la validación las hipótesis, se pretende que el presente trabajo tenga una importancia no solo doctrinal, sino sobre toda práctica en las funciones de los operadores de justicia que día a día vienen abordando situaciones donde menores de edad de 13 años de manera consentida realizan el hecho sexual, por lo que, para el legislador como para el juez, la expresión de voluntad emitida por la menor, que se expresa en una “elección”, sigue siendo erróneamente no valorada en el sistema peruano.

Como colofón de la investigación, se presenta las conclusiones a las que se arribó en la investigación, las recomendaciones del caso y las referencias bibliográficas empleadas en el estudio, por lo que ponemos a su consideración, señores miembros del jurado.

La tesista

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

Desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 se tenía en cuenta que un derecho penal moderno debe asentarse sobre una política criminal garantista y efectivamente respetuosa de los derechos fundamentales de las personas, que solo sería posible a partir de un derecho penal mínimo; es decir, en un mínimo de intervención en la relación Estado-ciudadano. Así, para las relaciones consentidas con una menor de 14 años, el código penaba con 5 años, medida acorde con las finalidades del mismo código. Sin embargo, en la actualidad la penalidad de las relaciones consentidas por una menor de 14 años de edad (o cercanas a cumplirla) se consideran un tema controversial del derecho penal en el Perú, dado que procesados por un mismo hecho pueden recibir 5, 8, 10, 12, 20 años de pena efectiva de privación de la libertad y, en algunos casos, la cadena perpetua. Así se evidenciaría una expansión del *ius puniendi*, sobrecriminalizando relaciones sexuales consentidas con un menor de 13 o 14 años, un hecho que en buena parte del mundo ya dejó de ser un ilícito penal.

La Corte Suprema del Perú, en el Recurso de Casación N° 335-2015 del Santa, a mediados del 2016, desarrolla 4 aspectos de dogmática, con los cuales busca uniformizar criterios con respecto al problema: la ausencia de amenaza o violencia, proximidad a los 14 años del sujeto pasivo, afectación psicológica mínima y diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo. Entonces este lineamiento

jurisprudencial permitía la posibilidad real de reducir la pena incluso por debajo del límite legal.

En ese contexto, durante los años 2016-2017 y parte del 2018 los jueces no tenían problemas para resolver estos casos con penas bajas. La misma Corte Suprema emitió los R.N. N° 3300-2014-Lima, N° 415-2015-Lima, N° 768-2018-Apurimac, en donde incluso penaba estos casos con 4 años de pena suspendida. Decía la Corte que el derecho penal solo sirve para solucionar conflictos, y “si la norma penal va a originar conflictos ahí donde la autocomposición de las partes determina un *statu quo* estable y en armonía, solicitar una pena privativa de libertad de 30 años resulta siendo una interpretación normativa sin contenido que solo rescata la formalidad de la ley”.

Sin embargo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema desaprobaba y declaraba nulas estas sentencias (por la falta de motivación del control difuso, en torno a la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del CP). Así, desde el año 2017, estas sentencias han regresado a las cortes superiores con la orden de que se eleve el “quantum” de la pena. Esto originó un conflicto dentro de la propia Corte Suprema (puesto que desde el Acuerdo Plenario N°04-2016 las penas por debajo del mínimo legal se aplicaban constantemente); ante tal situación los jueces penales tuvieron que pronunciarse a través del Recurso de Casación N° 214-2018-Santa, donde las salas penales de la Corte Suprema afirmaban que, “por especialidad”, las salas constitucionales no tienen legitimidad para oponerse a criterios jurisprudenciales de índole estrictamente penal. De modo que entre las consultas de la Sala Constitucional y el Acuerdo Plenario N° 4-2016 siempre ha de prevalecer esta última.

Pese a tal pronunciamiento, que buscaba solucionar el problema, y a pesar de contar con un criterio loable en el Recurso de Casación N° 335-2015 del Santa, de carácter vinculante, se emite la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018, que deja sin efecto dicho carácter vinculante, y aquí se retoma nuevamente el problema de la ausencia de uniformidad. La misma Sentencia Plenaria afirma que no es posible, por consiguiente, crear pretoriamente circunstancias causales de disminución de punibilidad o reglas de bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria), reduciendo de esta manera, los criterios a dos: i) interés superior de niño y ii) dilaciones indebidas del proceso. Así, las penalidades siguen siendo disimiles y desproporcionadas, peor aún, estamos en una situación de inseguridad jurídica.

De esta manera, en el estado de la cuestión, jurisprudencialmente, aún existen enormes discrepancias en los criterios que deben asumir los operadores jurídicos al enfrentarse a este tipo de delito, y el problema seguirá expandiéndose si antes no determinamos qué se debe entender por el bien jurídico que se busca proteger al penalizar relaciones sexuales consentidas con adolescentes y, en especial, con adolescentes de trece años de edad (trabajo que nos compete desarrollar). En tal sentido, si entendemos que el fin o propósito de la disposición cuestionada principalmente es la protección de derecho a la indemnidad sexual (concepto que por cierto está en constante transformación y que no existe consenso y, menos, sustento científico), constituyéndose este en el bien jurídico tutelado por el derecho penal.

Por lo tanto, no se puede avanzar si es que antes no se uniformizan los criterios y se da respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Qué es el derecho a la

indemnidad sexual? ¿Acaso 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? ¿Con la adopción de dicha medida legislativa para proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual se interviene de manera injustificada y desproporcional el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del derecho a la libertad sexual? Y estas interrogantes surgen principalmente porque consideramos que la medida legislativa no ha tomado en cuenta el concepto idóneo de “bien jurídico indemnidad sexual” ni mucho menos ha valorado el consentimiento de los menores.

Para la “teoría del bien jurídico”, detrás de cualquier tipo penal existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la condición de bien jurídico, el cual es un derecho subjetivo, que debe ser valorado por la norma, de modo que, si un interés que se pretende proteger colisiona con derechos constitucionalmente reconocidos, ese interés no puede ser valorado como un bien jurídico.

Por lo descrito en el párrafo precedente, en el presente trabajo se fundamenta por qué se debe dejar sin efecto la indemnidad sexual en las relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad, puesto que si bien el legislador ha pretendido proteger un interés llamado “indemnidad sexual”, este interés al colisionar con derechos subjetivos reconocido constitucionalmente, como es el libre desarrollo de la sexualidad, el derechos a una familia integral, entro otros, este interés “indemnidad o intangibilidad sexual” no puede ser reconocida como un

bien jurídico que el derecho penal deba proteger (puesto que contraviene a la misma naturaleza de las personas, y con el libre desarrollo de su personalidad, o si en el caso de legislar sobre la indemnidad sexual, el legislador debe realizar, pero con criterios de acuerdo con las nuevas teorías o a las nuevas tendencias de la ciencia misma). De modo que el legislador no puede incriminar algo solo por el hecho que presuma que en el futuro la menor pueda sufrir traumas psicológicos, y mucho menos esa presunción debe estar por encima del interés superior del menor, en este caso del concebido.

En todo caso, lo importante es que se advierta algún vicio de la voluntad humana (violencia, coacción, intimidación, prevalimiento, etcétera), para dar por sentado un acto constitutivo de violación sexual, de manera que la infracción criminal solo puede tomar lugar cuando el consentimiento se ve quebrantado, producto de la acción violenta del agente, quien reduce las capacidades defensivas de la víctima, para así lograr el acceso carnal sexual; por otro lado, las relaciones sexuales no pueden ser percibidas desde una visión tradicional, ética o bizantina, pues al formar parte de la libertad humana, esta puede desarrollarse a través de una serie de manifestaciones.

Al tratar casos muy complejos, como son los injustos penales sexuales, es menester realizar un análisis sistemático de la situación (desde una visión material y normativa) y no remitirse a una simple aplicación formal de la norma penal. Así lo expresa también la Casación N° 472-2018-Nacional: “Una correcta válida interpretación no debe limitarse al sentido literal de la norma, sino que debe hacerse en el contexto del ordenamiento jurídico en general y de la regulación de una misma institución en otras disposiciones legales”. De este modo, que el juez no debe

remitirse a ser solo la boca que expresa la palabra de la ley, porque esto en la actualidad y, en un caso específico, se podría considerar como un uso abusivo en la aplicación de la norma y por ende del derecho; y de este modo se puede seguir la misma línea de las garantías mismas del derecho penal moderno.

En este contexto, se plantea reformular la concepción y parámetros del bien jurídico “indemnidad sexual” en los adolescentes menores de 13 años, para que este concepto sea abordado desde la teoría del bien jurídico, puesto que es la concepción que más se ajusta, y es la más idónea, a las exigencias de nuestros tiempos. Así mismo, urge revisar y darle importancia a la manifestación del consentimiento en las relaciones sexuales en menores de edad, para que a través de estos dos vectores se pueda considerar las relaciones sexuales consentidas en menores de edad hechos atípicos y antijurídicos, y se pueda eximir de toda responsabilidad penal al agente activo, y con esto asegurar el futuro bienestar del concebido. Frente a lo indicado, se plantean las siguientes preguntas.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad por inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú?

1.2.2 Problemas específicos

- ¿Cuáles son las consecuencias de la condena del padre en relación al concebido, producto de una relación consentida por una progenitora de trece años de edad?
- ¿Qué efectos produce en el ordenamiento jurídico peruano la no punibilidad de las relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad?
- ¿Cuáles son los fundamentos de la inexistencia de la indemnidad sexual en menores embarazadas producto de una relación sexual consentida?

1.3 Importancia del problema

Resulta de importancia estudiar y analizar el problema que ocasiona, no solo en la parte normativa sino también en la jurisprudencia peruana, aceptar la indemnidad o intangibilidad sexual en menores de edad desde una noción bizantina, que ha provocado un grave vacío en las situaciones en las que la menor de trece (13) años de edad en ejercicios de su libertad sexual, sin violencia ni amenaza de por medio, resultado del hecho sexual queda embarazada. Como se puede apreciar, lo único que hasta el momento han realizado tanto el legislador como los operadores jurídicos es incrementar las penas, sin considerar un análisis riguroso y sistemático sobre el tema, y, sobre todo, según los casos en particular. En el Perú, esto ha dado lugar a que se ponga en peor situación no solo a la madre menor, sino ha supuesto un peligro para la estabilidad humana del concebido, además de una condena severa de privación de libertad para el agente activo, por un hecho que en gran parte del mundo ya no se considera delito. Así, a través de este trabajo de investigación se busca uniformizar criterios, a través de una nueva formulación tanto del concepto

del bien jurídico indemnidad o intangibilidad sexual, los derechos fundamentales que ostenta toda persona (en este, la menor de 13 años de edad), y, a la vez, plantear nuevos parámetros de intervención penal, para garantizar la legitimidad del derecho penal. Asimismo, a través de un proyecto normativo se ve conveniente iniciar todo el proceso planeado. Por todo lo expuesto, la importancia del trabajo es de consideración.

1.4 Justificación y viabilidad

1.4.1 Justificación teórica

El trabajo de investigación tiene su justificación teórica porque es necesario que el bien jurídico “indemnidad sexual” en menores de 13 años sea revisado y modificado desde la “teoría del bien jurídico”.

En esa misma línea, también se plantea que el concepto de *libertad sexual* debería asumir nuevas perspectivas, desde las teorías modernas, que definen el consentimiento en menores de edad, de la función sexual normal desde la concepción psicosexual, y también desde la correcta interpretación del interés superior del niño y el nuevo criterio en el razonamiento jurídico.

También el trabajo se justifica teóricamente porque tiene como finalidad establecer si deben ser punibles las relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años, que producto de ello procrea a otro menor. Asimismo, se pretende orientar la intervención del derecho penal desde sus principios básicos como mínima intervención, fragmentariedad, y a través de estos realizar una adecuada ponderación, analizando sistemáticamente caso por caso, con una nueva perspectiva

de la finalidad de la pena, para evitar los efectos colaterales negativos que influyen directamente a la madre menor como al concebido.

También se analiza el derecho comparado para establecer por qué se debe de despenalizar este hecho, puesto que en gran parte del mundo la libertad sexual empieza a reconocerse desde los doce (12) años de edad, cuando existe el consentimiento; es decir, la manifestación de voluntad por parte del menor que acepta sin que exista violencia ni amenaza, con lo que se estaría garantizando sus derechos a la libre disposición de su sexualidad, de dignidad, de su libre desarrollo de su personalidad, a la igualdad de la ley penal, entre otros.

Y, por último, se busca uniformizar criterios doctrinarios y dogmáticos a través de una propuesta normativa.

1.4.2 Justificación práctica

El presente trabajo tiene una justificación práctica, puesto que brinda una herramienta a los operadores de justicia, para que tengan en cuenta, los derechos y el interés superior del concebido, cuando su padre es sancionado con pena privativa de libertad, producto de una relación sexual consentida que mantuvo la madre.

En la situación actual, se puede apreciar que en el Perú, hay padres condenados con una pena privativa de libertad efectiva porque mantuvieron relaciones sexuales consentidas con un menor de trece años, que como producto del hecho resulta embarazada; pero el dilema está en el hijo, producto de esa relación; por ende, consideramos que se debería de despenalizarse tal situación, porque afecta gravemente de manera irreversible los derechos fundamentales del concebido, y en lugar de poner en una buena situación a la madre, la coloca en una

peor situación. De modo que no es proporcional la medida de 25 o 30 años de cárcel, puesto que se ha demostrado científicamente que la permanencia por más de 15 años en las cárceles causa trastornos psicológicos irreversibles en el reo, lo que contraviene a la resocialización del condenado.

De esta forma, los resultados obtenidos de este trabajo de investigación ayudan a esclarecer el tipo penal de violación sexual de menores de trece años, cuando existe el consentimiento y, producto de ello, la menor queda embarazada, negando, así, la existencia de la indemnidad o intangibilidad sexual en menores de 13 años de edad.

1.4.3 Justificación legal

La presente investigación se fundamenta en las siguientes normas legales:

- Constitución Política del Perú 1993.
- Ley Universitaria N° 30220.
- Ley General de Educación N° 28044 y su modificatoria N° 25212.
- Estatuto de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Reglamento de Grados y Títulos de la UNASAM.
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP de la UNASAM.

1.4.4 Justificación metodológica

Se emplearon los pasos establecidos por la metodología de la investigación científica, en general, y los de la metodología de la investigación jurídica, en particular, y, a través de sus diferentes etapas, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el diseño de investigación propio de esta investigación.

1.4.5 Justificación técnica

El presente trabajo de investigación contó en el nivel técnico con el uso del soporte *Microsoft Office 2010*; a nivel metodológico, con el manejo básico y la ayuda del asesor de tesis, que conoce el proceso de investigación científica y jurídica; asimismo, a nivel bibliográfico, con acceso vía física y digital a las bibliotecas jurídicas de la zona y del país.

1.4.6 Viabilidad

El presente trabajo de investigación contó los recursos económicos y, a partir de ello, con la viabilidad económica, financiada por la autora.

1.5 Formulación de los objetivos

1.5.1 Objetivo general

Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para la exclusión como responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad, por inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú.

1.5.2 Objetivos específicos

— Describir cuáles son las consecuencias de la condena del padre en relación al concebido producto de una relación consentida por una progenitora de trece años de edad.

- Analizar los efectos que produce en el ordenamiento jurídico peruano la no punibilidad de las relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad.
- Explicar los fundamentos de la inexistencia de la indemnidad sexual en menores embarazadas producto de una relación sexual consentida.

1.6 Formulación de la hipótesis

1.6.1 Hipótesis general

Los fundamentos jurídicos para la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad por inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú, fundadas en la acción atípica de la relación sexual libre y voluntaria con menores de trece años de edad, y, por ende, del vínculo sentimental tolerado socialmente en mérito al garantismo jurídico, son:

- La negación del bien jurídico “indemnidad sexual” en relaciones sexuales consentidas por menores embarazadas de trece años
- La garantización del libre desarrollo de la sexualidad.
- El derecho del concebido a una familia natural
- La garantización de la permanencia del interés superior del concebido

1.6.2 Hipótesis específica

- 1) Las consecuencias de la condena del padre en relación al concebido son la inestabilidad familiar del concebido, así como la repercusión negativa directa al

hijo, como la privación del acompañamiento y formación de la figura paternal en el menor, por lo que se vulnera el interés superior del niño.

- 2) El efecto que produce la no punibilidad es que va acorde con los principios garantistas del derecho penal moderno (ultima ratio, pro homine entre otros), y a la vez brinda una mayor seguridad jurídica en la regulación de relaciones sexuales consentidas con menores de trece años de edad, evitándose condenas desproporcionadas.
- 3) Los fundamentos de la existencia de la indemnidad sexual, en menores embarazadas por su consentimiento, se apoyan en la “teoría del bien jurídico” y permite ejercer los derechos sexuales de la menor; y al mismo tiempo, se busca brindar mayor protección al concebido.

1.7 Variables

1.7.1 Independiente (X)

Exclusión de la responsabilidad penal del sujeto activo en las relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años.

Indicadores

— Ausencia de culpabilidad

— Ausencia de antijuricidad

1.7.2 Dependiente (Y)

Inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú.

Indicadores

- Presencia de capacidad física para ejercer su derecho a orientar su vida y libertad sexual
- Presencia de capacidad física para ejercer su derecho a decidir su vida y libertad sexual
- Presencia de capacidad psíquica para ejercer su derecho a orientar su vida y libertad sexual
- Presencia de capacidad psíquica para ejercer su derecho a decidir su vida y libertad sexual

1.8 Metodología de la investigación

1.8.1 Tipo y diseño de investigación

1.8.1.1 Tipos de investigación

Correspondió a una investigación dogmático-normativa. La investigación dogmática es fundamentalmente un trabajo documental, en el que se manejan una cadena de conceptos, juicios y argumentaciones que se validan a partir de su conformidad o no con las reglas lógicas fundamentales que son definitorias para tener un criterio de verdad relativo. La validación de este tipo investigación se realiza en el ámbito conceptual, donde se comparan afirmaciones, argumentos, razonamientos para validar el verdadero; además, se desarrolló la investigación jurídico-propositiva, que permitió comprender, ampliar y profundizar conocimientos sobre el tema de investigación planteado.

1.8.1.2 Tipo de diseño de investigación

Correspondió al diseño no experimental, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente; además no se tuvo grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

1.8.1.3 Diseño general

Se utilizó el diseño transeccional o transversal, cuyo propósito fue recopilar información del hecho jurídico materia de estudio en un momento determinado (único). Su finalidad fue describir las variables y analizar su influencia e interrelación.

1.8.1.4 Diseño específico

Se empleó el diseño descriptivo-explicativo, ya que se estudió los factores que generan sanciones problemáticas dentro de un determinado contexto, para poder explicar el comportamiento de las variables de estudio

1.8.1.5 Métodos de investigación

Se utilizaron los métodos siguientes

Método dogmático. Este método se empleó en la investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas; al mismo tiempo, se orientó al estudio de la doctrina jurídica especializada, con la finalidad de realizar abstracciones (inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con el propósito de mejorar los aportes

de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del derecho y realizar construcciones correctamente estructuradas y para su revisión y empleo. En el caso de esta investigación se tuvo en cuenta el estudio de criterios jurídicos y dogmáticos para determinar la exclusión de la responsabilidad penal en las relaciones sexuales en menores de trece años.

Método exegético. Tuvo por objeto de estudio a la norma jurídica, cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, que liberan a la ciencia jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método fue aplicado en el trabajo, toda vez que se hizo el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Método de la interpretación jurídica. La interpretación como método y como técnica actúa no sólo para las normas legales, sino también para las reglas del derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica. Para el caso de esta investigación se interpretó la normatividad referida a de criterios jurídicos y dogmáticos para determinar exclusión de la responsabilidad penal en las relaciones sexual en menores de trece años.

Método histórico-sociológico. Permitió realizar la comparación entre el derecho anterior y la nueva norma. Se determina el efecto de la ley y el cambio introducido por ella. Se estudia el origen y la evolución de las instituciones y/o normas jurídicas. Este método se empleó en el análisis de criterios jurídicos y dogmáticos y permitió ver que en la actualidad del sistema normativo peruano, con respecto al tema está muy desactualizado, así como en relación a sistemas

normativos en el derecho comparado. Así, se tuvo en cuenta este método para determinar la exclusión de la responsabilidad penal en relaciones sexuales en menores de trece años.

1.8.1.6 Fases de la investigación

En relación a las fases de la investigación, estas se desarrollaron tomando en cuenta la siguiente secuencia:

(a) Planteamiento del problema: Comprendió la contextualización, planteamiento y descripción del problema; el planteamiento de la hipótesis de trabajo y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.

(b) Construcción: Plasmada en la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Entre las fuentes que se emplearon tenemos las bibliográficas, las nemotécnicas y las Direcciones Electrónicas.

(c) Discusión: Fase en el que se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.

(d) Informe final: Ha sido redactado teniendo en cuenta el Manual de estilo APA, 7.^a edición.

1.8.1.7 Estrategias de recogida de información

Para recopilar la información necesaria e indispensable para lograr los objetivos de la investigación, se utilizó la técnica del análisis documental, cuyo instrumento fue el análisis de contenido; además de la técnica bibliográfica, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales y de resumen.

Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, en una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el método de la argumentación jurídica.

La obtención de información para la presente investigación, se realizó a través del enfoque cualitativo, lo que permitió recoger información sobre el problema planteado. Por esta razón, en la investigación no se empleó la estadística, sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina comparada.

1.8.1.8 Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido. Se siguieron los siguientes pasos: a) selección de la información que será estudiada; b) selección de las categorías que se utilizarán.

Criterios:

En el proceso de investigación se tuvieron en cuenta los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación adecuados.

- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.1.9 Técnicas e instrumentos de recolección de la información

En la investigación, se empleó la técnica del análisis documental, cuyo instrumento fue el análisis del contenido, y la técnica bibliográfica, a través de fichas textuales, de comentario y de resumen como instrumentos.

La fuente de estudio (unidad de análisis) estuvo centrada en la información documental: doctrina, jurisprudencia y normatividad.

1.8.1.10 Contexto

La investigación se desarrolló en la ciudad de Huaraz, departamento de Ancash, con proyección nacional. Debido a la naturaleza de la investigación no existió muestra de estudio.

1.8.1.11 Unidad de análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: doctrina, jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por la unidad temática (constituida por el tema del contenido a desarrollar), la categorización del tema (con categorías dentro del análisis) y la unidad de registro (fase en la que se realizó el análisis de categorías).

1.8.1.12 Análisis del dato

Los datos fueron evaluados a la luz de la teoría de la argumentación jurídica, la lógica jurídica y las doctrinas y teorías jurídicas vinculadas con el tema.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Entre los antecedentes se tuvo la investigación *La despenalización de las relaciones sexuales en menores de 14 años cuando medie el consentimiento con personas que tengan entre 18 a 21 años de edad*, tesis de maestría presentada en la Universidad César Vallejo. En ella se desarrolla una investigación cualitativa, en la cual se sostiene que es posible que se establezca de forma viable reducir la edad del consentimiento de la libertad sexual en menores de trece años de edad, de manera que no sea considerado como delito de violación sexual, cuando estos menores tienen relaciones sexuales consentidas ejerciendo su derecho a la libertad de decidir sobre su sexualidad con personas que tengan entre 18 a 21 años de edad, pues existe como atenuante la autorización del mismo menor.

Asimismo, encuentra la tesis *Mecanismos de presión política en el proceso de despenalización de las relaciones sexuales de adolescentes (2008-2010)*, para optar el grado de magíster en Ciencia Política y Gobierno, con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública en la Pontificia Universidad Católica del Perú. La investigación buscó identificar los principales puntos en debate entre quienes promueven la modificatoria del Código Penal en materia de penalización de las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años.

2.1.1 Modelos históricos de regulación del derecho penal sexual

Rodríguez (2000), en su libro *Delitos sexuales*, explica la evolución de la regulación de la pena, que se desarrolla en los siguientes apartados.

2.1.1.1 El modelo sistemático de la teología moral escolástica

Del pensamiento eclesiástico, lo que se tradujo en una profunda asimilación entre el orden moral y el orden jurídico, que se caracterizaba en el predominio de una fundamentación del castigo basada en la inmoralidad intrínseca de los actos que se consideraban expresivos de una sexualidad desordenada, de la enorme severidad con que se reprimían los comportamientos delictivos; y, por último, la desmesurada extensión del ámbito de lo prohibido. (Rodríguez, 2000, p. 30)

2.1.1.2 El modelo sistemático de la codificación

Influenciados por el ideario político de la Ilustración, de la ilicitud penal, donde el fundamento del castigo radicaba básicamente en la lesión de un derecho subjetivo y todo lo que no encuadrara dentro de este esquema por importar la lesión de simples reglas de conveniencia social debía quedar entregado al ámbito de las infracciones de policía. (Rodríguez, 2000, p. 35)

2.1.1.3 El modelo sistemático del reformismo: los planteamientos reformistas en el campo sexual

Rodríguez (2000) explica respecto a este modelo que:

El reformismo postula que la intervención penal sólo resulta legitimada en cuanto se oriente a la tutela de un bien jurídico. El ideal reformista se funda

en el postulado de que la sociedad nada tiene que ver con las prácticas sexuales ejercidas voluntariamente. La legitimidad de la pena se encuentra supeditada a la afectación de los derechos de una persona en concreto. (p. 41)

Más que de la especulación científica, si bien esta también ha sido gravitante, el reformismo se ha nutrido de las propias iniciativas de modificación del ordenamiento positivo. Así sucedió, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, país en el cual el Model Penal Law, un proyecto privado confeccionado en el año 1962 por el American Law Institute, sirvió de base para la promulgación de varios códigos estatales, sus autores dejaron expresa constancia de su decisión de excluir del derecho

toda acción sexual que no mantuviera violencia (...) es así que Jescheck en su texto denominado *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma* nos narra que, la confección de un proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica, obra iniciada en el año 1963, por iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile, alentó un vasto movimiento de reforma. (Rodríguez, 2000, p. 41)

En la misma línea en la reforma alemana, se concibió que lo que realmente interesa para los fines de la fundamentación del castigo es el quebrantamiento de la voluntad ajena, en tanto que la naturaleza del ataque destinado a doblegar esa voluntad debería ser el factor determinante para los efectos de la graduación de la pena.

2.1.1.4 El valor de la libertad sexual en el planteamiento reformista

Desde un punto de vista político-criminal, la inmensa mayoría de los autores plantea que la estructuración de los delitos sexuales debería efectuarse en torno al concepto de libertad sexual. Como tal planteamiento ha orientado el proceso de reforma de este sector del ordenamiento durante las últimas décadas en Europa.

Desde este nuevo valor, tampoco parece convincente afirmar que respecto de los menores lo protegido sería la libertad sexual futura o potencial, como proponen algunos autores porque en estricta lógica el ataque en contra de un interés real (por ejemplo, la agresión dirigida a una persona mayor de edad, que según este planteamiento gozaría de libertad sexual efectiva) debe ser castigado con mayor pena que el ataque en contra de un interés eventual. Por decirlo en términos jurídico-penales: un delito de lesión de un bien determinado no puede tener asignada menor pena que un delito de peligro que comprometa a ese mismo bien. Y la verdad, sin embargo, es que nadie podría poner en duda que el atentado sexual dirigido en contra de un impúber ostenta un desvalor más intenso que el ataque en contra de una persona adulta, pero los criterios morales o culturales en este aspecto dejan de tener asidero. “Por el contrario, la única distinción que puede ser explicada conforme al parámetro de la capacidad de autodeterminación del individuo, es aquella que establece una separación entre ataque violento en contra de la libertad sexual del individuo” (Rodríguez, 2000, p. 70).

2.1.2 El bien jurídico desde la perspectiva de la “Teoría del bien jurídico”

“La teoría del bien jurídico”, tanto desde el punto de vista teórico de cuál podría ser la finalidad del derecho penal, como desde el práctico de política

legislativa de cuáles son las conductas que pueden legítimamente prohibir un Código Penal, es, desde hace más de un siglo, una de las cuestiones nucleares de esta rama del ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, el bien jurídico ha ostentado desde siempre un papel central en la teoría jurídico penal alemana. De una parte, el bien jurídico protegido en un tipo penal constituye uno de los *topoi* esenciales de cara a una interpretación. De otra parte, junto a esta reconocida función intrasistemática, la doctrina dominante asigna a la teoría del bien jurídico también una función crítica. Esta última consistía en la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuesto de penalización de conductas meramente inmorales. (Von Hirsch , 2007, p. 37)

En primer plano tanto en la teoría penal angloamericana tradicional como en la alemana ha de situarse el *harm principle* (principio del daño), el cual el “bien jurídico”, es empleado como instrumento para delimitar y limitar el ámbito de aplicación legítimo de las normas penales. En los países de habla inglesa, son fundamentales las consideraciones del filósofo John Stuart Mill, donde no pueden justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de su inmoralidad.

Es así pues Stuart Mill (como se citó en Von Hirsch, 2007) determinaba que: La única finalidad por la que el poder, puede, con pleno derecho, ser ejercida sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado jurídicamente a realizar o no realizar determinados actos, porque esto fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en su opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo

(...) la única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le conciernen meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano. (p. 39)

Es así que el *harm principle*, que ocupa un lugar central, ha de estar orientado prioritariamente a asegurar las las condiciones de la convivencia social, en cuanto a los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurar la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos. (Von Hirsch, 2007, pp. 39-40)

Al igual que Mill, en los años ochenta del siglo XX el filósofo del Derecho americano, Feinberg (como se citó en Von Hirsch, 2007) manifiesta que:

El *harm principle* debe configurarse como un principio limitador, promoviendo que no sean criminalizadas las conductas que, aun siendo indeseables, no causen un daño o un riesgo en lesión (excepto cuando sean atendibles otros criterios). Pero no toda conducta lesiva ha de ser prohibida penalmente, es por eso que es necesario introducir una serie de *mediating principle* que han de ser tenidos en consideración antes de que intervenga el Derecho penal. Dichos *mediating principle* se refiere a la intensidad y probabilidad del daño, la relevancia de los intereses a proteger, el grado delimitación de la libertad personal del autor y el valor social del comportamiento. Y también deberá tenerse en cuenta si la conducta ha de ser regulada mediante sanciones sociales informales o por el Derecho civil. (Feinberg , 1980, p. 41)

El análisis llevado a cabo hasta el momento ha mostrado que un concepto similar al bien jurídico sería adecuado también para guiar el debate jurídico-penal angloamericano, dada su acusada similitud con el *harm principle*. La cuestión es, entonces, si la discusión alemana (donde nuestra legislación es muy influenciada) podría beneficiarse en algo de la recepción de ese principio. Es así que se llega a las siguientes conclusiones: beneficiaría en la medida que limitaría el concepto de bien jurídico, se pondría el énfasis en la lesión de terceros, solo a través de conductas que conlleven un daño concreto o altamente probable se empezarían a controlar; así que solo a través de *harm principle* (principio de daño) se podría legitimar la criminalización conductas, y esto sería oportuno para formar una teoría adecuada de la criminalización.

2.1.3 ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?

El derecho penal es un derecho que pone límites a la lucha contra el delito, y la Constitución formula límites a la intervención, también para el Estado que ejerce el poder punitivo. La protección de bienes jurídicos, es por sus orígenes, un principio negativo limitador del derecho penal. Este principio no ha contenido nunca la exigencia de criminalizar toda conducta que lesiones un bien jurídico, sino que, por el contrario, ha prescrito extraer de la ley toda conminación penal que no se puede referir a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No ha trabajado directamente del lado de la justificación del Derecho penal, sino de las limitaciones de las intervenciones penales. (Hassemer, 2007, p. 98)

Si la definición penal y la concepción del bien jurídico se quieren encajar en la discusión constitucional sobre el derecho penal y sus limitaciones, dos conceptos del derecho constitucional y de la ciencia del derecho constitucional tienen que ocupar un lugar destacado: la prohibición de excesos y la prohibición de defecto. Ambos están en condiciones de reconstruir desde el punto de vista del derecho constitucional las tradiciones del derecho penal en cuyo centro se encuentra el bien jurídico, ya que representa los dos polos que determinan el derecho de intervención estatal conforme a la Constitución es así que:

Prohibición de exceso: La reconstrucción penal de la prohibición de exceso no sería posible en absoluto posible sin la idea de bien jurídico. Según el bien jurídico su grado de intervención debe ser mínima del Estado, porque infiere en la libertad del ciudadano, de modo que se recurrirá a los principios para controlar la corrección de las decisiones del legislador penal, y efectivamente lo hace, de modo que lesividad social, proporcionalidad, subsidiaridad y tolerancia son los principios más importantes que deben guiar al legislador penal.

Prohibición de defecto: Quiere decir que el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones por la Constitución a proteger determinados intereses con determinados medios. Por ello también se habla de deberes de protección. Por tal motivo el ámbito de aplicación de la prohibición de defecto no se reduce al derecho de intervención, ni mucho menos al derecho penal, sino que se amplía con las distintas posibilidades existentes de poner bajo protección jurídica a determinados intereses o bienes jurídicos, que son

muchas. De modo que lo que se busca es se restrinja la maniobra del legislador. (Hassemer, 2007, p. 104)

Parafraseando al profesor español Enrique Gimbernat Ordeig, en relación al derecho penal sexual, sostiene:

Que naturalmente que todo tipo penal (legítimo e o ilegítimo) está dirigido a la tutela de algún interés, y en ese sentido los tradicionales delitos como por ejemplo “delitos contra la honestidad” protegían el sentimiento moral dominante, que, de acuerdo con las pautas cristianas, en especial con la católica, reaccionaban con escándalo, ante cualquier comportamiento sexual “desviado” distinto de las relaciones genitales. Pero la mera existencia de un interés no eleva a este todavía a la categoría de bien jurídico. En otras palabras; detrás de cualquier tipo penal, existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona, sea valorado positivamente valorado por el ordenamiento jurídico. Por ello la homosexualidad entre adultos libremente consentidas era un delito ilegítimo, porque no protegía un bien jurídico, aunque sí ciertamente el interés de que no se vea alterado el sentimiento a finales de la década de los setenta. Pero ese interés-sentimiento no podía ser valorado como bien jurídico, porque entraba en colisión con un auténtico bien jurídico constitucionalmente reconocido como es el de que cualquier persona pueda practicar libremente con personas libres la opción sexual que le marca su instinto, de modo que lo que se tutelaba no era un auténtico bien jurídico,

sino solo un mero interés que no era digno de protección. De modo que los sentimientos de escándalo que puedan producir en la sociedad, independiente de lo extendido y de lo arraigado que puede estar en esta, no merece protección alguna, porque como ya lo hemos señalado entra en colisión con derechos constitucionalmente reconocidos. (Gimbernat, 2006).

Así, aunque muchas conductas hayan sido tipificadas como delitos, sin embargo, por lo desarrollado, no necesariamente pueden llevar a dañar un bien jurídico, y si no dañan un bien jurídico o si la puesta en peligro es por una situación de riesgos permitidos, por el principio de lesividad, la intervención del *ius puniendi* queda deslegitimado.

El profesor Roxin (2007) se hace la pregunta si es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal, a la que responde:

Hay muchas razones para entender que el legislador actual, aunque goza de legitimidad democrática, no puede incriminar algo solo porque no le gusta. De modo que la penalización de conductas tiene que poseer una legitimación distinta de la que se otorga la mera voluntad del legislador. Los límites de las facultades de intervención penal deben extraerse de la función social del derecho penal. Lógicamente todo lo que vaya más allá de esta no puede ser objeto del derecho penal. El derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura (por eso no debe buscar conflicto donde no existe) a la vez garantizando y respetando los derechos humanos. “De modo que un bien jurídico es los derechos humanos, como el libre desarrollo de la personalidad”. (p. 447)

De modo que el bien jurídico limita al legislador, y por otro lado al determinar su contenido y alcance, serán ilegítimos bienes jurídicos si tienen contenido ideológico y atentan contra derechos fundamentales. (Roxin, 2007, p. 449).

2.1.4 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Al respecto el profesor nacional García Caverro (citando a Roxin) nos explica que:

Este principio, establece que el derecho penal solamente puede intervenir para proteger bienes jurídicos que merezcan dicha protección, por lo que la intervención penal no puede sustentarse en cuestiones meramente morales o de simple orden social. En este orden de ideas, se le asigna el bien jurídico la función de legitimar la intervención penal. (García, 2012, p. 118)

2.1.5 La función sexual normal y las etapas del desarrollo psicosexual

La sexualidad es un aprendizaje que se construye a través de normas que imponen las diferentes pautas y costumbres de cada tiempo y lugar habitado por el hombre. Andahazi (2008) afirma: “Aun siendo una obviedad, que la historia de la sexualidad es la propia historia de la humanidad para terminar agregando, la sexualidad ha sido el germen de la vida y la excusa ejemplificadora para explicar la decadencia y la destrucción” (p. 3).

La sexualidad, al involucrar el comportamiento social del ser humano, cumple un rol fundamental en su vida de relación. En definitiva, es indisoluble su vínculo al ordenamiento biológico de ser hombre o mujer. La

valoración de la sexualidad se proyecta mancomunadamente en otro ser y puede trascenderlos con la simiente de uno nuevo. Por lo tanto, la sexualidad, además de ser el mecanismo que asegura la reproducción de la especie, debe ser considerada como una experiencia comunicacional entre las personas. (Cornaglia, 2011, pp. 49- 50)

La teoría psicoanalítica de Sigmund Freud (como se citó en Cornaglia, 2012) reconoce las siguientes etapas:

fases: 1) etapa oral (del nacimiento hasta los 18) 2) etapa anal; 3) etapa fálica (3 hasta 6 años) donde existe mucha inclinación hacia los padre; 4) etapa de latencia (6 hasta la pubertad) se construye el pensamiento social, lógico y moral que sustrae la vida psíquica al principio del placer, y 5) etapa genital” La quinta y última fase es la genital, que abarca desde la pubertad hasta la edad adulta, durante todo el período de la adolescencia que se extiende desde los trece (13) hasta los veinticuatro (24) años de edad. Fase de trascendencia fundamental en la cual el despertar biológico condiciona la maduración de los órganos genitales y la aptitud reproductiva, con surgimiento impetuoso del deseo e inicio de la actividad sexual. En esta etapa vuelve a centrarse el impulso libidinal en los genitales y cada sexo desarrolla su personalidad, aceptándose las responsabilidades de la sexualidad adulta. (p. 15)

Debemos poner énfasis en que a través de estas teorías que existirá una sexualidad anormal o desviada “cuando se identifica con una conducta sexual no orientada hacia la otra persona, siendo de consecuencias destructivas para una u otra; y que, además, excluye la estimulación de los órganos sexuales primarios” (Hairabedian, 2008).

2.1.6 El sentimiento sexual desde la perspectiva de género y la comunicación sexual: la perspectiva psicológica

El sentimiento sexual, nos explica esta perspectiva, es un fenómeno social, es una expresión de cultura, que lejos de discutirse, se da por sentado (taken for granted) en el ámbito de las ciencias sociales. Sucede o existe cuando dos (o más) personas están de acuerdo en realizar una práctica sexual de un modo determinado en un momento cualquiera. Funciona como una fórmula mágica, para zanjar dilemas éticos, limitando la discusión a un problema de elección individual, producto de esta perspectiva de género. (Pérez, 2016, p. 23)

Actúa como una manifestación de los derechos sexuales de las mujeres. De modo que aceptar, querer o desear, no tener otra opción, negarse, no querer negarse, recae sobre nadie más que ellas.

La capacidad de “consentir” es resultado de una serie de fenómenos estructurales característicos de la modernidad.

En la genealogía del sentimiento, Geneviere Fraisse explica que, a partir del siglo XVIII, tres historias permiten su reconstrucción:

La emergencia del divorcio, la consolidación del contrato social y la transformación del sentimiento de una persona en argumento político. La revolución sexual de los años sesenta y setenta, las subversiones culturales del 68 y la autonomía femenina producto del trabajo asalariado termina de consolidar el consentimiento moderno y democrático como parte fundamental de la libertad individual. (Fraisse, 2012, p. 23)

Sin embargo, en América latina, el vocablo sentimiento tiene un lugar más bien secundario y usualmente tangencial. “Si la libertad sexual es un derecho protegido jurídicamente y el consentimiento es parte de dicha libertad, parece claro plantear que este forma parte de los derechos sexuales” (Pérez, 2016, p. 33)

Bajo la premisa desarrollada, la teoría de la “comunicación sexual, interpersonal” juega un papel determinante; por eso, se la define como la aceptación verbal no verbal dada libremente por el sentimiento o la voluntad de participar en una actividad sexual.

Teóricamente, ayuda a facilitar relaciones sexuales sanas y satisfactorias, porque se refiere al proceso de discusión de aspectos de una vida sexual en pareja, incluido tópicos como las prácticas sexuales seguras, al placer y a la iniciación sexual, así como al uso de métodos anticonceptivos; la comunicación antes, durante, después del acto sexual, las decisiones sobre dónde, cuándo y cuán seguido sostener relaciones sexuales posición o tipos de actividades sexuales. (Pérez, 2016, p. 37)

“Para los postfeministas, consentir es un acto de individualidad” (Moore y Reynolds, 2004, p. 32)

Así que “consentir vuelve lícita una relación sexual y excluye por definición, la violencia o el uso de fuerza, también las relaciones de poder” (Pérez, 2016, p. 39).

2.1.7 Bien jurídico moral sexual colectivo

Fernández (2015) señala:

Es que a través de este bien jurídico donde emplea el exceso de severidad y rigidez, la consideración de que todo lo relacionado, incluso levemente, con la sexualidad es una cuestión de materia grave o gravísima en post de proteger todo lo relacionado con lo sexual. Desde esta vigencia se ha visto muchas veces lo sexual como algo malo, con adherencias maniqueas. Se generalizaba la acusación de enorme inmoralidad ante algunos comportamientos, tomados de manera universal, sin tener en cuenta las circunstancias atenuantes de cada persona o de cada caso. Se trataba de aplicar abstractamente unas normas omitiendo la consideración de las situaciones individuales o de los casos de conciencia. (Fernández , 2015, p. 2)

Al respecto, Tasso Valérie (2018) manifiesta: “Lo que regula aspectos como qué es lo conveniente, lo reprobable, lo delictivo, lo patológico, lo común o lo normal en el desarrollo de nuestras sexualidades individuales es lo que venimos a llamar “la moral sexual” (Tasso, 2018, p. 3).

De modo que la moral sexual se podría definir como aquella que rige la conducta sexual aceptable de la inaceptable, con base en preceptos de alguna naturaleza, como los religiosos.

2.1.8 Intangibilidad o indemnidad sexual

El profesor español Díez Ripollés (2000) explica el modo en se viene concibiendo la indemnidad sexual:

El concepto de indemnidad sexual es, sin embargo, uno sobre cuyos contenidos nunca ha existido acuerdo, y que posee, además, una preocupante tendencia a intercambiarse con otros términos que se pretenden, al menos en principio, semánticamente distintos. Un claro precedente del término ahora legalmente acuñado es el de intangibilidad sexual, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, y que expresaría una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. El concepto ha llevado a la creación del derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad, otros han empezado a utilizar el término de bienestar psíquico. (pp. 15-16)

La razón de ser de este criterio radica en la potencialidad lesiva que el sometimiento a una actividad sexual no deseada puede ocasionar en una persona que no esté capacitada para consentir y, en el caso de los menores, se agrega también la aptitud corruptiva y, en todo caso, traumatizante que va implícita en cualquier forma de ejercicio prematuro de la sexualidad.

En efecto, mientras el ataque contra la libertad sexual enfatiza el desvalor que representa la actuación en contra de la voluntad de la víctima, un atentado contra la indemnidad o la intangibilidad sexual, en cambio, se basa fundamentalmente en la aptitud lesiva que aquél posee para otros intereses (básicamente, la integridad física y moral), y no supone necesariamente un

quebrantamiento de la voluntad de la víctima, elemento que incluso puede estar ausente, por ejemplo, si el sujeto pasivo consiente la realización del acto.

2.1.9 Cuestionamientos a la indemnidad sexual

El primer cuestionamiento que se presenta es que, ante todo, el concepto de libertad sexual del que se parte, estrictamente limitado a los casos en que la víctima está en condiciones fácticas y jurídicas de ejercer efectivamente tal libertad, ni resulta conceptualmente obligado, ni parece el más adecuado para expresar la auténtica dimensión axiológica que es propia del ejercicio libre de la sexualidad en nuestra sociedad. Por el contrario, se debe tener presente el debido respeto por esa dimensión de su capacidad para explicar de un modo conceptual y sistemáticamente coherente la práctica totalidad de las conductas que se pretenden criminalizar.

En segundo lugar, no se llega a entender o no se llega a justificar cuando se atribuye especial relevancia punitiva al vencimiento de su voluntad contraria (por violencia u amenaza) a mantener determinadas relaciones sexuales, versus el otorgamiento de un consentimiento viciado para realizarlas, porque en ambos será la misma penalidad, algo que resulta incongruente.

En tercer lugar, otra dificultad es la poca exactitud que tienen estas concepciones. En términos generales, existe acuerdo en la doctrina en que no resulta materialmente posible dimensionar las reacciones o los daños inmediatos que puede ocasionar un ataque sexual, como tampoco resulta posible efectuar un pronóstico certero acerca de las consecuencias futuras o inmediatas de ese mismo comportamiento, y si se ha llegado a esta conclusión, qué podemos esperar donde no ha existido violencia ni mucho menos

amenaza al tener intimidad con una menor. Asimismo, es un hecho indiscutible que, a diferencia de lo que ocurre con los atentados contra la salud, no todas las personas reaccionan en la misma forma frente a una conducta agresiva o abusiva en el plano de la vida sexual, porque si bien es cierto que "la agresión sexual siempre altera el equilibrio psíquico del individuo (...) muchos de ellos retoman su normalidad sin dificultades, (en tanto que) otros hacen reacciones de personalidad, neurosis, conversiones somáticas, etc. (Rodríguez, 2000, p. 125)

2.1.10 Investigación médico forense de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Si bien estas investigaciones podrían aparentemente brindar exactitud de lo que ocurrió con el menor, sin embargo, desde los mismos estudios realizados de la investigación forense en los delitos de indemnidad sexual, en la actualidad, carecen de métodos uniformes y de exactitud, como se puede apreciar en este apartado.

Los errores y las deficiencias que aún persisten en estas prácticas serían por ejemplo, en primer lugar, que no son extrañas las falsas denuncias o imputaciones por estos hechos, basados en diagnósticos médicos que son erróneos positivos o de certeza.

Segundo, uno de los errores de método más importante consiste en aplicar a los casos de menores similares principios en la investigación médico legal de los casos de adulto, tanto por sobrediagnóstico como por infradiagnóstico.

Tercero, el niño, en su desarrollo, puede tener actividad sexual, sea auténtica, compartida o fantaseada. Lo cierto es que síntomas y signos definitorios se

presentan raramente, es el problema de los llamados signos patognomónicos, que tan extrañamente se dan en la realidad. (Casteló, Francés y Verdú, 1999, p. 3)

“En estos casos, la colaboración interdisciplinar con personal experimentado, será lo más adecuado para poder llegar a un diagnóstico con una tasa de error más reducida” (Wernes y Werner, 2008, p. 502).

Cuarto, acerca del examen de la víctima en el aspecto físico, se podría decir que, inicialmente, ofrece unos indicios de alta especificidad, pero sin embargo no brinda una objetividad exacta. Así, por ejemplo:

Gravidez: Podría indicar abuso, aunque puede darse dentro de una relación entre dos menores.

Signos genitales: Hay que ser muy cuidadoso respecto a lo que algunos han denomina genitalización de la peritación del abuso. Así que es necesario tener presente que puede haber signos genitales sin abuso o puede haber abuso sin signos genitales.

El abuso sexual puede ocurrir con una total indemnidad de la región anal, al tiempo que existe una variedad de lesiones anales y/o rectales que no guardan relación alguna con el abuso sexual. Y también puede ocurrir que se produzcan lesiones que curen rápidamente sin causar secuelas. (Pareda y Forns, 2007, p. 7)

Morfología anal: El ano entreabierto o el infundibiliforme pueden corresponder a meras variantes anatómicas. No puede considerarse como lesión. Aisladamente, no es un signo.

Para concluir este aspecto, como aporte que no debe olvidarse, se cita un trabajo en el que, comparando 192 casos de niños abusados frente a 200 no abusados, se concluye que el examen genital no difiere entre ambos grupos, salvo

que existan lesiones muy específicas. En este estudio únicamente hubo 4 casos de desgarros, todos entre abusados. (Berenson y Friederich, 2000, p. 829)

En buena cuenta, en estos casos es determinante lo que exprese en el relato el menor. Una buena evaluación interdisciplinar podrá aportar información suficiente para determinar ante qué tipo de hecho nos encontramos. “Es de enorme importancia que el explorador del menor sea una persona perfectamente competente en la materia” (Jiménez y Martín, 2006).

Examen del sospechoso:

Una vez más, la adecuada exploración del implicado va a permitir llegar a un diagnóstico de menor incertidumbre. Quizá fuera de la intervención habitual del médico forense, la exploración de la sinceridad y, dentro de las atribuciones del juzgador, la buena interpretación de una declaración podrá dar mayor información que una prueba pericial inadecuadamente conformada. (Casteló, Francés y Verdú, 1999, p. 10)

2.1.11 Teoría de la interpretación clínica de abuso sexual

Irene Intebi (2008) explica que:

Es importante señalar que no todos los comportamientos sexuales de los que pudiera haber sido objeto un niño o una niña producirán efectos traumáticos. Éstos dependerán de la comprensión y del significado que atribuya a los comportamientos, atributos que pueden modificarse durante el proceso evolutivo. Lo importante es tener en cuenta que, aún en ausencia de efectos

traumáticos observables, el niño, niña o adolescente debe ser protegido de futuros abusos (Intebi, 2008, p. 13)

Algunos profesionales sostienen que los acercamientos sexuales entre adultos (as) y niños (as) no tienen mayores consecuencias y que los efectos negativos que pueden observarse se deben las consecuencias de la condena social hacia tales comportamientos.

Sostienen también que, si la sociedad dejara de sancionar estos comportamientos, los niños(as) podrían disfrutar sin culpa de los encuentros sexuales con adultos(as), ya que sus derechos serían respetados cabalmente, en especial el derecho de niños(as) y adolescentes a ejercer control sobre sus cuerpos y sobre su libertad sexual. (Intebi, 2008, p. 24)

2.1.12 Derechos que se reconocen al menor

2.1.12.1 Derecho a la libertad sexual

Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad inherente, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico. (Declaración del 13.º Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia).

Los derechos sexuales están constituidos por una serie de beneficios relativos a la sexualidad que emanan de los derechos a la libertad, igualdad ante la ley, privacidad, autonomía integridad y dignidad” (IPPF, 2008, p. 6)

Como sostienen Quinteros, “la libertad sexual es (...) un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, cuyo contenido

esencial son las facultades de autodeterminación sexual, cual o in fieri como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante. (Quinteros, 1996, p. 228)

2.1.12.2 Derecho a la dignidad

El Tribunal Constitucional, en el Exp N° 2209-2002-AA/TC 2003 Tribunal Constitucional, nos explica que la dignidad constituye el valor superior del derecho. Para Marcial Rubio (2005):

Toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuándo se está defendiendo y cuándo agravando a una persona, cuándo se está respetando o no su dignidad. Estas reglas, resumidas en el principio de dignidad de la persona humana, son las más importantes dentro del sistema jurídico. (Rubio, 2005, p. 146)

La dignidad de la persona es el presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, la existencia de los demás derechos se fundamenta en él. Por otro lado, en él se precisa:

si bien es cierto que, los derechos constitucionales no son absolutos y que siempre pueden enfrentar ciertas limitaciones, bien por necesidades colectivas o por colisión entre dos o más de ellos en un hecho concreto. Sin embargo, la dignidad no puede verse disminuida, pues es el mínimo de derechos siempre existente. (Exp N° 010-2002-AI/TC 2003 Tribunal Constitucional); ergo, el derecho a la dignidad es absoluto.

2.1.12.3 Derecho al libre desarrollo de la personalidad

El TC, en el Exp N° 2668-2004-AA/ Tribunal Constitucional, ha expresado que: este derecho garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. Otorga facultades que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona. Tales espacios de libertad están sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra. Derecho a la igualdad ante la ley.

El derecho a la igualdad ante la ley se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Estado, con la siguiente premisa: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

2.1.12.4 Derecho a la intimidad persona

La intimidad personal y familiar está referido al bien jurídico concreto de la vida privada, definida por el TC en el (Exp N° 6712-2005-HC/ Tribunal Constitucional) como “aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella (...) un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad”.

En otro caso el TC, en el (Exp N° 6712-2005-HC/ Tribuna Constitucional), ha precisado que “implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad”.

2.1.12.5 Derecho a la salud

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito y ratificado por el Perú en 1978, según el párrafo 23 de la Observación General 14 titulada “El disfrute del más alto nivel posible de salud”, prescribe “el ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva”. Salud reproductiva: “es un estado general de bienestar físico, mental, social y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y sus procesos.

El Minsa ha definido los derechos sexuales y reproductivos como “parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de los derechos humanos” (Ministerio de Salud, 2004).

Paula Bodnar afirma:

La doctrina concuerda que el tener soluciones jurídicas sobreprotectoras con respecto al desarrollo integral del niño, tiene implicancias negativas, proteger no implica solo quitar responsabilidades y derechos, pues restringir la capacidad de decidir o de ser competentes, afecta negativamente a la

persona toda, incluida su salud física y no solo la esfera jurídica. (Bodnar, 2000, p. 12)

2.1.12.6 Derecho la intimidad sexual y derecho a la privacidad

Este derecho exige que al individuo se le reconozca la posibilidad de mantener en secreto y como inviolables ciertas manifestaciones de su vida, básicamente por ser ello absolutamente necesario para el desarrollo humano y para el pleno ejercicio de los atributos de la personalidad. Es la facultad de mantener en reserva ciertos aspectos vinculados con la interioridad o con el ámbito de actuación del individuo, de manera que ellos no trasciendan al dominio público. (Rodríguez, 2000, pp. 84-85)

2.1.12.7 El derecho a la legalidad penal

Al respecto, el TC ha establecido que:

El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley, es decir que requiere que la tipificación previa de la ilicitud penal sea expresa e inequívoca (Lex certa). El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. (Exp N° 010-2002-AI- Tribunal Constitucional)

2.1.13 Sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos (Caso Atala Riño y niñas vs. Chile - Sentencia 24 de febrero de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos)

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada, mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990 establece que:

Artículo N° 3: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2.1.14 El interés superior del niño y adolescente en el razonamiento jurídico

Esta tesis es defendida, desde hace varios años, por el profesor chileno Miguel Cillero, quien ha sostenido que, en el contexto normativo y cultural generado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño “el interés superior del niño y adolescente supone la más amplia satisfacción de los derechos contenidos en la Convención” (Cillero, 2007, p. 127).

El profesor Cillero ha defendido esta idea como compatible con diversos grados o niveles de cumplimiento, independientemente del tipo de norma de que se trate. Esta idea se emparenta con una optimización paretiana como la defendida por Robert Alexy a propósito de su “mandato de optimización”.

El profesor Ricardo Garrido interpretando la Convención nos explica que:

Ahí donde la Convención o cualquier otra norma de derecho internacional o nacional dice que debe atenderse el interés superior del niño, debe leerse que ello implica que debe resolverse y decidirse sobre cuál sea su derecho en el contexto concreto de decisión del órgano estatal. En otras palabras, la legitimidad del Estado para intervenir en la vida de ese particular sujeto de derecho (persona) al que llamamos niño, es función de que la decisión institucional determine el alcance normativo de un derecho humano en un caso concreto. (Garrido, 2010, pp. 120-121)

De modo que la legitimidad de la actuación estatal queda marcada por el catálogo de derechos definidos en las constituciones de los estados democráticos de derecho.

Sigue el profesor Garrido, y dice que este sentido de legitimidad de la intervención del aparato estatal tiene una enorme trascendencia y a la vez traslada la responsabilidad a los operadores jurídicos en orden a identificar el criterio preexistente, determinar su alcance para el caso (interpretarlo) y aplicarlo en consonancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El maestro Gunther Klaus, de esta suerte, habla de que la teoría de la argumentación distingue dos niveles o grados para la racionalidad de los criterios valorativos o normas.

En un primer nivel, se trata de encontrar un criterio que satisfaga estándares de idoneidad y razonabilidad del mismo, dadas ciertas condiciones generales. En este sentido, la actividad argumentativa está contextualizada por un criterio valorativo democráticamente adoptado y, consiguientemente, justificado o fundamentado. (Gunther, 2005, p. 150)

El propio adalid de la ponderación argumentativa ha dicho por un lado que su teoría de los derechos promueve una concepción maximizadora como óptimo paretiano y que cuando es la dignidad la que se discute esta se comporta en verdad como una regla puesto que la dignidad no admite limitaciones o restricciones (Alexy, 2000)

Entonces ¿cómo saber que el juez adjudica un derecho o bien está dando al estándar un contenido normativo (un derecho) y no lo está invocando retóricamente, para avanzar su propia idea acerca de lo que es justo o apropiado para el caso? Y la respuesta es tan simple como la pregunta. El juez debe explicitar las reglas y/o principios que contienen los derechos que está aplicando o adjudicando de suerte que éstas son premisas de un argumento justificatorio, en que la decisión finalmente adoptada aparece como la conclusión lógica de las premisas usadas.

Así, Plantín explica sobre la argumentación: “Entonces la cláusula del interés superior del niño introduce un criterio finalista de maximización de los derechos se puede concluir que esta forma argumentativa debería ser de un amplísimo y extendido uso en materia de derechos del niño y adolescente” (Garrido, 2010, p. 143).

2.1.15 Sobre el agente activo de 18-21 años de edad

Como se ha fundamentado en muchos apartados de este trabajo, la diferencia etaria será un requisito indispensable en tener en cuenta en estos casos. Por eso, es útil siempre con las consideraciones *pro homine*, que los parámetros de responsabilidad restrictiva, para atenuación de la pena que establece el art. 22° CP donde habla de un período intermedio entre 18 y 21 años, bajo la consideración de que el crecimiento de un ser humano aún no ha terminado, aunque Pinatel expresa que ese período en realidad se extiende hasta los 25 años, en cuya virtud adopta como consecuencia la posibilidad de reducirle prudencialmente la pena. (San Martín y Álvarez, 2007, p. 18)

Que la diferencia de edad entre ambos no sea extremada, como la Corte Suprema peruana resuelve un caso donde el acusado a la fecha de los hechos contaba con 20 años de edad, y la agraviada 13 años y 9 meses de edad, y aquel además carece de antecedentes penales. (Recurso de Nulidad N°4753- 2007 Amazonas-Corte Suprema).

Pero, como se ha fundamentado, en las relaciones sexuales consentidas con menores de edad de 13 años, no existe ningún delito, siempre y cuando no se presente los elementos constitutivos “violencia o amenaza”; por lo tanto, es razonable asumir esa edad cronológica del agente activo, para considerar las relaciones sexuales consentidas con menores de 13 años de edad.

2.1.16 Del concebido y derecho a la familia

En palabras del maestro Fernández (1990), el concebido es un ser humano que, aunque incapaz de entender y de querer, y hasta un cierto momento de sentir,

es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines (Fernández, 1990, p. 67).

El Código Civil peruano se pronuncia acerca del inicio de la vida, de manera concisa. En el artículo 1 del libro I, el texto refiere lo siguiente:

Artículo 1. “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Después de haber cumplido más de dos décadas de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Niños (CDN). Entre los mayores logros que se ha logrado es el reconocimiento a los niños como titulares de derechos, además de reconocerles el derecho a una protección especial y reforzada debidos a su condición de personas en desarrollo y crecimiento. Y en el mismo informe se detalla que, para prevenir que los niños se vean privados de sus derechos a vivir y crecer en su familia y a ser criado y cuidados en un entorno familiar, y a la vez que estos garanticen su desarrollo a una vida digna (...) el informe recomienda a los Estados para apoyar a las familias en sus responsabilidades de crianza. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

El Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, presentado en el 2006, puso de manifiesto los elevados índices de

violencia a los cuales se podían ver expuestos los niños que carecía de cuidados parentales. He ahí la importancia de la presencia de los progenitores en el acompañamiento en el desarrollo del menor, decía el informe.

Entonces desde el sistema jurídico peruano, si bien se han emitido leyes en protección de los integrantes del grupo familiar, pero se puede interpretar sin ninguna limitación que a partir de art. 3 de la Constitución Política, sobre los *numerus clausus* de los derechos, perfectamente podríamos anclar su reconocimiento y ampliar todos los derechos humanos en relación a su vínculo con la familia del menor, y analizando sistemáticamente con el artículo 2, inc. 1 del mismo texto constitucional, este derecho sería interpretado “en cuanto le favorezca”.

2.1.17 Sobre la teoría del apego y el desarrollo positivo del concebido

El psicoanalista John Bowlby, fue pionero de la teoría del apego. Para este autor, el apego está ligado directamente al concepto de seguridad, por lo que es de naturaleza instintiva y su principal fin es la adaptación, además de la importancia que tiene en el posterior desarrollo emocional y social del niño/niña. (Flores, Giulini y Giulio, 2012, p. 18)

Por lo tanto, el objetivo del apego es la seguridad, como un sistema regulador de emociones, las que se desarrollan cuando los cambios en el estado de ánimo del niño/niña son entendidos por el cuidador/cuidadora, obteniendo el equilibrio luego de ser tranquilizados por la figura de apego (Ruiz, Pérez y Romero, 2012, p. 10)

Las investigaciones han mostrado en cifras cómo, incluso en países desarrollados, la falta de uno de los padres puede verse reflejada en las conductas

de niños y adolescentes. Estas investigaciones marcan la pauta para el abordaje de las problemáticas relacionadas con la ausencia del padre que van desde la salud mental de los niños, como los trastornos emocionales y de comportamiento, hasta dificultades en la salud física que se demuestran con tasas de mortalidad infantil. (Rodríguez, 2010, p. 35)

Las consecuencias que describe Kliksberg, con la ausencia del padre en las familias, afectan el rendimiento educacional producido por el pobre clima socioeducativo del hogar, la afectación de la inteligencia emocional, refiriéndose a la escasa capacidad de enfrentar adversidades, la salud en general y las sensaciones de inferioridad, agresividad, aislamiento, resentimiento. (Kliksberg, 2000, p. 69)

2.1.18 Relación del tipo con la antijuricidad sobre el bien jurídico y el consentimiento (teoría bipartita del delito)

Para analizar esta parte dogmática, y específicamente para entrar en una parte de la teoría del delito es menester citar a Bacigalupo, que postula que “la teoría del delito tiene un carácter claramente instrumental y práctico: es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos” (Bacigalupo, 1989, p. 5)

El profesor Roxin, parafraseando a Welzel y a Bindig refiere que:

Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida y también el tipo es la materia de la prohibición (materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales. Quien realiza un tipo penal, es decir, quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma por ejemplo “daña dolosamente la salud de otro”, obra siempre en forma contraria a la norma. Con ello no quiere decirse todavía que haya obrado en forma

antijurídica. Una equivalencia completa “contrariedad a la norma=antijuricidad” tendría lugar sólo en el caso en que el ordenamiento jurídico consistiera sólo en normas. Pero ello no es así. Al contrario, en situaciones especiales una conducta contraria a la norma puede ser permitida mediante las llamadas “proposiciones permisivas”. Si lesiono a otro actuando en defensa necesaria, habré actuado en forma contraria a la norma, pero mi acción no resultará antijurídica porque interviene una proposición permisiva contenida. Una conducta típicamente adecuada, es decir, contraria a la norma, estará en contradicción con el orden jurídico en su totalidad, si en el caso particular no concurre una proposición permisiva. En el caso del ejemplo: Quien daña a otro en la salud obra no sólo en forma típicamente adecuada, o sea, contraria a la norma, sino también antijurídicamente, si no concurre en favor de él un fundamento de justificación. El juez que haya comprobado la adecuación típica sólo necesita para determinar la antijuricidad realizar un “procedimiento negativo”. No necesita buscar ningún otro elemento para pasar de la contrariedad a la norma a la antijuricidad, sino que se limitará a investigar si en el caso no concurre una proposición permisiva. La adecuación típica es “indiciaria” de la antijuricidad. (Roxín, 1979, pp. 5-6)

La antijuricidad se determinó en términos formales, en el sentido de que una conducta típica era además antijurídica si contravenía a una norma de prohibición de mandato. Así, mientras que la tipicidad tenía lugar con la subsunción de la conducta concreta en el tipo penal, la antijuricidad requería que esa conducta no contase con una norma permisiva que levantase excepcionalmente la prohibición o

el mandato general. Las limitaciones de la concepción formal dieron pie a que esta se complemente con una antijuricidad material, siendo Von Liszt (como se citó en García, 2012) el que abrió camino a la esta distinción. “Una acción es materialmente antijurídica cuando lesione o pone en peligro un bien jurídico”. La conducta no solo debe constituir una infracción no permitida de la norma penal, sino que debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico” (p. 570).

Esta postura se ha denominado la teoría bipartita de la teoría del delito, que si bien en el ámbito práctico por lo general no se nota esta diferencia al analizar el enjuto (porque estamos enraizados en la teoría clásica del delito, es decir desde la teoría tripartita (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), pero en el campo teórico presenta cambios trascendentes.

El consentimiento conforme al artículo 20, inciso 10 del CP se encuentra regulado como una causa de exención de responsabilidad penal. La doctrina tal como señala Peña Cabrera, afirma que “el consentimiento no excluye la tipicidad sino la antijuridicidad porque siempre hay un daño del bien jurídico tutelado penalmente, y pone como ejemplo el caso de las lesiones donde el individuo deja consentir que se le ocasione una lesión” (Peña, 1997, pp. 428-429)

Si bien el IV Pleno de Vocales Supremos en el sexto párrafo del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 hace referencia al consentimiento como causa de justificación, también en su análisis sistemático de los artículos 176 y 176-A del Código Penal en el octavo párrafo, al concluir que una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años puede disponer libremente de su sexualidad, la considera como una causa genérica de atipicidad.

Entonces se puede apreciar que de alguna manera en la legislación nacional no existe un consenso en el tema al respecto, pero como ya se ha desarrollado desde la teoría bipartita creemos podríamos solucionar las discrepancias.

2.1.19 Sentido y límites de la pena estatal

El profesor Roxin, en su libro *Límites de la pena estatal*, explica las teorías relativas de las penas y sus finalidades preventivas, y las relaciona con los límites estatales. Así dice Roxín:

El derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: solo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la previsión Social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del derecho civil o del derecho público, ha de retraerse el derecho penal y es ahí donde se legitima la misma. Por ello, y por ser la reacción más enérgica de la comunidad, sólo puede recurrirse a ella en último extremo. Vistas, así las cosas, el bien jurídico recibe una doble protección: del derecho penal y antes del derecho penal que, empleado exageradamente, provoca precisamente las situaciones que quiere combatir. Entonces lo que se busca es “protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual”. (Roxín, 1979, pp. 21-22)

De este modo, sentencia el profesor Roxin en su libro “problemas actuales de la política criminal cuando afirma que, “se espera demasiado cuando se supone

que a través de penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad, el delito existente”. (Roxín, 2002, p. 91)

2.1.20 Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena

El profesor Bustos (1989) explica que:

Tanto el principio de inocencia como el de mínima lesividad del proceso penal se verían seriamente afectados si antes de haberse constatado la existencia de delito se decidiese sobre la determinación de la pena, pues los criterios a utilizar aquí, como ya se ha dicho, son criterios allegados al autor, que obligan a inmiscuirse con la vida del imputado, con sus problemas de personalidad, etc. y, por lo tanto, su esclarecimiento deberá excluirse cuando no aparezca necesario para la resolución penal, no sólo por motivos de economía procesal sino, ante todo, por respeto a la dignidad de la persona. (Bustos, 1989, pp. 329-330)

El principio de culpabilidad exige, pues, que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo; vinculando, de este modo, el poder estatal a la *lex scripta* e impidiendo una administración de justicia arbitraria. (Roxin, 1981, p. 46)

Y termina sentenciando Claus Roxín que “la culpabilidad es, por consiguiente, una condición necesaria, pero no suficiente de la pena. *Quod erat demonstrandum*”.

2.1.21 Sobre los efectos colaterales de la pena privativa de libertad efectiva

En el Recurso de Nulidad N°415-2015/ Lima Norte-Corte Suprema, se establece al respecto que:

Todo juez debe tener mucho cuidado, que resulta inevitable que la cárcel tiene efectos colaterales, tanto para el penado mismo, como para terceros, sus familiares, normalmente próximos a él. Estos pueden ser: efectos secundarios consustanciales vinculados a la noción de cárcel como institución total. Otros efectos no vinculados insustancialmente a la privación de libertad, sino a las deficiencias del Estado. (Recurso de Nulidad N°415-2015/ Lima Norte-Corte Suprema)

Otro de los efectos colaterales que genera la pena de prisión es el sufrimiento que recae sobre los inocentes familiares del recluso, sus padres, el hijo concebido. Ciertamente, pueden afirmarse categóricamente que el hecho en sí resulta imputable objetivamente tan solo al delincuente condenado y al Estado, pero también es cierto que las circunstancias de la ejecución de la pena privativa de libertad pueden agravar sustancialmente el efecto colateral y aquí sí puede hablarse de una imputación al Estado. Es tan preciado y estrecho el vínculo familiar que las penas y precisamente la que tiene carácter efectivas, por más cortas que estas sean, gravitan fuertemente sobre los familiares, especialmente los padres, y sin duda alguna los hijos.

Por eso sigue afirmando la Corte Suprema, no puede pasar por alto que, últimamente, existe toda una línea y corriente doctrinal que se esfuerza por proponer que la individualización de la pena tenga en cuenta esa dimensión familiar del condenado. Parece que existe razones más que suficientes para que jueces y

Tribunales efectúen una razonada ponderación de intereses, valores y derechos en este asunto.

El profesor Gracia Martín nos explica que “se estima que una pena efectivamente ejecutada por más de 15 años puede producir un deterioro irreversible de la personalidad del recluso” (Gracia, 1996, p. 64), lo que se opone al contenido del artículo 2.24.h de la Constitución, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes.

2.1.22 La manifestación del principio de proporcionalidad

La Corte Suprema entiende que la determinación de la pena no se agota en el principio de culpabilidad, sino que la misma debe tener en consideración la proporcionalidad en el hecho cometido. (Recurso de Nulidad N° 3588-99, La Libertad, 29 de octubre, p. 66)

Existen dos manifestaciones del principio de proporcionalidad

(1) *Proporcionalidad abstracta*: tiene lugar en la propia creación de las leyes penales. En primer lugar, hay que determinar si la reacción penal resulta proporcional en atención a los medios con los que cuenta un Estado para alcanzar el fin de la protección. En relación al máximo de la pena, ninguna pena puede afectar la dignidad humana o desocializar al sujeto. Si bien puede objetarse que el legislador no está en la capacidad de apreciar todas las posibles realizaciones del respectivo delito, este conocimiento no impide un juicio general. un juicio de valor no puede convertirse en una comprobación empírica. (García, 2012, p. 185)

(2) *Proporcionalidad concreta*: el juez, al momento de emitir una sentencia, deben tener en cuenta el test de proporcionalidad.

Para mantener vigente y efectiva el principio de proporcionalidad, se mantiene fundamentalmente entre el hecho y la pena, por lo que habrá que precisar cómo se determina la gravedad del hecho (analizando los aspectos objetivos, y no por razones políticas o morales) y cómo la gravedad de la pena (aquí evitando penas denigrantes, respetando el principio de prohibición de exceso), de manera que se debe evitar afectar derechos fundamentales innecesariamente. (Vives Antón y Del Rosal, 1984)

Alexy (1992) es quien mejor ha advertido sobre el tema y afirma:

La exigencia de la proporcionalidad se deriva de la propia pretensión de vigencia de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión y cuya capacidad de limitación mutua no puede determinarse sino teniendo en cuenta el peso de cada uno de los derechos en cada concreta colisión. Ello sucede, según ALEXY, porque las disposiciones constitucionales que prevén derechos fundamentales no tienen carácter cerrado de las reglas, sino el carácter abierto de principios. (p. 87)

En el derecho penal también tiene vigencia y de mucha importancia el principio de primacía de la realidad, pues más allá de las presunciones legales, se tiene que considerar lo que realmente ocurre como circunstancias para determinar la pena.

2.1.23 Modificación normativa en las relaciones sexuales con menores de edad

Las sucesivas reformas del DP sexual no han sido pues de contenidos típicos, sino principalmente para agravar las penas. Con ello cobra sentido la regla empírica de la criminología, relativa a que un exagerado optimismo en la eficacia de sanciones drásticas para lograr la prevención general, normalmente no viene acompañado de una mayor protección para los bienes jurídicos. Las reformas parecen no haber contribuido importantemente a la prevención de los delitos sexuales, se muestran más como tapadera de la impotencia del Estado para satisfacer la demanda social de una protección eficaz. (Caro, 2002)

(1) Mediante la Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, el Parlamento modificó el inciso 3 del artículo 173, del Código Penal, e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no solo penalizó el acto sexual sea este consentido o no, sino también, desde dicha data surgieron controversias con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, en materia de libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

El texto queda establecido de la siguiente manera:

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

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

Inc.3. Si la víctima tiene entre catorce (14) años de edad y menos de dieciocho (18), la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua. (Ley N° 28704, 2006)

(2) Mediante la Ley 30076-2013, que modifica el Código Penal, el 19 de agosto 2013 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Ley 30076. En lo que respecta al delito de violación sexual de menor de edad el texto queda de la siguiente manera:

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

“Inc. 2. Si la víctima tiene entre 10 y 14 años de edad la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años”. (Ley N° 30076, 2013)

Como se puede apreciar queda suprimido (derogado) el inciso 3, que establecía que, si la víctima tiene entre catorce (14) años de edad y menos de dieciocho (18), la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

El proyecto de ley que dio origen a la derogatoria del inciso 3, artículo 173 del Código Penal, señalaba entre sus fundamentos que la norma que sancionaba las relaciones sexuales con adolescentes de 14 a menos de 18 años de edad, desconocía el proceso biológico y psicológico de maduración sexual que alcanzaba la persona humana en esa etapa de adolescente.

2.1.24 Los acuerdos plenarios en relación a las relaciones sexuales en menores de edad

(a) De conformidad a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, en su inciso 14, cuando el acceso carnal con un menor entre 14 y 18 años no fuera voluntario, es decir, se empleara en su contra violencia o amenaza, o sencillamente

el sujeto activo se aprovechara de su estado de inconsciencia o fuera un incapaz, haciéndose referencia, se comente el delito de violación sexual.

Así, resulta primordial para la determinación del *quantum* de la pena la concurrencia de factores complementarios de atenuación para cada caso concreto los siguientes requisitos: a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva; b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia o temprana edad; d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas. Consecuentemente, desde esta perspectiva deberá atenuarse la pena.

(b) En el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, se dispuso que el consentimiento válidamente emitido por un menor comprendido entre los 14 y los 18 años, determinaba el carácter atípico de la realización del acto sexual y la no aplicación del art. 173.3 CP, por entenderse que dichos sujetos son titulares de libertad sexual y, por lo tanto, dicho bien es de plena disponibilidad por su parte.

(c) En el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, ante la prohibición de la aplicación de la responsabilidad restringida que se estaba impidiendo vía casaciones, impecablemente este acuerdo se pronuncia y determina que “la exclusión de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en los delitos que califican de muy graves debe ser interpretada conforme a lo indicado en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, esto es, resulta inconstitucional y no debe aplicarse”.

No pasó mucho tiempo para que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema desaprobara y declarara nulas estas sentencias.

(d) Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales de la Corte Suprema Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433. En la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018, que deja sin efecto dicho carácter vinculante (casatoria N°335–2015–El Santa que facultada la responsabilidad restringida), y aquí se retoma nuevamente el problema de la ausencia de uniformidad. La misma Sentencia Plenaria afirma: no es posible, por consiguiente, crear pretoriamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas de bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria). Reduciendo de esta manera, los criterios a dos: i) interés superior de niño y ii) dilaciones indebidas del proceso. Sus postulados en síntesis son los siguientes:

a) El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.

b) Por tanto, la pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos, aunque siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales.

c) Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena.

d) No son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”. Sin embargo, la inclusión de estos ‘factores’ y la mención a un ‘control de proporcionalidad de la atenuación’ no son

de recibo. Primero, porque en el artículo 46 del Código Penal estipuló las circunstancias a las que irremediamente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado.

Es así que las penalidades siguen siendo disímiles y desproporcionadas, peor aún, estamos en una situación de inseguridad no solo jurídica, sino jurisprudencial.

2.1.25 Sobre la relación sexual en menores: realidad nacional según encuestas

El INEI en un estudio realizado en el año 1998 concluyó que “un 19.8% de las mujeres entrevistadas tuvieron relaciones sexuales entre 10 y 14 años de edad” (Sánchez, 2009, p. 51).

En el año 2000, no existen datos precisos respecto al momento de inicio sexual en el Perú. Según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2000, 19 años es la edad mediana de la primera relación sexual, pero para mujeres sin educación o con instrucción primaria la edad baja a los diecisiete (17) años. Otros estudios al parecer más cercanos a la realidad, señalan que el inicio sexual ocurre entre los trece (13) y catorce (14) años en varones y a los quince (15) años en mujeres. (Tavara, 2008)

Tomando en cuenta las cifras disponibles, en el Perú, el 22 % de las adolescentes ya se ha iniciado sexualmente. El porcentaje de adolescentes que tienen vida sexual activa es más alto en los grupos que tiene menor nivel educativo (52.5 %) o de menor nivel económico (40.2 %). (ENDES , 2006)

Según una encuesta en el 2014, 6 % de las mujeres entrevistadas tuvo relaciones sexuales antes de los 15 años, el 31 % del total de las adolescentes de 15 a 19 años había tenido relaciones sexuales alguna vez en la vida. De la población

del estudio, las mujeres de Lima (región costa) tienden a empezar la actividad sexual un poco más tarde, pero, en Ucayali, el 16 % de mujeres tuvo relaciones sexuales antes de los 15 años, frente a 5 % en Lima. (Fonner VA, 2014)

En el Perú, durante el período del 2007 al 2011, se registraron 241 muertes maternas adolescentes por 100 000 nacidos vivos, lo que constituye más del doble del indicador para el país (106 por 100 000 nacidos vivos). Un estudio de 2006 muestra que el 25 % de las mujeres hospitalizadas por complicaciones de aborto tenían entre 14 y 19 años. (Ferrando , 2006)

2.1.26 Tratamiento de violación sexual en menores de edad en el derecho comparado

El profesor salas (2013), en su libro *Indemnidad*, nos explica sobre la regulación comparada sobre la tipificación de violación sexual en menores de edad, cuya lista hemos escogido para el presente trabajo.

Argentina

La violación es el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de 13 años o carecer de discernimiento para ello, no posee la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual. (Donna, 2003, p. 57)

Chile

En la legislación penal chilena se establece en el artículo N° 373: “Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad, pero mayor de 12 años”. Salas Arena indica que “la edad de libre disposición de la sexualidad en consecuencia es los doce años en Chile” (Salas, 2013, p. 84).

Costa Rica

En el art. 156, Código Penal costarricense se establece:

Se comete delito de acceso carnal con: 1) menor de doce años; 2) privada de razón o incapacitada para resistir, y 3) violencia corporal o intimidación.

Ecuador

En el art. 512, Código Penal ecuatoriano:

Acceso carnal: 1) víctima menor de doce años; 2) privada de razón o de sentido, y 3) cuando se usare fuerza o intimidación.

Guatemala

En su art. 173, Código Penal guatemalteco:

Se configura el delito de violación sexual cuando medie 1) Uso de violencia; 2) privada de razón o incapacitada para resistir, y 3) menor de doce años.

Honduras

En su art. 436, Código Penal hondureño:

Cuando exista: 1) Fuerza o intimidación; 2) privada de razón o sentido, y 3) menor de doce años.

México

En sus arts. 265 a 266, Código Penal mexicano:

Cuando medie: 1) Violencia física o moral; 2) cópula con menor de doce años, y 3) por dos o más personas.

Nicaragua

En su art. 195, Código Penal nicaragüense:

Cuando: 1) Nicaragua. Yaciendo con mujer sin su consentimiento con: 1) fuerza o intimidación; 2) privada de razón o de sentido; 3) menor de doce años; 4) cuando se trate de mujer casada a quien el violador hace creer que es el marido, y 5) se trate de dos o más personas.

Venezuela

En su art. 378, Código Penal venezolano:

Cuando exista violencia o amenaza: 1) la víctima no tuviere doce años de edad; 2) no tener dieciséis años, si el culpable es ascendiente, tutor; 3) detenida, confiada a la custodia del culpable, y 4) no tuviere capacidad para resistir.

En Venezuela se establece, como vemos, los doce años como parámetro para la protección de la indemnidad sexual. (Diez Ripolles, 2000, p. 26)

España

El Código Penal español ha establecido en 13 años de edad conforme al art. 181 N° 2 CP (hasta 1999 incluso en doce años).

2.1.27 Jurisprudencia comparada

En la STS 490/2015, de 25 de mayo, se alegaba por la parte recurrente que los besos en los labios de un abuelo a su nieta, no debían ser calificados como delito de abuso sexual, sino, a lo sumo, como una falta de vejaciones injustas que estarían ya prescritas, no estando, por tanto, incluidos en el ámbito objetivo del tipo penal. El Tribunal Supremo entiende que el delito de atentado a la indemnidad sexual de un menor del artículo 183.1° CP, que es el aplicado, está sancionando, aún en supuestos de ausencia de violencia, intimidación o acceso carnal, con una pena de especial gravedad, de dos a seis años de prisión, que debe ser impuesta en su mitad superior cuando se cometa por un ascendiente.

Brasil

En un caso juzgado por el Supremo Tribunal Federal en el año 1996, donde el mismo presentó controversias existentes en el tema de la minoría de edad en relación a la libertad sexual tuvo dos enfoques principales: primero los argumentos esgrimidos y segundo la decisión del Supremo Tribunal Federal brasileiro. Una persona de 24 años de edad, condenado tanto en primera como en segunda instancia por el delito de violación mediante violencia ficta, contra una menor de 12 años de edad, en Minas Gerais. Posteriormente, mediante un habeas corpus interpuesto ante el Supremo Tribunal Federal brasileiro, se procedió a liberar al adulto, quien ya

había sido condenado por el referido delito sexual. Esta máxima instancia judicial brasilera, pudo absolver al adulto infractor mediante el siguiente argumento: que había sucedido un error de tipo, siendo que el acto sexual había sido mediante el consentimiento de la adolescente, además el sentenciado no tenía la idea de haber cometido delito alguno, pues la adolescente aparentaba más que la edad que tenía en realidad; por lo que, el sentenciado no pudo conocer de ello a simple vista, siendo así no existió delito. En este caso se empleó un tecnicismo legal para obtener la libertad del sentenciado, por el solo hecho de no haber podido reconocer la edad de la persona con quien había tenido relaciones sexuales, otra parte señala que no se ha tenido en cuenta el enfoque moral sobre el hecho cometido por el adulto infractor.

2.1.28 Criterios para valorar el hecho de las relaciones sexuales con menores de 13 años de edad

Resulta conveniente y coadyuva a la propuesta que se está ofreciendo, los parámetros que nos brinda el Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116, que si bien ha tenido gran impacto, sin embargo el legislador encargado de legislar, y el juez encargado de interpretar la norma penal, debería de reconsiderar, y estos criterios serían:

- La diferencia etaria entre los sujetos activos y pasivos no sea excesiva.
- Existencia entre el sujeto activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerados socialmente
- Las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.

- La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.
- En casos de relación de menores de edad, donde exista una relación no violenta y consentida de enamorados, los criterios de responsabilidad restringida (18 a 21 años).
- Que no exista un daño psicológico o físico, pero de grave trascendencia. No se debe olvidar, como se ha desarrollado desde las concepciones clínicas del abuso sexual, que no en todas las mujeres tienen los mismos efectos; sobre todo en las primerizas (sean menores o adultas) siempre existe una afectación psicológica, y no está determinado por la edad, sino como dependerá de cada persona.
- El juez debe tener en cuenta los efectos colaterales de su propia sentencia.
- Sobre la declaración de la presunta víctima: en la doctrina se califica a la víctima, en estos casos, de “testigo cualificado”. El artículo 144, inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes, estatuye que el Fiscal de Familia con carácter imperativo, debe ordenar la evaluación clínica y psicológica de la víctima por personal especializado. La pericia psicológica ayuda muchísimo a determinar la fiabilidad del testimonio y a establecer los daños psíquicos causados por el delito a la víctima. Hoy la psicología dispone de procedimientos fiables que permiten evaluar no solo la madurez cognitiva de los testigos infantiles, sino también en qué medida lo que exponen en su testimonio es real o no, para lo cual está la figura del psicólogo forense (Castillo, 2002, p. 36). En estos sucesos, donde se cometen de manera solitaria, en la que falta la presencia de testigos directos, tiene una importancia decisiva

la declaración de la víctima, la cual no solo posee la calidad de un testigo de cargo [en sentido amplio], sino de presunta agraviada, “y estas tiene consideración de prueba testifical, en la que puede basarse la convicción del juez” (Rives, 2001, p. 2).

Por lo tanto, se tendrá en cuenta para valorar adecuadamente la declaración: presupuesto temporal (un tiempo considerable entre el hecho y la denuncia); persistencia en la incriminación (respeto al hecho y al autor); valoración objetiva de las contradicciones; la relevancia de la declaración (aportar suficientes datos del hecho en sí); por partes de los especialistas, el reconocimiento psicológico o psiquiátrico (con el fin de determinar su carácter, temperamento, grado de credibilidad).

2.1.29 Propuestas a considerar en la determinación de las reglas del consentimiento a partir de hechos objetivos

Se debe remarcar que este apartado parte de situaciones objetivas que permitan inferir que efectivamente la adolescente ha brindado un “grado de consentimiento suficiente” para deducir que actúa con voluntad, inteligencia y libertad. Estas alternativas que presentamos según las circunstancias del caso podrían aplicarse de manera conjunta como también cada apartado de manera autónoma. Por eso, se hace énfasis en que debe analizarse según el caso en concreto.

En primer término, debemos tener en cuenta que la adolescente de 13 años de edad (algunos hablan de 12) tiene libertad para disponer de su vida sexual, por lo que no debería sancionarse a quien comparte con ella un acto sexual consentido, por ser el acto sexual un acto lícito. En segundo término, desde un punto de vista

psicológico, social y clínico, ha quedado evidenciado que un adolescente desde los 13 años tiene capacidad física y psíquica suficiente para valorar adecuadamente una conducta sexual. Entonces las reglas a propuesta para valorar el consentimiento de la menor serían:

(1) Analizar el aspecto social, cultural de ambos agentes. Este apartado es significativo, en el sentido que el legislador, como el operador jurídico, debe adecuar sus exigencias legales en relación de las circunstancias que se presenta, no ignorando la propia realidad; de lo contrario, la norma queda sin sentido, ficticia, como lo reconoce el Recurso de Nulidad N° 3333-2001 Ica- Corte Suprema.

(2) Sobre el art. 5, NCPP: el testimonio de menores de edad puede recibirse en privado protegiendo su integridad, porque a través de esta prueba anticipada, se podría detectar objetivamente y de inmediato si la menor verdaderamente ha sufrido algún trastorno fuera de los normal.

(3) “La mera sindicación de una persona no es suficiente para imponer una sentencia condenatoria; más aún, si existen notorias contradicciones en lo declarado por la menor agraviada, a lo que se agrega que el encausado se ha mantenido firme en su negativa de los hechos”. Como así ha determinado la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°3842- 2011-Tumbes Corte Suprema, para descartar cualquier influencia que podrían ejercer en la realidad.

(4) El uso de la cámara Gesell considerada como una prueba de “oro” en casos de delitos sexuales en agravio de menores de edad (a partir de este, se reconstruye el hecho, a partir de lo que quedó en la memoria de la víctima menor de edad), también evita que los policías, fiscal o juez tengan que estar interrogando a los menores de edad, lo que puede generar no solamente incomodidades, sino que

por la falta de tino en las preguntas del interrogatorio, se puedan ocasionar trastornos emocionales al menor y eso es lo que se pretende evitar. (Noguera, 2015, p. 256)

(5) Unido al postulado anterior, se debe valorar la primera declaración del menor agraviado. La opción es que el menor no sea sometido a una pluralidad de testimonios en sede de investigación. En los casos en que la víctima se niega a facilitar la realización de exámenes médico legales sobre su persona, el juez no debe ordenar ninguna diligencia complementaria, evitando la revictimación; se debe respetar su consentimiento, que, en ciertos casos, pero muy extremos, debe estimarse admisible la reconstrucción de los eventos delictivos (este derecho queda amparado en la intimidad reconocido por el artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política del Estado).

(6) Que exista desfloración antigua o que el daño sea leve. Esto lo podríamos deducir de los razonamientos de la misma Corte Suprema, que tuvo en menores, como se puede apreciar en el Recurso de Nulidad N° 610-2003 Ica-Corte Suprema, donde expresa literalmente que

“como se advierte del certificado médico habría mantenido otras relaciones sexuales y no solamente una como ha manifestado la agraviada. Si la agraviada tiene experiencia sexual, como lo revela el resultado del reconocimiento médico legal (...) De modo que ese certificado médico, demostraría lejos de tener un trauma leve, demuestra en sí, que la adolescente está en la capacidad de restablecer su vida, y sobre todo su vida sexual y por lo tanto el daño que se pretende crear con la llamada indemnidad sexual, jamás se produjeron o si se produjeron fueron de una lesividad tan leve (de

modo natural), que no amerita la intervención del Estado. Y en el expediente la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N°415-2015/ Lima Norte-Corte Suprema, tiene el mismo razonamiento en el caso específico de una menor de la menor de 13 años y donde se aplicó pena pero suspendida en su ejecución al agente activo” (...) también debe considerarse que un acto sexual forzado genera graves perjuicios en la salud emocional o física de la persona, de ahí que de la revisión de expediente se advierte que no existe este daño o no se ha probado, pues el injusto se hace menos grave, más aún en el presente caso donde el encausado y la agraviada tiene un vínculo socialmente tolerado.

(7) El Acuerdo Plenario N°2-2005/CJ-1-16, del 30.9.2005, precisa tres garantías de certeza: 1) incredibilidad subjetiva: verificación del no odio, no enemistad con el agente activo; 2) Verosimilitud: debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter periférico que le doten de aptitud probatoria; 3) Persistencia en la no incriminación del sujeto activo.

(8) Habilidad para diferenciar mentira de verdad. El objetivo de esta fase es determinar si el niño/a o adolescente tiene las habilidades necesarias para diferenciar una afirmación verdadera de una falsa. En algunos países, ante la eventualidad de un procedimiento legal, el entrevistador/a debe obtener un compromiso verbal por parte de la supuesta víctima de decir la verdad. Aunado a eso podríamos incluir la Construcción de *rapport*. El *rapport* se define como “una relación positiva entre el entrevistador/a y el entrevistado/a que genera el ‘clima’ en que se desarrollará el resto del proceso de valoración y contribuye a aumentar la cantidad y la exactitud de la información suministrada. (Boggs y Eyberg, 1990)

2.1.30 Propuesta a considerar sobre el cambio normativo en relaciones sexuales con menores de trece (13) años de edad

Propuesta Legislativa

Proyecto de Ley que modifica el artículo 173 del Código Penal

Exposición de Motivos

Una buena manera de recordar a los ciudadanos de nuestro país, que la existencia de un delito debe pensarse o castigarse, es recordando que los delitos en general, son actos que lesionan algún bien jurídico determinado y que para ello existe una sanción a imponer a quien los efectúa. En los delitos de carácter sexual, los bienes jurídicos lesionados son la libertad sexual y la indemnidad sexual.

La libertad sexual es la facultad de la persona de auto determinarse en materia sexual, sin ser compelido o abusado por otro. Por lo tanto, el delito de violación castiga el uso de la fuerza o el hecho que el autor del delito se vale de alguna circunstancia desfavorable en que se encuentra la víctima, para abusar sexualmente de ella.

La indemnidad sexual es el otro bien protegido. Esta consiste en el libre desarrollo de la sexualidad, es la seguridad que deben tener todos en el ámbito sexual para poder desarrollarse; por eso, las leyes penales se preocupan en especial de proteger la indemnidad sexual de los menores de edad.

Ante esta luctuosa realidad, es necesario que se reconsidere el tratamiento penal brindado a las relaciones sexuales entre debe reformularse, buscando proteger la libertad sexual de aquellos seres humanos que se encuentren en condiciones de determinar libremente la forma como ejercita su sexualidad.

Análisis costo-beneficio

La presente iniciativa legislativa no irrogará gasto para el Estado ya que incide en forma directa sobre la modificación del artículo 173 inc.2 del Código Penal, Decreto Legislativo N° 635. No se requiere el suministro de bienes y servicios, dado que el sentido ontológico de la presente modificación está referido a brindar mayor amplitud a la vigencia plena de los derechos fundamentales de quienes han sido procesados, y condenados por aplicación mecánica del artículo 173, inc. 2 del Código Penal vigente.

El beneficio social, político y jurídico es trascendental, por cuanto el sistema jurídico peruano readquirirá coherencia en materia de delitos sexuales, al tiempo que brindará mayor seguridad jurídica.

Base legal

- Constitución Política del Perú
- Código del Niño y el Adolescente
- Código Penal

De esta manera hemos creído conveniente plantear las siguientes proposiciones legislativas:

Abrogar el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, reestableciendo de este modo que, a partir de los 13 años, las personas tienen la capacidad de decidir libremente el ejercicio de su sexualidad, renombrándose, en consecuencia, el *nomen juris* del tipo a “Violación sexual a menor de trece años de edad”.

El texto quedaría de la siguiente manera:

Artículo 173: Violación sexual de menores de edad

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

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

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

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

Incluir dentro de los artículos 170, 171, y 172 y 175 del Código Penal un párrafo adicional por el cual se penalice la violación de libertad sexual en contra de personas cuya edad oscile entre los trece y menos de dieciocho años. De no adicionarse este párrafo, el quebrantamiento de la libertad e indemnidad sexuales, mediante violencia o grave amenaza, resultaría atípico.

Disposiciones finales complementarias finales y derogatorias

Primera: Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Segunda: El Ministerio Público ante la noticia criminal de una relación sexual consentida practicada con un adolescente de trece (13) años de edad y el agente activo de 18 a 21 años de edad y producto del hecho sexual ha concebido un hijo, pues entonces utilizando el método de interpretación sistemática (conforme a

la Constitución), sociológica e histórica del artículo 173.2 del Código Penal, está facultado a expedir disposición de no formalización de investigación preparatoria y archivar el caso; sin embargo, cuando la investigación se encuentra formalizada (en curso), previa disposición de conclusión de la investigación, puede requerir el sobreseimiento del proceso por la causal de atipicidad del hecho imputado (art. 344.2.b del CPP), la misma que se resolverá en audiencia preliminar de control de sobreseimiento (art. 345 del CPP)

Tercero: Derogatoria

Deróguense las disposiciones legales que se opongan a la presente ley. Comuníquese al señor presidente de la República para su promulgación.

Lima, noviembre de 2019

2.1. Definición de términos

Amenaza grave. El uso de amenazas equivale a la intimidación. La intimidación es todo acto de violencia moral, idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. Se trata de la violencia moral o vis compulsiva, que consiste en la amenaza de un mal futuro que el autor profiere a la víctima. El temor debe ser razonable y tener un fundamento, ya que eso es requisito básico de la amenaza. La amenaza, según un grupo de autores, debe ser inmediata o inminente con relación a la situación de peligro para la víctima, de modo que no se dará el delito si dicha circunstancia temporal no ocurre. (Donna, 2003, pp. 29-30).

Bien jurídico. La doctrina reconoce que lo que se tutela es la indemnidad sexual del menor, el derecho que este posee para no ser obligado a tener relaciones sexuales (...) Otros autores dicen que el objeto de protección en los delitos de abuso sexual de menores es la indemnidad e intangibilidad expresadas en la tutela que le brinda el Estado para que el desarrollo de su sexualidad no se perturbe o altere con prácticas sexuales como la prostitución. De esto se infiere que los menores no tienen libertad para ejercitar su sexualidad. (Arbulú, 2018, p. 231)

Dolo. El dolo, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad en la comisión del evento ilícito. En otros términos, “el dolo consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima (Castillo, 2002, p. 121).

Indemnidad sexual. El juez y profesor Salina Siccha (2015) define la indemnidad sexual como:

El límite temporal de la indemnidad o intangibilidad sexual, es entendida como la protección de la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderse (menores e incapaces), al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta social, resguardando con ello su seguridad o desarrollo físico o psíquico normal para que en el futuro ejerza su libertad sexual sin mayores dificultades. (p. 812)

Jurisprudencia. En sentido lato son las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar conflictos a ellos sometidos (...); en sentido estricto se refiere más propiamente a las resoluciones que emite el máximo tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él. (Rubio, 2009, p. 160)

Libertad sexual. La libertad sexual debe entenderse tanto de sentido positivo-dinámico como de negativo-positivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de las personas de disponer libremente su cuerpo para efectos sexuales, mientras el cariz negativo-positivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. (Caro y San Martín, 2000, p. 67)

Sujeto activo. Comúnmente lo es un hombre, pero, también la mujer puede serlo; una mujer que dispensa sus favores a un muchacho menor de catorce años es punible con el mismo título que el hombre que abusa de una menor de la misma edad; la libertad sexual es privativa tanto del hombre como de la mujer, sin interesar su opción sexual (heterosexual u homosexual), basta que se dé la posibilidad de realización de la conducta descrita en el tipo base. Lo que se incrimina es el abuso sexual, el aprovechamiento de la minoridad del sujeto pasivo, para la configuración del acceso carnal sexual; este abuso puede provenir tanto de un hombre como de una mujer. Si el autor es menor de edad, resulta un infractor de la ley penal, por lo que su persecución será de competencia de la Justicia de Familia. (Peña, 2007, p. 183)

Sujeto pasivo. El sujeto pasivo puede ser un menor de 18 años, varón o mujer, y por su propia minoridad. La presunción *iure et de iure* sobre la edad de la víctima opera incluso en los casos en que el menor es el que ha provocado el contacto sexual. El cómputo de la edad atiende al criterio biológico, sin que ninguna relevancia ostente la mayor o menor madurez psicológica de la víctima a estos efectos. (San Martín y Álvarez, 2007, p. 20)

Violación sexual. Conducta típica que rotulan transgresoras del orden y atentan contra el bien jurídico protegido libertad sexual, porque conllevan la nota de violencia o amenaza caracterizadora de la violación, ya que se procura el yacimiento con abstracción de toda conformidad de la víctima y con oposición cierta, seria y constante de la mujer cuando se ejercita violencia física o con una forzada y extorsiva aquiescencia cuando se practica con amenazas o intimidación. (Sproviero, 1996, p. 4)

Violencia. Debe entenderse como tal el empleo de violencia material, esto es energía física aplicada por el autor sobre la víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia, y con ello abusar sexualmente. La violencia material consiste en una energía física, animal, mecánica o de otra naturaleza, ejercida por el autor o por un partícipe sobre la víctima, con el propósito de lograr la ejecución de los actos libidinosos. (Donna, 2003, p. 27)

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios

3.1.1 Argumentos a favor que sustentan la postura del tesista

3.1.1.1 La indemnidad o intangibilidad sexual a través de la “teoría del bien jurídico”

Desde hace mucho tiempo, se viene uniformizando la “teoría del bien jurídico”. Uno de los representantes es Von Hirsh (2007), quien habla de que la doctrina dominante asigna a la teoría del bien jurídico también una función crítica. Esta última consiste en la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuesto de penalización de conductas meramente morales, y que solo a partir del *harm principle* (principio del daño), el “bien jurídico”, es empleado como instrumento para delimitar y limitar el ámbito de aplicación legítimo de las normas penales; es decir, donde no existe daño concreto, no tiene razón de ser la interferencia el *ius puniendi* sobrecriminalizando conductas neutras, puesto que lo se busca con este bien jurídico es asegurar la esfera de la libertad humana, la convivencia social. Por este motivo, el profesor Gimbernat Ordeig (2006) argumenta que detrás de cualquier tipo penal existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que por consistir en un derecho subjetivo de la persona, sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. Así, como se puede apreciar, en el concepto de indemnidad o intangibilidad en menores de edad, si bien se tiene

en *estricto sensus* una buena intención de proteger el futuro desarrollo normal de la sexualidad de los menores de edad, este interés no es equivalente a bien jurídico, puesto que este interés-sentimiento de indemnidad no puede ser valorado como bien jurídico, porque entra en colisión con auténticos bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, como el del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, el de salud, el de libre desarrollo de la sexual, de modo que lo que se tutela no es un auténtico bien jurídico, sino solo un mero interés que no es digno de protección. De este modo, el concepto de indemnidad sexual es un concepto enraizado en nociones morales, éticas, las cuales determinan lo bueno y lo malo, lo permitido o no, compatible con las concepciones culturales como la cristiana. Pero fuera de ese marco, no existe fundamento científico que sustente su vigencia, además de que entre los mismos doctrinarios que defienden tal postura no existe uniformidad de criterios.

Al respecto hablando de uno de los principales referentes del derecho penal, el profesor García Caveró, parafraseando al profesor Roxín, explica que este principio establece que el derecho penal solamente puede intervenir para proteger bienes jurídicos que merezcan dicha protección, por lo que la intervención penal no puede sustentarse en cuestiones meramente morales o de simple orden social.

Por las razones aducidas, el derecho penal debe legitimarse solo a partir de la “teoría del bien jurídico” del principio de daño concreto que pueda existir, si se pone en peligro un bien, y si este es producto de un riesgo permitido. Por el principio de lesividad, el derecho penal no debe proteger cuestiones morales o éticas, puesto que controlar estas situaciones atañe a otros medios de control social ya sea informal o formal. El derecho penal, por sus principios de última ratio y mínima

intervención, carecen de legitimidad para proteger la intangibilidad sexual, puesto que como se ha demostrado, es un interés positivo, que el legislador tenga las buenas intenciones de proteger a los menores; pero interés no es a bien jurídico, y en vez de poder brindarle mayor amplitud en la capacidad, en la potencialidad de los menores de edad, simplemente con esta concepción indemnidad o intangibilidad estamos buscando encajar, reducir las facultades naturales que tiene los menores de edad. Entonces, regular la indemnidad sexual de los menores de 12 a 13 años de edad condice con los estudios de la doctrina moderna y con la legislación comparada; de modo que pretender condenar a personas que hayan tenido relaciones sexuales consentidas con menores de 13 años va en contra de los parámetros modernos del derecho penal; cuando, además, en gran parte del mundo ya ha dejado de considerarse delito.

La conveniencia de que menores e incapaces se mantengan alejados total o parcialmente del contacto con la sexualidad la fundamenta el concepto de intangibilidad en la existencia de un consenso social en esa línea, mientras que el concepto de indemnidad la estima una consecuencia de la necesidad de preservar a tales sujetos de ciertos perjuicios. Pero ni uno ni otro de esos conceptos expresa la razón última de ese consenso o del carácter dañoso de los efectos producidos por el contacto sexual. Y en este punto caben fundamentalmente dos respuestas, que sin duda condicionan el contenido y la interpretación del derecho penal sexual:

La primera diría que el legislador quiere favorecer la generalización de ciertas pautas de comportamiento sexual en nuestra sociedad, propósito que se vería contradicho si se toleraban prácticas sexuales de adultos con menores o incapaces, sea porque tales prácticas en sí mismas ya se oponen a las conductas que se estiman

deseables (intangibilidad), sea porque promueven futuros comportamientos sexuales opuestos a los que el legislador quiere favorecer (indemnidad); eso no es otra cosa que la protección de una concreta moral sexual social, es decir, la tutela por el derecho penal de una determinada concepción global de lo sexualmente correcto en detrimento de otras.

La otra respuesta explicaría que el consenso social no versaría sobre un rechazo indiscriminado del ejercicio de la sexualidad por menores e incapaces sino sobre el rechazo a que la ejerzan carentes de libertad. Los efectos perjudiciales de tales prácticas con adultos no residirían en las afecciones a su formación o a su proceso de socialización, sino en el atentado contra su libertad producido.

De modo que existe la necesidad de eliminar de la ley penal referencias moralizadoras y, por los menos, en las altas cotas de inseguridad jurídica a que su existencia da lugar. Así, en la actualidad no se puede seguir protegiendo el mal llamado bien jurídico moral colectivo.

3.1.1.2 Sobre la teoría del desarrollo sexual normal y la teoría de las etapas psicoanalíticas y sobre las reglas del consentimiento a considerar en las menores de edad.

Sobre la teoría del desarrollo sexual, defendida entre muchos por la profesora Andahazi (2008) en su libro “pecar como Dios manda”, esta pone en evidencia que la sexualidad es propia de la historia de la humanidad, es indisoluble su vínculo al ordenamiento biológico de ser hombre o mujer, que tiende a proyectarse hacia el otro, como un instinto de supervivencia necesaria. Por ello, la inclinación al deseo sexual es propia de la naturaleza de las personas, e inseparable en todo el desarrollo

del ser humano; claro está desde diferentes formas del desarrollo evolutivo del ser humano. Unida a esta concepción está la teoría psicoanalítica de Sigmund Freud, desde la cual se fundamenta claramente que, entre las etapas de desarrollo sexual, la quinta y última fase corresponden a la genital, que abarca desde la pubertad hasta la edad adulta, durante todo el período de la adolescencia, que se extiende desde los trece (13) hasta los veinticuatro (24) años de edad. Esta fase es de trascendencia fundamental, en la cual el despertar biológico condiciona la maduración de los órganos genitales y la aptitud reproductiva, con surgimiento impetuoso del deseo e inicio de la actividad sexual, donde, a través del sexo, el menor viene reconstruyendo su verdadera personalidad.

Es importante también considerar en esta etapa, que ese desarrollo físico también está enmarcada con un desarrollo psicológico, donde se pueda apreciar el consentimiento de los menores. Ante esto surgen las teorías a partir de perspectiva de género, donde para hablar de consentimiento ante las infinitas concepciones que se tiene, la teoría de género, defendida, entre muchos, por ejemplo, Pérez Yoliliztli (2016): “Ante la variabilidad de concepciones, expresa que el consentimiento funciona como una fórmula mágica, para zanjar dilemas éticos, limitando la discusión a un problema de elección individual”. Es decir, ese sentimiento es un problema de elección, es una cuestión de voluntad autónoma, de derechos humanos de elegir, es decir trasciende a una noción espiritual, va más allá de esta. Y que será determinante el elemento comunicativo que se maneja en el ámbito sexual. Sobre las reglas del consentimiento que se debe valorar de manera objetiva en relaciones sexuales con menores de 13 años de edad, sería los siguientes: analizar de un aspecto psicológico, social cultural a la menor, se debe valorar la primera

declaración que emita, y evitar la revictimización, y hacer el uso de la cama Gesell que viene a ser una herramienta idónea para valorar la declaración de la presunta víctima, que exista desfloración antigua o daño leve, que la diferencia de edad con el agente activo no sea extrema.

En este trabajo se defiende la postura de que legitimar los derechos es ir a la par con las nuevas tendencias, no solo del desarrollo de las nuevas formas de las estructuras de la sociedad, sino también desde las nuevas formas de expresión del mismo hombre, es por eso que ese sentimiento sexual que tradicionalmente se concebía como una expresión espiritual, en la actualidad esta concepción llega a su declive con las nuevas perspectivas de género, desde la teoría moderna psicoanalítica, que fundamentan que la edad adecuada para iniciar con una vida sexual es desde los doce (12) años de edad y que tiene toda la capacidad para consentir relaciones sexuales; esta realidad no se le debe escapar a la ciencia jurídica, concibiéndolas a los sentimientos sexuales, como un fenómeno social cultural, que zanja todo el problema en la propia capacidad que tiene el ser humano de elegir y que el ambiente será muy importante, en la medida que exista este elemento de comunicación sexual que influye y determina la entrega interpersonal; entonces lo que realmente le debe importar al derecho penal, en este ambiente, asegurar que esa comunicación no se haya quebrantado, y en el caso que nunca haya existido, y solo en ese momento se legitimará la intervención del aparato del Estado. Entonces se desprende de manera explícita, que a partir de la edad de los doce (12) años de edad, existe voluntad de expresión, y de elección; y no viene viciada por el solo hecho de ser menor de edad, de modo que iniciar a ejercer el

libre desarrollo de su sexualidad, es legítima natural desde los 12 a 13 años de edad.

No se puede dejar de mencionar que si bien existe investigación médico forense de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pero sin embargo como los mimos que lo practican han demostrado que esto tiene muchas limitaciones, como por ejemplo que las mimas técnicas y principios que se utilizan en los adultos, se utilizan en los menores, o también demuestran que no todos los menores de edad reaccionan de la misma manera, de modo que este tratamiento forense, queda limitado, donde necesariamente y de manera obligada se debe recurrir a la entrevista que puede brindar el menor, solo del testimonio que brinde se pueden sacar resultados objetivos sobre la situación que está viviendo la menor.

3.1.1.3 Sobre la teoría del interés superior del niño, de sus derechos y el razonamiento jurídico

El razonamiento jurídico en relación al interés superior de menor como defiende el chileno Miguel Cillero (2007) “viene por entender que el interés superior del niño y adolescente supone la más amplia satisfacción de los derechos contenidos en la Convención internacional” esta postura es compartida con el maestro ALEXI, cuando habla del mandato de optimización. De modo que el razonamiento debe leer en cuestión de niños, como aquello que implica y debe resolverse y decidirse sobre cuál sea su derecho en el contexto concreto de decisión del órgano estatal, marcada por el catálogo de derechos definidos en las constituciones de los estados democráticos de derecho, siempre buscando que

satisfaga estándares de idoneidad y razonabilidad del mismo, que la dignidad no admite limitaciones o restricciones

Es por eso que entender el interés superior del menor, es entender que estamos regulando derechos humanos propiamente dicho, y no solo tendencias subjetivas, y este interés se concretiza en los derechos humanos reconocidos como: la libertad sexual (este derecho sexual es un derecho humano universal basados en la libertad inherente a la dignidad e igualdad para todos los seres humanos); el de dignidad (que como lo ha expresado el TC es un valor superior de todos los derechos, y que es el único derecho absoluto); al libre desarrollo de la personalidad (que implica reconocer autonomía y que están sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales) el de igualdad ante la ley penal (donde la ilicitud penal sea expresa e inequívoca (lex certa); a la intimidad y privacidad personal (como lo ha definido el TC en el Exp N° 6712-2005-HC/ Tribunal Constitucional) como “aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella, también como la facultad de mantener en reserva ciertos aspectos vinculados con la interioridad o con el ámbito de actuación del individuo)”, este apartado también implica reconocer al concebido su derecho a la familia, y es menester mencionar que la teoría del apego, en relación a la protección que debe brindar el padre al concebido, suma su importancia porque se ha demostrado que la figura paterna es de igual determinante que de la madre para que el menor, tienda a desarrollar su propia personalidad, en un mundo de confianza, que sea posible su relación con el mundo exterior.

Por todo lo desarrollado, se asume la postura de que no se debe confundir “el interés superior” como una simple valoración subjetiva que se debe tener con

respecto a los menores, sino que debe entenderse como lo que la misma Convención lo establece, es decir “interés, es igual a efectividad de Derechos Humanos”. Así se puede inferir que en cuestiones donde se vienen confrontando el interés del menor (derechos), las argumentaciones, ponderaciones, deben tener un carácter dinámico y no estático, en relación a los derechos que ostentan los menores y en relación a las particularidades de cada menor, porque no todos los menores reaccionan de la misma manera, debemos analizar al menor desde una forma integral, es decir social, educacional y hasta económica. Este interés en el caso que nos convoca, está en relación a la protección, no solo de menor de 13 años que por su propia decisión y consentimiento ha cedido el acceso carnal, sino que también por el resultado de esa expresión de su libre sexualidad, ha concebido otro menor, y el legislador y el juez, no deben ignorar que ese interés que se habla en la Convención, también involucra los intereses de ese menor concebido, que se concretizará en que el menor, futuro nacido, goce de una familia, goce de la protección de ambos padres, que velen por él ambos padres, que este concebido tiene el derecho de recibir y gozar del carácter paterno y materno. De modo que ignorar esta realidad, y encarcelar al padre, que por producto del hecho sexual consentida con una menor de 13 años de edad han procreado un nuevo ser, violaría no solo los intereses (derechos) de la adolescente de 13 años de edad, sino que también del futuro nacido y pondría en grave peligro la integridad del concebido. Somos de la idea que, en materia de delitos contra la indemnidad sexual, existe en la actualidad un contrabando ideológico del cual debemos ir despojándonos, pero, de una manera inmediata, esto para seguir evitando distorsiones injustas en relación a conflicto sexuales en el ámbito peruano.

La supremacía de la dignidad de la persona humana sobre el Estado, garantiza a los adolescentes el pleno respeto a la decisión libre de tener relaciones sexuales, como parte del plexo de libertades no perjudiciales a los demás ciudadanos, en rigor, constituye una decisión personal relacionado con un aspecto de la vida íntima sexual, en la que el Estado a través de su sistema de represión penal, no debe inmiscuirse o intervenir, bajo el pretexto de defender ciertos valores morales. No se puede dejar al aire ese derecho absoluto de la dignidad, por una cuestión de presunto o futuros posibles daños, y menos en donde se vive en una sociedad de riesgos, pensar de lo contrario sería detener todo y concebir una sociedad estática.

Al haberse acreditado que tiene inteligencia dentro de los parámetros normales para su edad y nivel educativo, como consta en los nuevos estudios, limitar esta realidad es estar delimitando la autodeterminación del adolescente, es decir le estamos sometiendo a un molde, y sin tener en cuenta que con cada hombre se crea un molde distinto. A contrario sensu, todo reproche penal que coacte y reprime tal libertad, constituiría una discriminación arbitraria e irrazonable

De ello que únicamente a través del reconocimiento de la vida privada el adolescente podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, de modo que, si el legislador debe, y está en la obligación de realizar un análisis sistemático, íntegro, cuando se presente los caso donde menores de 13 años producto de su consentimiento libre y voluntario (porque así refleja su madurez, su inteligencia) han quedado embarazadas. Desde el “contrato social” al Estado se le ha otorgados potestades para brindar garantías a sus miembros (que se debe a ellos) debe analizar las circunstancias familiares, donde su intervención debe ser mínimas

(esto también es lo que se refiere brindar garantías) y ver que, si realmente es necesaria su intervención donde en aquella situación por el normal desarrollo de sus miembros, no le sea exigida la intervención del *ius puniendi*. Por lo que se concluye que en términos tan confusos (como es la indemnidad o intangibilidad) buscar proteger aquello que ni siquiera tenemos a ciencia cierta qué es lo que realmente estamos protegiendo, seguir con esa misma lógica es contravenir al principio constitucional de la legalidad penal, donde se exige un criterio de exactitud. El problema radica en haber tipificado sin la especificación de los medios distorsionadores de la manifestación de voluntad del sujeto pasivo, como la violencia, amenaza, engaño, porque de alguna manera este le llena de contenido expreso a aquello donde navegamos en una laguna de desentendimientos, que es concebir la indemnidad sexual a adolescentes de 12 o 13 años de edad; de modo que nosotros pensamos que en estos aspectos para tipificar las relaciones sexuales consentidas con menores de 13 años de edad, aún se debe mantener los elementos constitutivos del tipo base del art.170 del delito de violación sexual (es decir, la violencia o amenaza).

3.1.1.4 Sobre la teoría del delito y la relación del tipo con la antijuricidad y los límites de la pena estatal, en relación a los efectos colaterales de la pena ejecutadas al agente activo de 18 a 21 años de edad y sus consecuencias negativas reconocidas por la teoría de apego

Como ha desarrollado el profesor Roxin, parafraseando a Welzel y a Bindig, “el tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida” y también: “el tipo es la materia de la prohibición (materia de la norma) de las prescripciones

jurídico-penales”. Quien realiza un tipo penal obra siempre en forma contraria a la norma, de modo que una conducta típicamente adecuada, es decir, contraria a la norma, estará en contradicción con el orden jurídico en su totalidad, si en el caso particular no concurre una proposición permisiva. Y en similar lógica, Von Liszt detalla que “una acción es materialmente antijurídica cuando lesione o pone en peligro un bien jurídico”.

En relación a los límites de la pena estatal, siguiendo el lineamiento del profesor Roxín, que tanto la intervención de derecho penal y la finalidad de la pena deben actuar en armonía en razón de que, sobre la reacción más enérgica de la comunidad, sólo puede recurrirse a ella en último extremo. Si se la utiliza donde basten otros procedimientos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le falta la legitimación de la necesidad social, y la paz jurídica se ve perturbada, y que está siempre debe actuar respetando sus mismo principios de ultima ratio, mínima intervención, de lesividad, de proporcionalidad, y que en relación a la concretización del procedimiento de la sanción penal, tanto el legislador y en especial el juez, debe analizar sistemáticamente la realidad, debe adecuar la ley penal al hecho concreto, donde cada situación tiene sus particularidades, de lo contrario sería una mera aplicación formal de ley. En relación a las consecuencias futuras que podría tener el agente que cometa el ilícito (en este caso le hecho sexual con una menor de 13 años de edad, pero de manera consentida) se debe tener en cuenta lo que muy bien desarrolla el profesor Gracia (1996) que “se estima que una pena efectivamente ejecutada por más de 15 años puede producir un deterioro irreversible de la personalidad del recluso”.

Además de ello, trae consecuencias colaterales de manera muy grave a la menor, y no solo a esta, sino también pone en riesgo el desarrollo normal del concebido, y que a través de los postulados de la teoría del apego, la ausencia de la figura paternal, conllevan consecuencias negativas en los menores hijos, como falta de seguridad, complejos internos, propenso a cometer delitos con mayor facilidad, aunado a esto, no debemos ignorar que la Convención del Niño afirma que son titulares de derechos, además de reconocerles el derecho a una protección especial y reforzada debidos a su condición de personas en desarrollo y crecimiento, son los padres los más idóneos y a la vez tienen el lugar privilegiado de dicha función . Y sobre la edad que debe ostentar el agente activo del hecho sexual consideramos oportuno asumir en parte los criterios que nuestro Código Penal en su art.22 cuando habla sobre la responsabilidad restringida, creemos que es viable considerar relaciones sexuales consentidas con menores de 13 años de edad y agentes activos de 18 a 21 años, esto por un criterio uniformidad.

Así, en este trabajo se está en favor de la postura de que al defender la teoría bipartita de la teoría del delito, esto es, al hablar de una tipicidad positiva (en relaciones a la acción) y una tipicidad negativa (en relación a las causas de justificación), motivo por el que, como se ha demostrado a los largo del trabajo, la inexistencia de la indemnidad sexual en menores de 13 años de edad, se regule como establece el tipo penal 170° de CP; es decir concebir desde esta edad el bien jurídico libertad sexual, y no intangibilidad sexual como se viene regulando en la actualidad, por lo tanto en el caso presente al no existir un bien jurídico indemnidad sexual en menores de edad (13 años), llevaría consecuentemente a determinar que la acción es atípica (siempre y cuando no medie violencia ni amenaza), y aunado a

la parte negativa de la tipicidad al demostrar el consentimiento de la menor, concluyendo también por este apartado como una causa de justificación (no debemos olvidar desde el postulado de la teoría bipartita la tipicidad con la antijuricidad están vinculadas intrínsecamente, cosa que no necesariamente funciona en la teoría tripartita) De modo que desde el análisis uniforme, desde la teoría dualista, la relación sexual consentida con menores de 13 años de edad, en ninguno de sus extremos legitimaría la intervención del Derecho penal. Aunado a esto, en relación a las penas elevadísimas que se vienen emitiendo en nuestra legislación, estamos poniendo en un estado de riesgo gravísimo, los derechos constitucionales no solo del condenado sino también de la nueva familia que se ha constituido, y peor aún se ignora la protección especial y reforzada que necesita el recién concebido, que como se sabe para que se llegue a tal fin, el acampamiento de ambos progenitores es determinante; y como ha puesto de relieve De Vicente Martínez, “la intervención del DP debe estar parametrado en los casos más significativos, pero intervención eficaz del DP no es sinónimo de castigo a largas penas de prisión”, como las del ordenamiento penal sexual. Estas adolecen de asidero constitucional, porque violan los principios de humanidad de las penas y proporcionalidad.

3.1.2 Posturas o argumentos en contra

3.1.2.1 Teoría del bien jurídico moral sexual colectivo y su relación intrínseca con la desproporcionalidad de las penas

Se concibe a esta tendencia, como que a través de este bien jurídico donde emplea el exceso de severidad y rigidez, la consideración de que todo lo

relacionado, incluso levemente, con la sexualidad es una cuestión de materia grave o gravísima en post de proteger todo lo relacionado con lo sexual, donde el Ius Puniendi debe reprimir estas conductas indeseables de la manera más draconiana posible. Esta corriente busca regular aspectos como qué es lo conveniente, lo reprobable, lo delictivo, lo patológico, lo común o lo normal en el desarrollo de nuestras sexualidades individuales es lo que venimos en llamar “la moral sexual”. En este caso, y de la sexualidad estamos hablando, lo que podríamos nominar como la moral sexual, arraigada en aspectos como por ejemplo religioso, es decir en nuestra sociedad, la vivencia de la sexualidad está influenciada por los valores de la cultura judeocristiana desde esta concepción. De modo lo que en el fondo lo que se busca proteger es ese interés colectivo arraigo en nociones religiosas. De modo que al momento de sancionar solo se debe enfocar en el hecho en concreto, donde las demás circunstancias que hayan participado no serán tomadas en cuenta, por lo tanto las penas no tendrán sus límites ni siquiera en los derechos humanos, que ostentan tanto el presunto culpable como la presunta víctima como también no ve los efectos colaterales en relación al concebido.

3.1.2.2 Intangibilidad o indemnidad sexual desde la moralidad sexual colectiva y su regulación desde las escuelas clásicas de la teoría psicológica

Un claro precedente del término ahora legalmente acuñado es el de intangibilidad sexual, introducido en la doctrina española por influencia de la doctrina italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, y que expresaría una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente

intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. También semánticamente, el término intangibilidad alude a la calidad de intocable (en el sentido de lo que no debe ni puede ser alcanzado por una conducta ajena). La razón de ser de este criterio radica en la potencialidad lesiva que el sometimiento a una actividad sexual no deseada puede ocasionar en una persona que no esté capacitada para consentir, que en este caso serían los menores de 14 años de edad.

Nos unimos a la postura del profesor español Díez Ripollés lo preocupante de concebir este bien jurídico es que, posee, una tendencia a intercambiarse con otros términos, como por ejemplo un sentido muy cercano se ha empezado a utilizar el término de bienestar psíquico

Es así que se puede desprender que esta teoría está enraizada en modelo sistemático de la teología moral escolástica, y que su aceptación psicológica está determinada por parámetros moralistas religiosos.

3.1.2.3 De la negatoria del reconocimiento de derechos, del consentimiento de los menores de trece años de edad y por lo tanto de la conducta típica de las relaciones sexual en menores de 13 años de edad

Esto simplemente se puede desprender del art, 173 que regula la violación sexual de menores, donde en su inciso 2, sanciona con hasta treinta y cinco años de pena privativa de libertad a los que tienen acceso carnal con menores de entre diez y catorce años de edad, lo que se entiende que para el legislador peruano estos niños y adolescentes no tiene la capacidad de consentir relaciones sexuales, y en la misma lógica no son titulares de derechos humanos como la de dignidad, libertad sexual,

la autoformación de la libre personalidad, de igualdad de ley; por lo tanto ir en contra de lo que establece la norma penal, se configuraría la acción típica, antijurídica y culpable.

3.2 Resultados jurisprudenciales

3.2.1 Jurisprudencia que sustentan la postura del tesista

3.2.1.1 Los acuerdos plenarios en relación a las relaciones sexuales en menores de edad

Como apreciamos en nuestra jurisprudencia, la regulación es muy variada, e incluso contradictoria, sin embargo, la jurisprudencia que podría coadyuvar es la que más ha influenciado a nivel nacional son los acuerdos plenarios.

De conformidad a lo señalado debemos tener en cuenta que cuando entra en vigencia el código de 1991, las relaciones sexuales con menores de edad sus penalidades eran realmente mínimas en contrario a la realidad actual, es así que en el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, en su inciso 14, establece que cuando el acceso carnal con un menor entre 14 y 18 años no fuera voluntario, es decir, se empleara en su contra violencia o amenaza, o sencillamente el sujeto activo se aprovechara de su estado de inconsciencia o fuera un incapaz, haciéndose referencia, se comente el delito de violación sexual, pero al no existir el elemento constitutivo violencia amenaza, de ninguna manera se configuraría tal ilícito penal.

Así, resulta primordial para la determinación del quantum de la pena la concurrencia de factores complementarios de atenuación para cada caso concreto los siguientes requisitos: a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva; b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo

sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia o temprana edad; d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas. En semejante línea, en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, se dispuso que el consentimiento válidamente emitido por un menor comprendido entre los 14 y los 18 años, determinaba el carácter atípico de la realización del acto sexual y la no aplicación del art. 173°3 CP, por entenderse que dichos sujetos son titulares de libertad sexual y, por lo tanto, dicho bien es de plena disponibilidad por su parte. Y a la vez se estableció como doctrina legal que era posible la exención de la responsabilidad penal del sujeto activo por el consentimiento brindado por la presunta víctima, de este modo debiendo ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad; por lo tanto, es necesario hacer hincapié que carece de trascendencia la diferencia de edades que exista entre el sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental entre ellos, en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño, este último solo relevante para el delito de seducción. Posteriormente en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, al respecto de este acuerdo, ante la prohibición de la aplicación de la responsabilidad restringida que se estaba impidiendo vía casaciones, impecablemente este acuerdo se pronuncia y determina que “la exclusión de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en los delitos que califican de muy graves debe ser interpretada conforme a lo indicado en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, esto es, resulta inconstitucional y no debe aplicarse”

Postura particular: Si bien la Corte Suprema ha realizado un esfuerzo interpretativo en aras de que el derecho penal se aplique con racionalidad, sin embargo, reconociendo que según el principio de legalidad nos movemos dentro de parámetros normativos podrían salir detractores que señalen que se está promoviendo las relaciones sexuales con adolescentes de catorce años (y en el caso que nos convoca adolescentes de 13 años de edad) y es que en los acuerdos plenarios se constata un vacío, y es la falta de una apreciación de este tipo de fenómenos desde otros puntos de vista, esto es, desde la psicología, antropología o sociología, es decir, desde las ciencias sociales, de tal forma que las sentencias puedan tener también una finalidad pedagógica.

Y que si bien la máxima instancia judicial del país ha buscado solucionar los problemas que trajo consigo la Ley N° 28704, cuya vigencia motivó que nos interroguemos: ¿Acaso, no estaba induciendo a los adolescentes a abortar, atar o abandonar a sus hijos recién nacidos en las vías públicas, para que no se conozca su identidad, y evitar que el padre de la criatura sea denunciado, procesado y eventualmente sancionado con penas que oscilan entre los veinticinco y treinta años de privación de la libertad?. Sin reducir los esfuerzos que ha venido abordando la Suprema, lo que sucede es que nuestros acuerdos plenarios si bien pueden tener fuerza de ley, pero fuerza de ley no es rango de ley, por lo tanto su naturaleza es una naturaleza de jurisprudencia, lo que permitiría a cualquiera apartarnos del tal precedente, como viene ocurriendo, por este motivo, creemos que la solución al problema no radica en los cambios momentáneos de la jurisprudencia, sino en un cambio normativo.

3.2.2 Jurisprudencia en contra

No pasó mucho tiempo de uniformidad de criterios que asumía la Corte Suprema ante las relaciones sexuales con menores de edad (donde incluso se sancionaban penalmente por debajo del mínimo legal), para que la misma Corte Suprema a través de la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente, anularan dichas sentencias. Así, con la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018), que deja sin efecto dicho carácter vinculante, y aquí se retoma nuevamente el problema de la ausencia de uniformidad. Y lo que proponía básicamente es lo siguiente: no existe razón suficiente para la no aplicación de la condena de cadena perpetua en delitos relacionados a relaciones sexuales con menores de edad, de modo que la pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos; de igual manera, no son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”.

Desde esta jurisprudencia vinculante es que las penalidades siguen siendo disímiles y desproporcionadas, peor aún, estamos en una situación de inseguridad no solo jurídica, sino jurisprudencial, aunado a eso que las penas elevadísimas van en contra del principio de humanidad de las penas, de la dignidad del ser humano, y que contraviene en todos sus extremos a un Estado Constitucional de Derecho.

3.3 Resultados normativos

3.3.1 Sobre la normatividad interna

Como también lo ha descrito el profesor Dino Caro, los cambios normativos en la legislación peruana solo han servido es para agravar la pena, mas no para llenar de contenido la situación en sí.

De modo que mediante la (Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006,) el parlamento modificó el inciso 3° del artículo 173°, del Código Penal, e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no solo penalizó el acto sexual sea este consentido o no, sino también, desde dicha data surgieron controversias con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, en materia de libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

El texto quedaba establecido de la siguiente manera

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

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

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

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

3. Si la víctima tiene entre catorce (14) años de edad y menos de dieciocho (18), la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

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

Posteriormente mediante la Ley 30076-2013, el 19 de agosto 2013, que modifica el Código Penal

El 19 de agosto 2013, fue publicada en el diario oficial El Peruano la Ley 30076, mediante la cual se modifican numerosos artículos del Código Penal, Código Procesal Penal de 2004, Código de Ejecución Penal y Código de los Niños y Adolescentes,

En lo que respecta al delito de violación sexual de menor de edad el texto queda de la siguiente manera:

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

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

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

2. Si la víctima tiene entre 10 y 14 años de edad la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

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

Como se puede apreciar queda suprimido (deroga) el inciso 3 el que establecía que, si la víctima tiene entre catorce (14) años de edad y menos de dieciocho (18), la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

El proyecto de ley que dio origen a la derogatoria del inciso 3, artículo 173 del Código Penal señalaba entre sus fundamentos que la norma que sancionaba las

relaciones sexuales con adolescentes de 14 a menos de 18 años de edad, desconocía el proceso biológico y psicológico de maduración sexual que alcanzaba la persona humana en esa etapa de adolescente.

La norma colisionaba con la realidad ya que el inicio de la vida sexual en el Perú es alrededor de los 14 años, siendo más precoz en algunas zonas del país. Los adolescentes mayores de 14 años ya tienen un desarrollo psicológico y madurez sexual suficiente, capaz de autodeterminar su sexualidad. En las relaciones sexuales, los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años de edad, había consentimiento y voluntad de querer tener acceso carnal con el adulto hombre o mujer.

De modo que ahora toda relación sexual consentida sostenida con una persona de entre 14 a 18 años de edad, constituye una conducta exenta de pena, en la medida que existe consentimiento del titular del bien jurídico afectado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 20 inciso 10 del Código Penal.

Nuestra postura en relación a la legislación peruana es que: nuestro ordenamiento reconoce diversas capacidades al adolescente (14 a 16 años), no sólo en el ámbito civil (por ejemplo, reconocer a sus hijos, puede demandar alimentos y ser parte de un proceso de filiación extramatrimonial) sino también en lo penal (por ejemplo, a partir de los 14 años puede ser merecedor de una medida socioeducativa), otorgándole derechos y deberes, por lo que el reconocimiento de dicho rol comunitario debería extenderse en relación a la valoración de su libertad, en este caso, la sexual pero a partir de los 13 años de edad, como lo regulan muchas partes del mundo, y porque creemos que las nuevas formas de manifestación de la sexualidad de los menores de edad así lo exigen, por ese motivo proponemos un

cambio normativo, donde buscamos despenalizar las relaciones sexuales consentidas en menores de edad de 13 años, y parte por negar la indemnidad sexual en dichas menores, y por el contrario reconocer el derechos de protección del bien jurídico libertad sexual.

Entonces, nuestro test de proporcionalidad, que debe ser utilizado en un test de proporcionalidad ya sea en forma abstracta (por el legislador) como en su forma material (por el juez) consideramos que debe ser de la siguiente manera.

IDONEIDAD:

En este aspecto lo que se busca es proteger un derecho constitucionalmente protegido sin dejar de merecer la importancia que tenga el otro derecho que entra en conflicto, es del caso de que defendemos al tener el derecho a la indemnidad sexual que se fundamenta en una protección de una presunta lesión a futuro, es decir una lesión de sospecha que no tiene asidero científico, y que en la actualidad las teorías modernas han relativizado su existencia y su aplicación; versus el otro derecho constitucional de la libre disponibilidad de la sexualidad, y que este necesariamente está en conexión con el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal, a la familia y a la igualdad ante la ley, pues por razones suficientes es que este último derecho constitucional con sus derechos conexos, no solo por cuestiones cuantitativas sino cualitativas, nosotros pensamos que debería tener privilegio en su protección.

NECESIDAD:

En este aspecto analizando el medio más idóneo y estrictamente necesario no solo en referencia con el agente activo sino también con el agente pasivo de 18 a 21 años de edad, pensamos que al no existir ningún delito, en casos muy

excepcionales el juez podría solicitar medidas socioeducativas, y si en el caso que existiera un cambio emocional leve de la menor embarazada, el juez, ordenará una evaluación solamente lo necesario con respecto a examen clínico y psicológico de la víctima, y en referencia al agente activo, consideramos que la pena de cárcel de 25 o 35 años de edad, simplemente esta medida carece de funcionalidad, considerando por tanto al ver que su conducta es atípica, legislador como el juez debería ordenar solo si fuera necesario una medida socioeducativa, solo así estaríamos garantizando en ambos una eficacia de los derechos humanos.

STRICTO SENSU:

En este aspecto, analizado el análisis de un razonamiento al estilo *balancing* entre la medida adoptada y la primacía del derecho a proteger, pues consideramos que va acorde a los parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

3.3.2 Sobre el derecho comparado

Como se puede apreciar en países muy importantes donde su legislación con respecto a la regulación en materia de relaciones sexuales con menores de edad es clara y precisa, así por ejemplo tenemos como Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México Venezuela, vienen regulando la libertad sexual desde los 12 años de edad, de modo que para estas legislaciones a la menor de 12 años la reconocen con buen criterio la facultad de disponibilidad de realizar el hecho sexual.

No es muy diferente la realidad argentina y la española, puesto que estas regulan la protección del bien jurídico libertad sexual a partir de los 13 años de edad.

La postura que se defiende en este trabajo, al respecto es que como se puede apreciar que, a partir de la edad de 12, años en otros casos de 13 años de edad en la legislación comparada se le concede al menor la correspondiente libertad de elección, de manera que únicamente incurre en pena quien induce a un menor a consentir en contactos sexuales por medio del engaño o prevaliéndose de una relación de dependencia o cuando medie los elementos constitutivos del delito base, es decir “violencia y amenaza”. Por eso, sin contar con que los conceptos de intangibilidad e indemnidad sexual, como lo ha puesto de manifiesto Berenguer, mal pueden ser utilizados para justificar el castigo únicamente de aquellas conductas que afectan a menores presuntamente incapaces, en circunstancias que ellos aluden a intereses comunes a todo ser humano.

De esta manera, no se alcanza a comprender cuál podría a ser la razón para castigar más severamente el ataque sexual que tiene como presunta víctima a un menor de 12 o 13 años de edad, caso en el cual estaría presente tanto el desvalor del ataque a la indemnidad sexual, como el desvalor de la lesión de la libertad sexual. Y mucho más aun: no se entiende la legislación peruana, porque si violo a una menor, bajo violencia o amenaza, igual será la condena si realizo el hecho sexual, sin mediar “ni violencia o amenaza” de modo que la norma en el fondo podríamos interpretar como que estaría enviando un elemento comunicativo a la sociedad donde, violar (violencia o amenaza) tiene igual equivalencia como cuando realizo el hecho sexual con consentimiento, es por eso que vemos necesario que el legislador peruano, debe analizar de manera urgente e inmediata una regulación normativa al respecto, y teniendo como base el ejemplo de sus homólogos, puedan realizar un cambio normativo peruano en relación a los delitos sexuales en menores

de edad, y como se puede apreciar en gran parte del mundo han dejado de ser delitos.

Así, resulta muy extraño que cuando se revisa la legislación comparada, se ve que los estados desarrollados son muy cuidadosos en su regulación en los límites de restricción en relaciones sexuales con menores. Muchos de ellos empiezan a regular a los 12 años, y el fundamento es simple, dichas legislaciones ajustan su regulación de acuerdo a la realidad social, a las nuevas tendencias científicas. Por esos motivos, es razonable pensar que legislación peruana aún sigue legislado desde el modelo sistemático de la teología moral escolástica, que como se ha demostrado ya ha perdido legitimidad en la actualidad.

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1 Validación de la hipótesis general

Los fundamentos jurídicos para la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad, por inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú, fundadas en la acción atípica de la relación sexual libre y voluntaria con menores de trece años de edad, y, por ende, del vínculo sentimental tolerado socialmente en mérito al garantismo jurídico, son:

- La negación del bien jurídico “indemnidad sexual” en relaciones sexuales consentidas por menores embarazadas de trece años.
- La garantización del libre desarrollo de la sexualidad.
- El derecho del concebido a una familia natural.
- La garantización de la permanencia del interés superior del concebido.

Esta hipótesis queda convalidada en los argumentos teóricos y doctrinarios desarrollados en los apartados 2.2.2, 2.1.7, 2.1.9, 2.1.11, 2.1.13, 2.1.21 y jurisprudenciales, apartado 2.2.19 del marco teórico; y de los resultados de investigación obtenidos referidos en las secciones 3.1.1.1; 3.1.1.3; 3.1.1.4 y jurisprudenciales en el apartado 3.1.1 y de los normativos en la sección 3.3, en donde se puntualiza que la indemnidad o intangibilidad sexual en menores de 13 años de edad, a través de la “teoría del bien jurídico”, no puede concebir a la indemnidad como bien jurídico, puesto que solo es considerado un interés, un valor, pero no todo interés tiene la categoría de bien jurídico; más aún: cuando este interés

contraviene los derechos constitucionalmente reconocidos; por lo tanto, en los adolescentes de 13 años edad, conscientes de las relaciones sexuales, que quedan embarazadas, se busca proteger la libertad sexual, y a la vez garantizar el interés superior de la menor.

Sobre el libre desarrollo de la sexualidad de los adolescentes, este al ser un derecho humano reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el legislador no debe restringir arbitrariamente regulando la indemnidad sexual en menores, pretendiendo buscar una protección en el futuro; sobre el interés superior del niño (concebido), se le reconoce derechos en todo y en cuando le favorece, como por ejemplo el de tener una familia constituida, que debe garantizar su desarrollo normal; sobre la relación del tipo penal con la antijuricidad (desde la teoría bipartita del delito), al no existir indemnidad sexual, en la parte de la tipicidad positiva, la conducta sería atípica y de la parte de la tipicidad negativa, al existir consentimiento de la menor conllevaría una causa de justificación; todo esto tiene a la vez un respaldo normativo en el derecho comparado.

4.2 Validación de las hipótesis específicas

Hipótesis específica N° 1

Las consecuencias que acarrea es que se vulnera gravemente la inestabilidad familiar del concebido; también la repercusión negativa directa al hijo, como la privación del acompañamiento y formación de la figura paterna en el menor.

Esta hipótesis queda convalidada en los argumentos teóricos y doctrinarios desarrollados en los apartados 2.1.1, 2.1.12, 2.1.16, y de la jurisprudencia desarrollada en la sección 2.2.19, ambos del marco teórico; y de los resultados de

investigación obtenidos de la doctrina en el punto 3.1.1.4 y en la jurisprudencia 3.1.1; en donde se puntualiza sobre el derecho que tiene el menor concebido a una familia estable e íntegra, y que por los postulados de la teoría del apego, la falta del acompañamiento del progenitor han demostrado que sus repercusiones son negativas en la formación psicosocial del menor. Además, no se debe ignorar que el niño necesita una protección especial y reforzada, ya que, como lo expresa la Convención, esto recae de manera privilegiada en los progenitores. Por estos motivos, tanto el legislador como el juez deben analizar los casos concretos sobre los efectos colaterales que podría provocar una sanción penal teniendo en cuenta todo lo desarrollado.

Hipótesis específica N° 2

El efecto que produce la no punibilidad es que va acorde con los principios garantistas del derecho penal moderno (última ratio, de proporcionalidad entre otros) y a la vez brinda una mayor seguridad jurídica en la regulación de relaciones sexuales consentidas con menores de trece años de edad, evitándose condenas desproporcionadas.

Esta hipótesis queda convalidada en los argumentos teóricos y doctrinarios desarrollados en los puntos 2.1,14; 2.1.15, y de la jurisprudencia desarrollada en el punto 2.2.19, ambos del marco teórico y de los resultados de investigación obtenidos de la doctrina en el punto 3.1.1.4, y en la jurisprudencia 3.1.1; en donde se puntualiza sobre los límites de la pena estatal, por los que solo el Estado debe intervenir cuando realmente existan daños significativos, de modo que su intervención no debe originar conflictos ahí donde la autocomposición de las partes

determina un estatus estable y en armonía, quedando legitimado su intervención a los principios de ultima ratio, mínima intervención, de lesividad y de proporcionalidad; y para evitar condenas desproporcionadas se debe recurrir a los nuevos criterios de la determinación de la pena, que estará enmarcada no en la mera aplicación formal de la ley sino en un análisis sistemático, concreto y real, según las circunstancias de cada caso.

Hipótesis específica N° 3

Los fundamentos de la existencia de la indemnidad sexual en menores embarazadas por su consentimiento, se encuentra apoyada desde la “teoría del bien jurídico” y permite ejercer los derechos sexuales de la menor, y por otro lado se busca brindar mayor protección al concebido.

Esta hipótesis queda convalidada en los argumentos teóricos y doctrinarios desarrollados en los puntos 2.2.1; 2.2.3; 2.1.7, y de la jurisprudencia desarrollada en el punto 2.2.19, ambos del marco teórico y de los resultados de investigación obtenidos de la doctrina en el punto 3.1.1.1 y 3.1.1.3. Se puntualiza que negar la indemnidad sexual parte de apartarnos del modelo de regulación sistemático de la teología moral escolástica, puesto que esta penaliza conductas donde no ha existido ninguna afectación a bienes jurídicos, y, con ello, todo lo que no es moral debe ser sancionado draconianamente. Con esto se estaría haciendo efectiva y real el libre desarrollo de la sexualidad que en los adolescentes influye de manera decisiva en la formación de su personalidad. Se debe tener en cuenta del riesgo se vive en la sociedad, y se debe entender que muchos de esos riesgos son riesgos permitidos y uno de ellos es el de la libertad sexual de menores. Ignorar aquello conllevaría

detenerse no solo a la sociedad sino a los mismos adolescentes. Sobre la teoría del interés superior del niño, el razonamiento jurídico debe entenderse que no se busca garantizar un simple interés subjetivo, sino hacer efectivos los derechos humanos.

CONCLUSIONES

- 1) La indemnidad sexual queda sin efecto a través de la teoría del bien jurídico, en la medida en que esta no reconoce simples intereses morales merecedores de protección desde el ámbito penal, ya que *interés* no es equivalente a *bien jurídico*, más aún, si este interés contraviene derechos constitucionalmente reconocidos expresamente por la Constitución peruana.
- 2) El análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial, expresado en los resultados del estudio, permite señalar que la exclusión como responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas en menores embarazadas de trece años de edad, por inexistencia de la indemnidad sexual en el Perú, se basa en la negación del bien jurídico “indemnidad sexual” en relaciones sexuales consentidas por menores embarazadas de trece años; además de la garantización del libre desarrollo de la sexualidad.
- 3) Los resultados del estudio permiten señalar que la exclusión como responsabilidad penal del sujeto activo en relaciones sexuales consentidas, en menores embarazadas de trece años de edad por inexistencia de la indemnidad sexual, se fundamentan en el derecho del concebido a una familia natural y la garantización de la permanencia del interés superior del concebido
- 4) Los estudios modernos del desarrollo devolutivo psicológico y psicosexual han demostrado que, a partir de los doce a trece años de edad, los adolescentes tienen la capacidad, y es parte de sus derechos humanos, de iniciar sin ninguna limitación sus derechos sexuales.
- 5) Desde la teoría del bien jurídico, y su implicancia en la teoría del delito en su expresión bipartita (donde existe armonía tanto de acción positiva y acción

negativa), realizar el hecho sexual con menores de 13 años de edad, a partir de la acción positiva, conllevaría una acción atípica, y desde la acción negativa, la capacidad de consentir conllevaría una causa de justificación.

- 6) Las sanciones penales aplicables a las relaciones sexuales con menores de edad conllevan deterioros irreversibles del procesado, además de las consecuencias colaterales que conllevan desproteger a las menores embarazadas de 13 años y a la vez pone en grave peligro la estabilidad del concebido.

RECOMENDACIONES

- 1) Recomendamos despenalizar la indemnidad sexual en adolescentes de 13 años de edad, puesto que tienen toda la capacidad de poder expresar su consentimiento, esta entendida como la capacidad de “decidir” a ejercer su derecho humano de la libre sexualidad, de modo que a partir de esta edad el *ius puniendi* debe proteger el bien jurídico libertad sexual, mas no indemnidad sexual.
- 2) Recomendamos asumir en nuestra legislación peruana los postulados de “la teoría del bien jurídico”, puesto que a partir de esta podríamos evitar sobrecriminalizar conductas no merecedoras de sanción penal.
- 3) Recomendamos al legislador y al juzgador a reconsiderar las consecuencias colaterales que conllevan las condenas, en especial cuando entren en escena los concebidos, puesto que estos necesitan una protección “especial y reforzada”, ya que dicha función recae necesariamente en ambos progenitores.
- 4) Recomendamos que las intervenciones en donde se presenten relaciones sexuales en menores adolescente se realicen con enfoques multisectoriales, como antropológicos, sociales, culturales y económicos, de acuerdo con cada caso en concreto, de modo que la intervención del *ius puniendi* sea dinámico, y no estrictamente la aplicación formal de la ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1992). *Teoría de los derechos fundamentales* (1.^a ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Alexy, R. (2000, 12 de junio). Entrevista a Robert. *Doxa*, 5-7.
- Andahazi, F. (2008). *Pecar como Dios manda* (3.^a ed.). Buenos Aires: Planeta.
- Arbulú, V. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial: delitos contra la libertad e indemnidad sexual y otro*. Lima: Instituto Pacífico.
- Arrones, G., Serna, O., Acosta, L. y Caballero, M. (2006). Valoración médica de la sospecha de abuso sexual en personas menores de edad. A propósito del estudio de tres casos. *Cuadernos de Medicina Forense*, 12(43-44), 57-74.
- Bacigalupo, E. (1989). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: HamMurabi.
- Berenson, A., Chacko, M., Wiemann, C., Mishaw, C. y Friederich, W. (2000). A case-control study of anatomic changes resulting from sexual abuse. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 182(4), 820-834.
- Bernardo, P., E. y Brissot, C. (1980). *Tratado de Psiquiatría* (8.^a ed.). Barcelona: Toray Masson.
- Bodnar, P. (2000). *Síntesis de investigación sobre los derechos reproductivos de la población adolescente*. Lima: UNFPA.
- Boggs, S., y Eyberg, S. (1990). Interview techniques and establishing rapport'. En A. M. La Greca. (Ed.), *Through the Eyes of the Child: Obtaining Self-Reports from Children and Adolescents* (pp. 85-108). Boston, EE.UU.: Allyn & Bacon.

- Bustos, J. (1989). Medición de la pena y proceso penal. En J. Bustos, *Hacia una nueva justicia penal* (319-329). Buenos Aires, Argentina: Boletín Oficial.
- Caro, D. (2002). *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Caro, D., y San Martín, C. (2000). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. aspectos penales y procesales*. Lima, Perú: Grijley .
- Casteló, A., Francés, F., y Verdú, F. (1999, enero). Investigación médico forense en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. *Cuadernos de Medicina Forense*, 15(55), 17-35.
- Castillo, J. (2002). *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual* . Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. (2012). Apego y violencia familiar. *Temas de psicoanálisis*, 4, 15-30. <https://www.temasdepsicoanalisis.org/wp-content/uploads/2012/05/PDF-CASTILLO1.pdf>
- Castro, R. y Casique, I. (2010). *Violencia en el noviazgo entre jóvenes mexicanos*. Cuernavaca, México: Instituto Mexicano de la Juventud.
- Cillero, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 9, 125-142.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *El derecho del niño y niña y la familia*. Washington: Organización de los Estados Americanos.
- Cornaglia, C. (2011). *Abuso sexual de menores*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Cruz, L. (1990, enero-abril). El nasciturus. *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 67, 33-63.

- Declaración del 13.^{er} Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España.
Revisada y aprobada por Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WASS, el 26 de agosto de 1999 en el 14.º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong. .
- Diez Ripolles, L. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal*, 11-43.
- Donna, E. (2003). *Delitos contra la integridad sexual* (2.^a ed.). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- ENDES. (2006). *Sobre la ley de indemnidad sexual*. Lima: Mesa de Vigilancia Ciudadana en Derechos Sexuales y Reproductivos.
- Exp. N° 6712-2005-HC/ Tribuna Constitucional .
- Exp. N° 6712-2005-HC/ Tribunal Constitucional .
- Exp. N° 010-2002-AI- Tribunal Constitucional .
- Exp. N° 010-2002-AI/TC 2003 Tribunal Constitucional.
- Exp. N° 2209-2002-AA/TC 2003 Tribunal Constitucional.
- Exp. N° 2668-2004-AA/ Tribunal Constitucional.
- Feinberg, J. (1980). *The Moral Limits of the Criminal Law*. New York, Estados Unidos: Oxford University Press.
- Fenández, E. (2015). Moral sexual. *Cuenta y Razón*, 1-5.
http://www.cuentayrazon.org/revista/pdf/114/Num114_011.pdf
- Fernández, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Ferrando, D. (2006). *El aborto clandestino en el Perú*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

- Flores, I., Giuliani, M., y Giulio, M. (2012). Algunas consideraciones sobre el concepto de apego. *Revisión Histórica y Aportes Clínicos*, 15-25. http://www.seadpsi.com.ar/congresos/cong_marplatense/iv/trabajos/trabajo_350_845.pdf
- Fonner, V. A. (2014). School based sex education and HIV prevention in low- and middle-income countries: a systematic review and meta-analysis. *Plos One*, 3.
- Fraisse, G. (2012). *Del consentimiento*. México D. F.: Universidad Autónoma de México.
- García, P. (2012). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Jurista Editores.
- Garrido, R. (2010). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (7), 115-147.
- Guiainfantil. (2018). El afecto de los padres es vital para el bebé. *Guiainfantil*, 1-5. <https://www.guiainfantil.com/1365/el-desarrollo-afectivo-en-el-primer-ano-del-bebe.html>
- Gimbernat, E. (2006). Presentación al libro *Teoría del bien jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gracia, M. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia, España: Valencia.
- Gunther, K. (2005). Critical Remarks on Robert Alexy Special Case Thesis. *Ratio Iuris*, (6), 143-156.
- Hairabedian, M. (2008, 14 de agosto). ¿Sirven los escraches a violadores? *La Voz del Interior*, 23-25.

- Hassemer, W. (2007). ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?
En R. Hefendehl. (Ed.), *La teoría de bien jurídico: ¿fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de arbolarios dogmáticos?* (p. 95).
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.
<http://www.inppares.org/sites/default/files/Aborto%20clandestino%20Peru.pdf>
- Intebi, I. (2008). *Valoración de sospechas de abuso sexual infantil*. Cantabria, España: Dirección General de Políticas Sociales.
<https://www.serviciosocialescantabria.org/uploads/documentos%20e%20informes/sospechasAbusoInfantil.pdf>
- IPPF. (2008). *Derechos sexuales: una declaración de IPPF*. Londres, Reino Unido: Federación Internacional de Planificación de la Familia
- Jakobs, G. (2007). ¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? En G. Daza. (Ed.), *El pensamiento filosófico y jurídico penal de Guntjer Jakobs* (pp. 1-19). México D. F.: Flores Editores y Distribuidor S.A.
- Jiménez, C. y Martín, C. (2006). Valoración del testimonio en abuso sexual infantil. *Cuaderno Médico Forense*, 12(43-44), 83-102.
- Kliksberg, B. (2000). *La situación social de América Latina y sus impactos sobre la familia y la educación*. Argentina: Argentina: FCE-BID.
- Leonard, A. (1994). *La moral sexual explicada a los jóvenes*. Bruselas: Ediciones Palabra, S. A.
- Ley N° 30076. (2013, 19 de agosto). Congreso de la República. Diario Oficial El Peruano.
- Ley N° 28704. (2006, 5 de abril). Congreso de la República. Diario Oficial El Peruano.

- Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes. (2000, 2 de agosto). Congreso de la República. Diario Oficial El Peruano.
- López, F. (2017, 14 de junio). Ética de las relaciones sexuales y amorosas. *Salud Sexual*.
https://www.caib.es/sites/salutsexual/es/etica_en_les_relacions_sexuals/
- Magariños, M. (1992). Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena. J. Maier. (Ed.), *Determinación judicial de la pena* (pp. 71-88). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martín, L. (2000). El delito de abandono de familia en la doctrina del Tribunal Supremo Español. *Doctrina Bosh on Line Leggio*, 5-17.
- Ministerio de Salud. (2004). *Guía nacional de atención integral de la salud sexual y reproductiva*. Lima: Gobierno del Perú.
- Mir Puig, S. (2009). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal. En M. C. Arnau. (Ed.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal* (pp. 1357-1382). Valencia: Tirant lo Blanch.
- En M. Cowling y P. Reynolds. (Eds.), *Making Sense of Sexual Consent* (pp. 29-44). Londres: Ashgate.
- Noguera, I. (2015). *Violación de la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Grijley.
- Pareda, N. y Forns, M. (2007). Prevalence and characteristics of child sexual abuse among spanish university students. *Child Abuse & Neglect*, 31(4), 417-726.
- Peña Cabrera, A. (2007). *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*. Lima: Idemsa.
- Peña, R. (1997). *Tratado de Derecho Penal* (3.ª ed.). Lima: Grijley.

- Pérez, Y. (2016). Consentimiento Sexual: un análisis con perspectiva de género. *Revista mexicana de sociología*, 78(4), 22-40.
- Plantin, C. (2010). *La argumentación*. Barcelona, España: Planeta.
- Prado, V. (2010). *Determinación de la pena y acuerdos plenarios*. Lima: Idemsa.
- Quintana, A. (2013). *Mecanismos de presión política en el proceso de despenalización de las relaciones sexuales de adolescentes (2008-2010)* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Archivo digital. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5209/QUINTANA_SANCHEZ_ALICIA_MARIA_MECANISMOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Quinteros, O. (1996). *Comentario a la parte especial de derecho español*. Madrid, España: Aranzadi.
- Recurso de Nulidad N° 3333-2001-Ica-Corte Suprema.
- Recurso de Nulidad N° 3588-99-La Libertad-Corte Suprema.
- Recurso de Nulidad N° 610-2003-Ica-Corte Suprema.
- Recurso de Nulidad N°3842- 2011-Tumbes-Corte Suprema.
- Recurso de Nulidad N°415-2015-Lima Norte-Corte Suprema.
- Recurso de Nulidad N°4753-2007-Amazonas-Corte Suprema.
- Rives, A. (2001). Casos extravagantes de testimonio “el coimputado y la víctima”. *Noticias Jurídicas*, 2. <http://noticias.juridicas.com>
- Rodríguez, L. (2000). *Delitos sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez, N. (2010). *Los efectos de la ausencia paterna en el vínculo con la madre pareja*. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.

- Roxín, C. (1979). Sentido y límites de la pena estatal. En C. Roxin. (Ed.), *Problemas básicos del derecho penal* (p. 1-40). Madrid: Reus S. A.
- Roxín, C. (1979). *Teoría del tipo*. Buenos Aires: Depalma.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus.
- Roxín, C. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Lima: Idemsa.
- Roxín, C. (2002). Problemas actuales de la política criminal. *Instituto de Investigación Jurídica*, (1), 87-99.
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? En R. Hefendehl. (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de aborarios dogmáticos?* (pp. 443-458). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Rubio, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico: introducción al Derecho* (10.^a ed.). Lima: PUCP.
- Ruiz, A., Pérez, M., y Romero, I. (2012). Programa para favorecer el proceso del apego en niños con trastorno general del desarrollo a través del masaje infantil. *Nure Investigación*, (45), 1-9.
- https://www.nureinvestigacion.es/FICHEROS_ADMINISTRADOR/PONENCIA/apego4525220
- Salas, A. (2013). *Indemnidad sexual: tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 y 18 años de edad*. Lima: Idemsa.
- San Martín, C. y Álvarez, E. (2007). Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales). En Banco Mundial y Poder Judicial del

- Perú. (Eds.), *Delitos contra la libertad sexual y delitos contra la familia*. Lima: Poder Judicial del Perú y Banco de la Nación.
- Sánchez, M. (2009) *La reforma del artículo 173 del Código Penal peruano (Ley N° 28704): problemas, propuestas alternativas (el consentimiento en los delitos contra la libertad sexual en menores)* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Archivo digital. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/191/Sanchez_mm.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Sánchez, N. (2018). *La despenalización de las relaciones sexuales en menores de 13 años cuando medie el consentimiento con personas que tengan entre 18 a 21 años de edad*. [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. Archivo digital. http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/24570/Sanchez_ONY.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433 (2018, 18 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://elperuano.pe/NormasElperuano/2018/12/20/1724469-1/1724469-1.htm>
- Sigmund, F. (2012). *Tres ensayos sobre la teoría sexual*. Buenos Aires, Argentina: Alianza Editorial.
- Sproviero, J. (1996). *Delito de violación*. Buenos Aires: Astrea.
- Tasso, V. (2018, noviembre 15). ¿Es universal la moral sexual? *Mujer hoy*, 2-6. <https://www.mujerhoy.com/vivir/sexo-pareja/201811/19/moral-sexual-practicas-sexuales-mundo-raras-20181119160315.html>

- Tavara, L. (2008). Contribuciones de las adolescentes a la muerte materna en el Perú. *Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología*, 50(2), 111-122.
<http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/Vol50N2/a06.htm>
- Torres, N. (2008, 30 de marzo). La (mala) educación sexual. *La República*, 20-22.
- Vives Antón, T. y Del Rosal, C. (1984). *Derecho penal. Parte general* (5.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Von Hirsch, A. (2007). El Concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. En R. Hefendehl. (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abolicionistas dogmáticos?* (pp. 33-49). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Wernes, J. y Werner, M. (2008). Child sexual abuse in clinical and forensic psychiatry: a review of recent literature. *Curr Opin Psychiatry*, 21(5), 499-504. <https://doi.org/10.1097/ycp.0b013e328305e4b0>