

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS
FACULTAD DE DERECHO ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL EXPEDIENTE PENAL N° 27608-2011-0-
1801-JR-PE-51**

PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

EDGAR RAUL GUTARRA POMA

ASESOR:

MG. MIGUEL ANGEL VEGA VACCARO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL

LIMA, PERÚ 2020

DEDICATORIA

Doy gracias a Dios por haberme permitido vivir en estos tiempos, asimismo direccionado y protegido; de igual manera a toda mi familia que con su ayuda y comprensión me permitieron concluir mis estudios universitarios y lograr ser un profesional con la finalidad de seguir brindando mis servicios a los más necesitados.

AGRADECIMIENTO

Doy gracias a mi familia, a quienes les dedico este logro, y a todos mis profesores y compañeros, por permitirme aprender de ellos durante todos estos años de carrera.

RESUMEN

El presente trabajo de información está basado fundamentalmente en el análisis y sustentación del Expediente N° 27608-2011-0-1801-JR-PE-51, proceso penal seguido contra el imputado José Luis ARONI SALDIVAR, por el delito consignado en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal delito contra la libertad sexual de menor de edad de iniciales SH.B.J.L (13), hecho que vulneró el bien jurídico protegido, que es la indemnidad sexual, proceso tramitado en el Primer Juzgado Penal de Lima Este-Chosica.

Asimismo es importante abordar la presente investigación, tomando como referencia histórica como ha venido evolucionado nuestra legislación penal, básicamente sobre el tema de violación sexual, así tenemos que nuestro Código Penal de 1924, código que tuvo su influencia en Suiza, y en el ámbito del delito sexual siendo considerado en primera instancia como delito contra las buenas costumbres, en el Título I “*delito contra la libertad y el honor sexuales*” bien jurídico tutelado, siendo así con el transcurrir del tiempo, fueron siendo adaptados a su tiempo, así tenemos los siguientes Decretos Ley N° 17388; 18968 y 20583; para posteriormente, el 09 de Abril del 1974, determinarse la modalidad de violación sexual de menores de edad.

Actualmente nos regimos por el Código Penal del 1991, que se encuentra regulado con el nombre “*violación de libertad sexual*”, pero estoy seguro que siempre sufrirá modificaciones con la finalidad de regular las conductas de nuestra sociedad, imponiendo penas mediante la agravación de las sanciones y la reducción o exclusión, según sea el caso. Porque si el estado se quedara inerte, entonces sería un cómplice de todas las acciones delictivas.

Palabras claves: Libertad Sexual, Indemnidad Sexual, Violación Sexual. Resolución de la Corte Suprema.

ABSTRACT

The present information's work is fundamentally based on the analysis and support of the file No. 27608-2011-0-1801-JR-PE-51, about the criminal proceeding against the accused José Luis ARONI SALDIVAR, for the crime set forth in article 173 Subsection 2 of the Criminal Code, crime against sexual freedom of minors with initials SH.BJL (13), a fact that violated the protected legal right, which is sexual indemnity, a process processed in the First Criminal Court of Lima East-Chosica .

Likewise, it is important to address this research, taking as a historical reference how our criminal legislation has evolved, basically on the issue of rape, so we have our Penal Code of 1924, a code that had its influence in Switzerland, and in the field of the sexual crime being considered in the first instance as a crime against good customs, in Title I "*crime against freedom and sexual honor*" well protected, being thus with the passage of time, they were being adapted to their time, so we have the following Decree Law N ° 17388; 18968 and 20583; for later, on April 9, 1974, to determine the modality of sexual violation of minors.

We are currently governed by the 1991 Penal Code, which is regulated with the name "*violation of sexual freedom*", but I am sure that it will always undergo modifications in order to regulate the conduct of our society, imposing penalties by aggravating the sanctions and the reduction or exclusion, as the case may be. Because if the state were to remain inert, then it would be an accomplice in all criminal actions.

Keywords: Sexual Freedom, Sexual Indemnity, Sexual Rape. Resolution of the Supreme Court.

TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA	I
DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
TABLA DE CONTENIDOS	VI
INTRODUCCIÓN.....	VII
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE.....	PAG.
1	
SÍNTESIS HECHOS QUE MOTIVARON LA INVESTIGACIÓN POLICIAL	PAG. 2
FOTOCOPIA DE LA DENUNCIA FISCAL	PAG. 4
FOTOCOPIA DEL AUTOAPERTORIO DE INSTRUCCIÓN	PAG. 5
SÍNTESIS DE LA INSTRUCTIVA	PAG.
6	
PRINCIPALES PRUEBAS ACTUADAS.....	PAG. 7
FOTOCOPIA DE DOCUMENTOS VARIOS.....	PAG. 8
- FOTOCOPIA DEL DICTAMEN FISCAL.....	PAG. 8
- FOTOCOPIA DEL INFORME FINAL	PAG. 9
- FOTOCOPIA DE LA ACUSACIÓN FISCAL.....	PAG. 10
- FOTOCOPIA DEL AUTO SUPERIOR DE ENJUICIAMIENTO	PAG. 11
SINTESIS DE LA APERTURA DEL JUICIO ORAL	PAG. 12
SINTESIS DE LAS AUDIENCIAS DEL JUICIO ORAL.....	PAG. 13
REQUISITORIA ORAL DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO.....	PAG. 13
ALEGATO DEL ABOGADO DEFENSOR.....	PAG. 14
FOTOCOPIA DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA PENAL	PAG. 14
SINTESIS DEL RECURSO DE NULIDAD.....	PAG. 15
FOTOCOPIA DE LA RESOLUCION DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	PAG. 16
JURISPRUDENCIA DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS.....	PAG. 17
DOCTRINA ACTUAL DEL HECHO ILICITO EN ESTUDIO.....	PAG. 21

SÍNTESIS ANALÍTICA DEL TRÁMITE PROCESAL	PAG. 30
OPINIÓN ANALÍTICA DEL TRATAMIENTO DEL ASUNTO SUB MATERIA ...	PAG. 34
CONCLUSIONES.....	VIII
RECOMENDACIONES	IX
BIBLIOGRAFÍA.....	X

INTRODUCCIÓN

El delito de violación sexual es uno de los delitos más dañinos que existen, debido a que su afectación en la víctima, repercute en su dignidad, la vida e integridad. Mayormente, los perpetradores utilizan a su favor su posición en el poder, dominio o confianza que tiene con las personas, consideradas en algún sentido como indefensas, para utilizar esa ventaja a fin de lograr cometer su agresión.

No obstante, si bien es completamente rechazado por la sociedad en general, existen muchos obstáculos presentes al momento de ser observado en los juzgados, siendo que actúan muchos factores que pueden desvirtuar la forma en la que se lleva un proceso, y teniendo en consideración la gravedad de este caso, es necesario actuar diligentemente a fin de obtener un fallo que responda lo más cercano a la verdad y justicia.

Bajo ese razonamiento, se sigue el presente proceso penal seguido contra el imputado José Luis ARONI SALDIVAR, por el delito consignado en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal delito contra la libertad sexual de menor de edad de iniciales SH.B.J.L (13), hecho que vulneraría el bien jurídico protegido, que es la indemnidad sexual, proceso tramitado en el Primer Juzgado Penal de Lima Este-Chosica, donde por medio de la actuación de los medios probatorios, se establece una sanción acorde al daño cometido hacia la víctima.

1. DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

DISTRITO JUDICIAL LIMA.

DELITO: CONTRA LA LIBERTAD- VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR
DE EDAD. (ART. 173°, 2do. PÁRRAFO, CODIGO PENAL)

INCUPLADO: ARONI SALDIVAR JORGE LUIS

AGRAVIADA: MENOR DE INICIALES SH.B.JL.

EXPEDIENTE: 27608-2011-0-1801-JR-PE-51(INSTRUCCIÓN)
116-2002 (JUICIO ORAL)
2595-2004 (CORTE SUPREMA)

AUTORIDADES RESPONSABLES DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

- COMISARÍA PNP CHACLACAYO-CHOSICA-LIMA
- PRIMERA FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE CHOSICA.
- FISCAL PROVINCIAL: Dra. ANA MARIA CUBAS LONGA

ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y FISCALES

ETAPA DE INSTRUCCIÓN

PRIMER JUZGADO PENAL DE LIMA ESTE PARA PROCESOS CON REOS LIBRES

JUEZ PENAL: CESAR MAGALLANES AYMAR
SECRETARIO: FRANCISCO CHEN TORIBIO

SEGUNDA FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE LIMA ESTE
JOSE F. CHAPANA LLANOS

SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA ESTE
ESTHER SEPERAK VIERA

ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

PRIMERA SALA JUZGADO EN LO PENAL PARA PROCESOS CON REOS EN CARCEL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

COLEGIADOS: SALINAS SICCHA RAMIRO
MEZA WALDE RITA
IZAGA PELLEGRIN JOSEFA
SECRETARIO: MANUEL ALVARADO TORRES.

SEGUNDA FISCALIA SUPREMA PENAL DE LIMA
PABLO SANCHEZ VELARDE

SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

VOCALES SUPREMOS: VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS
SECRETARIO : PILAR SALAS CAMPOS.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS QUE MOTIVARON LA INVESTIGACIÓN POLICIAL

Fluye del **ATESTADO POLICIAL N° 020-2009-DIV+.POL.CHO-C.CHA/DEIMPOL**, lo siguiente:

- Que en el día 19 de enero del 2009, siendo aproximadamente las 10:00 horas, formula la denuncia el señor VIDAL JARA JAIMES de la fuga de las menores Mayra Isabel Alexandra LEON JARA (15) años y Sharoom Berusca LEON JARA (13) años de edad respectivamente, las mismas que se encuentran bajo tutela del denunciante, refiere que salieron de su domicilio desde el día 16 de enero del 2009; así que previa investigación preliminar se toma conocimiento que las menores se encontraban en el inmuebles ubicado en la Mz. B Lt. 22 PP.JJ. Miguel Grau Chaclacayo, de propiedad de Evelyn Edith RIVERA ALVITES, desde el 16 enero del 2009 hasta el día 20 de enero del 2009.
- La investigada Evelyn Edith RIVERA ALVITES, alega en su defensa, que recibió a las menores porque le habría solicitado alojamiento por ser amigas de su sobrino Jorge Luis Quispe Mamani (16) años, pero no justifica porque las tuvo cinco días, sin permitir comunicarse con sus abuelos, y tampoco puso en conocimiento de las autoridades competentes.
- Es así que durante la permanencia de las menores en la casa de la investigada, el día 18 de enero del 2009 tomaron alcohol con el sobrino y un familiar más en el segundo piso del domicilio de la investigada, viendo que la menor se encontraba ya mareada el sobrino ultraja sexualmente (vaginal y contra natura) a la menor SH.B.L.J.(13) años hecho que fuera corroborado con el **certificado médico legal N° 00373-CLS**, de fecha 21ENE2009, practicado a la referida menor SH.B.L.J., el cual concluye “**desfloración antigua y signo de acto contra natura reciente**”.

Durante la Investigación Policial, se efectuaron las diligencias siguientes:

- Manifestación del señor Jaimes VIDAL JARA.
- Manifestación de la investigada, señora Evelyn Edith RIVERA ALVITES
- Manifestación de la menor Mayra Isabel Alexandra LEON JARA, hermana de la agraviada.
- Manifestación de la menor agraviada Sharoom Berusca LEON JARA.
- Examen Médico Legal a la agraviada Sharoom Berusca LEON JARA.
- Examen de pericia Psicológica a la agraviada, Sharoom Berusca LEON JARA, a fin de establecer las lesiones Psicológicas.

3. **FOTOCOPIA DE LA DENUNCIA FISCAL**

4. **FOTOCOPIA DEL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN**

5. SÍNTESIS DE LA INSTRUCTIVA

El presunto autor del delito Contra la Libertad Sexual – Violación Sexual de Menor de edad, en agravio de las iniciales SH.B.L.J. (13), JORGE LUIS ARONI SALDIVAR. Que, se advierte que el abuelo de la agraviada pone de conocimiento al Primer Juzgado Penal de Lima - Este, que el nombre correcto del agresor es JORGE LUIS ARONI SALDIVAR; y no como se consignó en la etapa de investigación preliminar como Jorge Luis Quispe Hamani, razón por el cual este Juzgado remite lo actuado a la Fiscalía Penal de Turno de Chosica a efecto que realice la investigación correspondiente; es así que a razón del **ATESTADO POLICIAL AMPLIATORIO N° 022-2011**, suscrito por la comisaria de Chaclacayo, se concluye: que la persona de Jorge Luis QUISPE MAMANI es identificado como JORGE LUIS ARONI SALDIVAR (20) años, quien manifiesta que no conoce a la menor SH.B.L.J (13) años y tampoco estuvo el día 18ENE2009, en el domicilio de su prima EVELYN EDITH RIVERA ALVITEZ.

6. PRINCIPALES PRUEBAS ACTUADAS

- 6.1.- Solicitud de ampliación e identificación al imputado, Jorge Luis ARONI SALDIVAR.
- 6.2.- Remite ficha de RENIEC de José Luis ARONI SALDIVAR.
- 6.3.- Declaración testimonial del señor VIDAL JARA Jaimes (tutor) y señora María Angélica VASQUEZ GAMARRA (abuela) de la menor agraviada.
- 6.4.- Declaración referencial de la menor agraviada Mayra Isabel Alexandra LEON JARA (15) años.
- 6.5.- Declaración referencial de la menor agraviada Sharoon Berusca LEON JARA, (13) años.
- 6.6.- Manifestaciones de la investigada Evelyn Edith RIVERA ALVITEZ, así como del imputado José Luis ARONI SALDIVAR, y el implicado Giancarlo Claudio CUCHO ASTORAY.
- 6.7.- Por medio de la diligencia y acta de reconocimiento, se obtiene el pleno reconocimiento por parte de la agraviada SH.B.L.J (13), quien indica directamente a la persona de Jorge Luis ARONI SALDIVAR (20) conocido como “COQUI” y a Giancarlo Claudio CUCHO ASTORAY (25) “CHACALO”, como únicos responsables de los hechos acontecidos en su agravio el día 18ENE2009., en el domicilio del Evelyn Edith RIVERA ALVITEZ.
- 6.8.- Atestado Ampliatorio N° 022-2011-DIV.POL.CHO.C.CHA/DEIMPOL., donde a pedido del Ministerio Público con oficio N° 345-2011, solicito ampliación de la investigación sobre la participación del imputado en los hechos materia de investigación, concluyendo; que la persona de Jorge Luis QUISPE MAMANI, es identificado como Jorge Luis ARONI SALDIVAR (20), quien resulta ser presunto autor del delito contra la libertad sexual- violación en agresión de la menor Sharoon Berusca LEON JARA (13), hecho suscitado el día 18 de enero del 2009 en el inmueble ubicado en la Mz. B Lote 22 Pueblo Joven Miguel Grau Chaclacayo.
- 6.9.- Certificado Médico Legal N° 00373-CLS, de fecha 20ENE2009 donde se concluye “desfloración antigua y signos de acto contra natura reciente”.
- 6.10.- Boletín de antecedentes Policiales de José Luis ARONI SALDIVAR.

7. FOTOCOPIA DE DOCUMENTOS VARIOS

7.1. FOTOCOPIA DEL DICTAMEN FISCAL

7.2. FOTOCOPIA DEL INFORME FINAL

7.3.FOTOCOPIA DE LA ACUSACIÓN FISCAL

7.4.FOTOCOPIA DEL AUTO SUPERIOR DE ENJUICIAMIENTO

9. SÍNTESIS DE LAS AUDIENCIAS DEL JUICIO ORAL

Se da inicio el día diecinueve del mes de julio del año dos mil doce, en la Sala de Audiencias del establecimiento penal de San Pedro –Ex Luriganchu, proceso de audiencia oral seguido contra el acusado, se apertura el Juicio oral y se interroga al acusado, continuando con dicho interrogatorio en las audiencias programadas en las fechas 24, 31 de julio del 2012, 07, 17 de agosto 2012, en las que el acusado se niega de haber cometido el hecho punible que se le imputa señalando que la menor agraviada lo sindicó a fin de cubrir dicho hecho, por proteger a su actual enamorado llamado “Luri”; asimismo al interrogatorio del día 17 de agosto del 2012, la agraviada de iniciales SH.B.L.J de (13) años, niega que Jorge Luis ARONI SALDIVAR, la haya amenazado, asimismo lo sindicó como su violador porque en la etapa preliminar, ella salía con un chico “Luri”, que a sus abuelos no le caía bien; asimismo al ser interrogada por el Ministerio Público, la agraviada manifestó que en el periodo que estuvo en la casa de la señora Evelyn Edith RIVERA ALVITEZ, salió el día domingo por la tarde y se fueron al hotel con Jordy, al amanecer se dio cuenta que su trusa estaba con mancha de sangre, siendo reprogramada la audiencia oral, para el día 6 de setiembre del 2012, para proseguir con la interrogación del perito Médico Legista, quien manifestó que si hablamos de una desfloración antigua, nos referimos a una lesión, de una membrana llamada himen, en el presente caso tiene un tiempo de ocurrido de más de diez días, y concluyo cuando nos referimos a actos contra natura reciente, hablamos del mismo término de diez días, pero hacia adelante y fisura de horas hasta de seis a siete horas, suspendiendo el juicio oral para reiniciar los días 13 de setiembre del 2012.

9.1. REQUISITORIA ORAL DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El representante del Ministerio Público señala las siguientes piezas procesales para su correspondiente oralización, expresando que en folio veinte y veintitrés, acta de reconocimiento de folio ciento uno y ciento dos, en donde la agraviada reconoce y sindicó al acusado como su agresor e incluso indicó haber sufrido amenaza por este para que no declare, caso contrario se le infringiría algún tipo de daño a la familia de la menor, la declaración de la hermana de la agraviada que corre de folio veinticuatro a veintiséis, el Certificado Médico Legal de folio veintiocho, en donde se certifica las lesiones genitales y extra genitales sufrida.

9.2.- ALEGATO DEL ABOGADO DEFENSOR

Al respecto formulo oposición contra la misma, siendo que la menor no señala que haya sido amenazada, sino por el contrario señala que el acusado ha sido su enamorado, con relación a la declaración de su hermana, formula oposición toda vez que al responder la pregunta dijo no saber si de las relaciones sexuales entre el acusado y la agraviada y de otro lado con respecto a las diligencias efectuadas consignados en los folios ciento uno y siguientes no se ha realizado con las garantías de ley, esto es que debió practicarse con las fotografías de personas que presentaran semejantes características.

10. FOTOCOPIA DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA PENAL EN PROCESO REOS EN CARCEL

10.1. SINTESIS DEL RECURSO DE NULIDAD

El Abogado defensor del sentenciado JOSE LUIS ARONI SALDIVAR, formula su RECURSO DE NULIDAD, por el delito contra la Libertad Sexual- VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD en agravio de clave SH.B.L.J 13 años de edad, a VEINTE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD y obliga el pago de S/. 10,000 SOLES, por concepto de Reparación Civil, fundamentando su recurso de nulidad, amparado en la Constitución Política del Perú artículo 139° inciso 3, y por no haber tomado en cuenta los principios que rigen en la determinación del delito y no haber valorado los principios de presunción de inocencia, siendo violado el principio de legalidad, asimismo señala que la pena interpuesta no se encuentra con arreglo a Ley, por no existir coherencia, veracidad y solides en el relato inculpativo de parte de la menor de edad SH.B.LJ (13 años), la misma que en la etapa de juzgamiento se ha retractado de su sindicalización señalando que el autor es conocido como “JORDIN”, asimismo señala que el día 18ENE2009, tuvo relaciones sexuales por su voluntad con su enamorado “JORDIN”, y en su declaración referencial preventiva la mencionada señala que JORGE LUIS ARONI SALDIVAR no es su enamorado, y señala que JORGE LUIS ARONI SALDIVAR le dijo: “que deje de hablar tonterías ya que podría irse a la cárcel”, el cual no se trata de una amenaza sino que le pidió que diga la verdad; además, en la etapa de Juzgamiento señala que JORGE LUIS ARONI SALDIVAR, no era el autor de los hechos sino fue el llamado “JORDIN”.

La sindicación carece de los requisitos exigidos por el Plenario de la Corte Superior de Justicia, Fundamentos Jurídicos, los cuales se encuentran normados en el artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución Política del Perú, que consagra la presunción de inocencia, y el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas deben ser apreciados y valorados por los jueces con criterio de conciencia; nadie puede ser condenado sin prueba y deben garantizar la legalidad exigida.

11. FOTOCOPIA DE LA RESOLUCION DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

12. JURISPRUDENCIA DE LOS ULTIMOS DIEZ AÑOS

12.1. La Corte Suprema de Justicia de la República, en el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, emitió el **Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116** señalando lo siguiente respecto a la irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual:

El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración, condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal. El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se exija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblego o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual. De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, pág. 7)

12.2. Por otro lado, la Sala Penal Permanente por medio de la **Casación N° 335-2015- DEL SANTA**, han señalado en su sumilla que:

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

en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta al imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o participantes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años se tendrán en cuenta, entre otros factores; i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal. ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; iv) Diferencia de edad entre la víctima y el sujeto activo del delito. (Sala Penal Permanente Casacion N° 335-2015- Del Santa, 2015)

12.3. Teniendo en consideración lo previamente expuesto, podemos ver que la Sala Penal Permanente por medio de la **Casación N° 41-2012- Moquegua**, se ha pronunciado respecto a los delitos de agresión sexual, manifestando lo siguiente:

(...) el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo así nuestro ordenamiento jurídico bajo criterio de interpretación sistemático protege a las personas menores de catorce años. En este caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia del consentimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinarse; toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana (...). (Sala Penal Permanente Casacion N° 41-2012- Moquegua, 2013, pág. 12 y 13)

12.4. Asimismo tenemos la **Casación N° 403-2012-Lambayeque** la cual señalaba que la justificación de la imposición de la pena por debajo del mínimo legal obedeció, centralmente a la responsabilidad restringida en el agente, porque en el momento del hecho la edad fluctuaba con veinte años y la aceptación de la práctica sexual y la relación sentimental, entre el acusado y la agraviada, y la extensión del daño o peligro causado; porque toda vez que la pericia arroja que la víctima se encontraba emocionalmente estable.

12.5. Por otro lado, en la **Casación N° 033-2014-Ucayali** se establece que, si el Fiscal no incorpora por error la declaración de la menor al juicio oral, el juez lo deberá hacer de oficio. Igual suerte seguirá la retractación de la víctima, en caso que el Fiscal pidiera la confrontación con la declaración inicial. Asimismo, en la etapa intermedia el Fiscal deberá solicitar que se escuche el audio, se visualice el video o se oralice el acta donde se registra la primera declaración del menor.

Se establece doctrina jurisprudencial sobre:

- a) Las reglas de admisión (en etapa intermedia y juicio oral).
- b) Actuación de declaraciones previas en caso de menores de edad víctimas del delito sexuales.

12.6. Además, tenemos la **Casación N° 004-2016-La Libertad**, donde se manifiesta que, en el delito de violación sexual de un menor de edad, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, el que se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado la madurez suficiente, como es el caso de los menores de edad y los incapacitados. Por tanto, el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderla, al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

12.7. Así bien, por medio de la **Casación N° 344-2017-Cajamarca** nos permite plantearnos una pregunta, sobre si resulta posible la desvinculación de la doctrina y las jurisprudencias vinculantes. Es así que, queda claro que el grado de vinculatoriedad de la doctrina jurisprudencial vinculante y la posibilidad que tienen los jueces de desvincularse de la misma, es porque en el Código Penal del 2004, a diferencia de otros cuerpos normativos, no se ha previsto la posibilidad de que los jueces puedan desvincularse de la doctrina jurisprudencial vinculante.

12.8. En la **Casación N° 1179-2017-Sullana** se observa que los delitos de clandestinidad, son determinantes en la declaración del testigo, víctima y las corroboraciones periféricas. Es evidente que en los denominados delitos de clandestinidad, en que las conductas de violación sexual se suelen producir en un contexto de opacidad, sin más testigos que las personas involucradas, resulta determinante la declaración del testigo víctima y la existencia de corroboraciones

periféricas externas que abonen la versión incriminadora.

12.9. Sobre la **Casación N° 336-2016-Cajamarca** se determina que la aplicación de la responsabilidad restringida, la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, es compatible con la Constitución Política del Estado, toda vez que vulnera el principio del derecho de igualdad garantizada en el artículo 2° inciso 2 de nuestra Carta Magna.

12.10. Asimismo, en la **Casación N° 001-2018/CIJ-433** se ven los alcances para determinar la pena en los delitos sexuales como doctrina legal al amparo de los criterios expuestos precedentemente, que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos, los siguientes lineamientos jurídicos:

- A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definidas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad para el delito de violación sexual de menores de edad no pueden ser impuestos por los jueces penales.
- B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafo 21-14). Estas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirma los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho penal en su relación con el Derecho constitucional. El párrafo 26 de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración. No son aplicables los denominados factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación, estos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La Ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen en el párrafo anterior.

- C. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción inicializadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia plenaria.

12.11.- Por último, en la **Casación N° 436-2016-San Martín** se aprecia que es un error de tipo vencible, en los delitos de violación sexual, configuran el actuar culposo del sujeto; por tanto, una acción culposa deviene en atípica:

En este entenderé, asumir la existencia de un error de tipo (sea este vencible o no) presupone que le accionar del sujeto activo sea de carácter culposo; así como se señaló las acciones culposas son sancionadas en nuestro ordenamiento jurídico cuando expresamente lo señala la norma penal. Sin embargo, el tipo de violación sexual de menor de 14 años solo se encuentra una regulación a título de dolo resultando su comisión culposa atípica. En el caso concreto al haberse determinado un actuar culposo en el recurrente, pues no se advirtió a nivel de instancias precedentes que se haya demostrado indubitablemente que este conocía de la edad de la menor, no se efectuaron exámenes pertinente para determinar la edad que aparentaba la menor, debe tenerse en consideración el fundamento jurídico N° 9 del R.M. N° 3303 2015 SPT., donde se advierte la necesidad de una pericia psicosomática a efectos de determinar la edad aparente de la menor cuando se alega desconocimiento al respecto por tanto, de conformidad con el principio de prevención de inocencia, pues no existió medios probatorios que determine un actuar doloso en el recurrente), y el principio de legalidad (el tipo penal de violación sexual de menor de 14 años es doloso) corresponde eximir de responsabilidad penal al procesado, al no existir una modalidad culposa, imprudente en el delito de violación sexual de menores de 14 años. Cabe apuntar que al no existir responsabilidad penal, en el caso concreto no se requiere pronunciamiento respecto al artículo 22 del código Penal, responsabilidad restringida para graduar la pena impuesta.

13. DOCTRINA ACTUAL DEL HECHO ILICITO EN ESTUDIO

13.1. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA

LA PERSONA

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 4° establece lo siguiente: “La

comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)". (Constitución Política del Perú 1993)

De ello podemos inferir que se acoge el principio del interés superior del niño, mismo principio que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 6165-2005-HC/TC emitida el 06 de diciembre del 2005, donde se señaló lo siguiente:

La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4°, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3°, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...). (Sentencia Expediente N° 6165-2005-HC/TC, 2005)

Ante lo expuesto, el señor Néstor Isaías Romero Huaynalaya en el Resumen de Expediente de Proceso Penal Expediente N° 2006-294 para optar por el Título de Derecho ante la Universidad Peruana de las Américas señaló lo siguiente:

Es este sentido forzar a un adolescente para que tenga relaciones sexuales o actos análogos u obligar a menores de edad en tales acciones significa una afectación directa al derecho fundamental a la libertad (...). Asimismo, cabe mencionar que en su artículo 2°, inciso 24, de nuestra Constitución Política del Perú, también reconoce el derecho a la libertad personal, al respecto nuestro Tribunal Constitucional también ha relacionado dicho derecho con la libertad ambulatoria de tránsito mas no ha señalado respecto de su vinculación con la libertad sexual. (Romero Huaynalaya, 2017, pág. 26)

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 2868-2004-AA/TC., emitida el 24 de noviembre del 2004 manifestó lo siguiente referente al tema:

El derecho al libre desarrollo de la persona 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 determinado ámbito de la vida cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto Constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía de seres

libres. (Tribunal Constitucional, 2004)

13.2. COLISION DE LA LEY PENAL Y LA COSTUBRE EN LOS DELITOS DE VIOLACION SEXUAL A MENORES DE EDAD COMETIDOS POR LOS INTEGRANTES DE LAS COMUNICADES NATIVAS

Según el Dr. Jorge Cueva Zavaleta, la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de las personas a su identidad cultural, así como a la existencia de las comunidades campesinas y nativas. Estos derechos se encuentran normadas en el artículo 2° inciso 19 y en el artículo 89° de la carta fundamentan. El Perú, como país es multicultural, las mismas que se encuentran asentadas en diversas regiones del Perú. Según la carta magna todos somos iguales ante la Ley, sin embargo, su aplicación no tiene en cuenta nuestra realidad nacional; por un lado, están los mestizos inmersos en los adelantos científicos de las grandes ciudades y por otro lado los olvidados o abandonados y al borde de la extinción los miembros de la comunidad nativas de la cuenca del rio amazonas.

Uno de las costumbres ancestrales de las comunidades nativas es el inicio temprano de la vida sexual de sus mujeres, a pesar de ello los nativos al igual que los mestizos son procesados por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad, por el solo hecho de convivir con menores de su propia comunidad.

Los miembros de las comunidades nativas se rigen por sus propias costumbres y es la propia comunidad donde resuelven los problemas sociales que se presentan; sin embargo, el Estado ha establecido que están exentos de responsabilidad solo cuando haya error de comprensión culturalmente condicionado conforme lo establece el Código Penal en su artículo 15°, pero no ha tenido en cuenta que los nativos no actúan por error sino por su modo de vida ancestral.

Entonces nos encontramos frente a un problema de colisión entre la Ley Penal y la Costumbre, cuando se aplica en los delitos de violación sexual de menores cometidos por los integrantes de las Comunidades Nativas de la cuenca del rio Amazonas.

Para poder resolver la incertidumbre entre el derecho y la costumbre, tenemos que primeramente comprender en que consiste la costumbre; y este tema es muy polémico entre los juristas, así

tenemos que la costumbre es más que la reiteración permanente de determinadas conductas, creando en los ciudadanos una conciencia de obligatoriedad. Este derecho consuetudinario está formado por dos presupuestos esenciales; un elemento subjetivo (*el animus*), que es la voluntad de vigencia por parte de la comunidad, hacia una conciencia o sentimiento obligacional; y un elemento objetivo (*el corpus*), que es la práctica suficientemente reiterada de un determinado acto. A la costumbre la podemos identificar de manera activa (*consuetudo*), cuando de nacimiento a nuestra norma jurídica o normas consuetudinarias, y de manera pasiva (*desuetudo*), cuando extingue o pone en obsolescencia algunas normas jurídicas preexistentes.

Ahora tenemos que ver en que se basa el derecho, veremos el artículo 15° del Código Penal que dice; *“el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”*.

Nuestra legislación existe una forma de error especial denominada *“error de comprensión culturalmente condicionado”*, tipificado en el artículo 15° del código Penal. Este error se presenta cuando el infractor se desarrolla en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura. Según Martínez, el problema que representa a continuación está vinculado al de la diversidad étnica cultural, propia de las sociedades latinoamericanas, las cuales albergan en su seno un sin número de culturas minoritarias que a su vez reclaman un reconocimiento a su identidad cultural.

Para los casos en que el condicionamiento cultural o la costumbre no provenga de un error de parte del sujeto sino como especial motivación, es viable fundamentalmente la inexigibilidad en base al artículo 45° numeral 2 del Código Penal, no obstante, ello este artículo, no establece expresa posibilidad de exención de pena, sino que se deja a la discrecionalidad jurídicamente vinculada del juez sobre la base del principio de determinación de la pena para sancionar como un agente doloso. Asimismo, dentro de los juristas no existe uniformidad de criterio sobre la naturaleza jurídica de esta institución, por un lado hay autores que consideran que es una causa de inculpabilidad como el caso de Villa Stein y Bramont Arias Torres, y otros como causa de inimputabilidad como Villavicencio Terreros y Hurtado Pozo; sin embargo, lo que está en cuestión es el hecho de que los indígenas o nativos no actúan por patrones extraños a su

comunidad sino de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Lo que se exige, por parte de la cultura mayoritaria, es que los miembros de dichas culturas se comporten de acuerdo a los cánones del mundo occidental globalizado en desmedro de sus costumbres ancestrales. Ello ha motivado que se procesen y condenan por igual a mestizos y nativos que incurrir en el delito de violación sexual de menores de edad, incluso Villavicencio considero que en dicho artículo de diferencia dos modalidades de condicionamiento; Por su cultura y Costumbre. El primero es el error de comprensión culturalmente condicionado (que es un error invencible de prohibición) y el segundo correspondería a la llamada conciencia disidente; (cuando el nativo actúa en el marco de su entorno cultural que no considera su conducta como ilícita lo que sería un error vencible).

Frente a la incertidumbre podemos plantear la siguiente hipótesis:

- a) La Ley Penal colisiona con la costumbre cuando se aplica en los delitos de violación sexual de menores cometidos por los integrantes de las comunidades Nativas, sin respetar sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida.
- b) Existe un error de prohibición especial en el Código Penal, regulado en el artículo 15°, que resulta discriminatorio al considerar que los nativos proceden por error de comprensión culturalmente condicionado más no por sus costumbres ancestrales.
- c) La Ley Penal Unitaria se aplica en todo el territorio del Perú, sin considerar que es un país multicultural e intercultural y que se hace necesario la elaboración y promulgación de un Código Penal Especial, en base a las costumbres y organismos de resolución de conflictos de las comunidades nativas.

13.3.- PROTECCION DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 2° inciso 1° señala lo siguiente: *“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*. (Constitución Política del Perú 1993)

Respecto a ello el Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre lo tratado en la Sentencia del Expediente N° 2333-2004-HC/TC, emitida el 12 de agosto del 2004, donde expresó lo siguiente: La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y

por ende a preservar la forma disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y en general la salud del cuerpo (...). El derecho a la integridad moral defiende los fundamentos de las obras de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social (...). El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. (Tribunal Constitucional, 2004)

De esta forma, concuerdo con el señor Néstor Isaías Romero Huaynalaya en el Resumen de Expediente de Proceso Penal Expediente N° 2006-294 cuando señaló que:

(...) todo acto de violencia o grave amenaza contra un menor de edad de 18 años para sostener relaciones sexuales o para participar en un acto contra el pudor, deben ser calificados como transgresiones del derecho a la integridad física; dado tales conductas lesivas alteraran el libre y normal desarrollo de su cuerpo humano y de estructura psíquica; pues lesionan el equilibrio psicológico y corporal de la víctima. De igual forma, en aquellos actos de violación sexual de menor donde no haya violencia, de todas formas se podrá constatar la afectaciones a su integridad psíquica, toda vez que el hecho del acto en sí mismo, altera el proceso de maduración sexual del menor de edad, ya que este se encuentra en proceso de desarrollo; por lo tanto con o sin violencia, tales conductas terminan afectando la integridad física y moral de los menores de edad y consecuentemente su proyecto de vida. (Romero Huaynalaya, 2017, pág. 27 y 28)

Ante ello, podemos ver que nuestra Carta Magna, el derecho a la salud y protección al discapacitado se encuentra reconocido en su artículo 7° que versa de la siguiente forma:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. (Constitución Política del Perú 1993)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, refiriéndose al contenido y los alcances del referido derecho señalado ha establecido en la sentencia que recae en el Expediente N° 1429-2002-HC/TC, que dicho derecho implica un estado donde el organismo funciona con normalidad, tanto física como psíquica; y que ante su afectación exige su restablecimiento. (Tribunal Constitucional, 2002)

13.4.- DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LA LEGISLACION NACIONAL

La abogada Santos Yanet Quispe Nuñez citando a Vásquez Boyer señala que es evidente que siendo el bien jurídico protegido por la ley, un interés, un derecho, su contenido es consecuencia de una valoración social hecha en un momento determinado. No puede, por ello, su contenido ser ajeno a la concepción que histórico temporalmente resulta siendo dominante en el caso concreto. Para una inmediata verificación de lo que el legislador históricamente ha pretendido proteger en los últimos 152 años en el país, a través de los tipos penales de violación sexual, nos permite advertir la ideología de aquel legislador y afirmar con el Código Penal de 1863 se quería proteger la honestidad y con el de 1924 la libertad y el honor sexual, a diferencia de la libertad sexual que se ha propuesto proteger el legislador del Código Penal de 1991. (Quispe Nuñez, 2016, pág. 66)

Ahora, teniendo en cuenta el caso que nos atañe, se debe mencionar que el artículo 173° del Código Penal ha tenido sucesivas modificaciones a través del tiempo, es así que tenemos las siguientes leyes, como por ejemplo la Ley N° 26293, Decreto Legislativo N°896, la Ley N° 27472, la Ley N° 27507, la Ley N° 28251 y la Ley N° 30838, donde se ha modificado, principalmente, los años de penalidades impuestas en este tipo de delito, para lo cual se tuvo en cuenta la edad de la víctima menor de catorce años de edad; así tenemos que a través de la Ley N° 30838, se introdujo una nueva definición del delito, dado que en el artículo 173° se estableció lo siguiente:

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, 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. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016)

13.5.- BIEN JURÍDICO PROTEGUIDO

Como señala Hormazabal Malaree Hernán, podemos considerar que:

En un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducido a una exclusiva decisión del legislador. Formalmente, como consecuencia del principio de legalidad el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión. (Hormazabal Malaree, 1992, pág. 142 y 143)

Ahora, podemos ver que en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 emitido por el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria se ha expresado manifestando lo siguiente:

El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. (Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, 2011, pág. 5)

Ante ello, comparto la opinión del señor Néstor Isaías Romero Huaynalaya en el Resumen de Expediente de Proceso Penal Expediente N° 2006-294 cuando señala que:

La libertad sexual, comprendida como una expresión del derecho a la libertad personal debe ser entendida, por un extremo, como la libre disposición de la parte física de nuestro ser y de sus funciones respectivas, como los sexuales (aspecto positivo) y, por otro, como la libre decisión de no ejecutar o permitir actos sexuales que no se desea realizar (aspecto negativo). Así pues, el Derecho penal, centraliza su poder punitivo para proteger el aspecto negativo de la libertad sexual; es decir, cuando a una persona se le obligue a participar en un acto sexual no deseado, más no, cuando exista consentimiento de parte de la presunta víctima, salvo, que se trate de un menor de edad con menos de 14 años de edad, pues en estos casos lo que se protege es la indemnidad sexual. (Romero Huaynalaya, 2017, pág. 32)

La abogada Santos Yanet Quispe Nuñez citando a Peña Cabrera señala que el bien jurídico protegido es la “*indemnidad sexual*” y que el fundamento de la tutela es, el grado de inmadurez psicológica o biológica de los menores de catorce años. (Quispe Nuñez, 2016, pág. 77)

Asimismo, la autora precitada, acotando a lo expresado por SALAS en el 2013, también señala que en el ámbito de protección del art. 173 del C. P., lo constituye la indemnidad sexual de los

menores de edad, la indemnidad sexual o intangibilidad sexual, está orientada a salvaguardar el libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro, cuando goce de las condiciones necesarias, que no se dan cuando se es menor de edad; de lo contrario constituiría una vulneración a la libertad sexual del adolescente, pues cuenta con las condiciones mínimas (físicas y psíquicas) para ejercerla, siendo importante el consentimiento válido, (discernimiento, comprensión del acto, grado de experiencia, cultura, relaciones sociales que le rodean). (Quispe Nuñez, 2016, pág. 77)

13.6.- TIPICIDAD OBJETIVA

- SUJETO ACTIVO

En el delito de violación sexual de menores de edad, no es necesario que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza en contra del sujeto pasivo. Asimismo, el actor que realiza la violación sexual, puede ser tanto un hombre como una mujer, como también pueden ser uno o varios, en realidad la condición del sujeto activo no necesariamente es imprescindible en el referido delito, sino la violencia y/o amenaza que ejerza sobre la víctima para acceder al deseo carnal, en otra manera de expresar, lo imprescindible es la negativa o la oposición ejercida por esta.

- SUJETO PASIVO

Igual que en el sujeto activo, puede tratarse tanto de un hombre como de una mujer, o varios de estos que sean personas menores de edad de 14 años, para que se constituya un delito de violación de menor de edad.

Además, debemos tener en cuenta, tal como señala el señor Néstor Isaías Romero Huaynalaya que:

(...) la violación sexual se configurará incluso en el caso de los cónyuges, cuando uno de estos obligue a la otra a tener el acto sexual; bastará que no haya el consentimiento de la otra parte para que estemos frente a dicho delito; pues, si bien es cierto que el matrimonio otorga derechos y prerrogativas a los cónyuges, pero ello no incluye a los derechos inherentes a la persona

humana, como es el caso de la libertad personal, específicamente el de la libertad sexual; por ende, a cualquiera de los cónyuges le asiste el derecho de consentir el ejercicio o la práctica de su sexualidad. (Romero Huaynalaya, 2017, pág. 34)

13.7.- TIPICIDAD SUBJETIVA

El elemento subjetivo en el delito de violación sexual es el dolo. Como señala el doctor Maurach Reinhart y el doctor Zipf Heinz:

(...) el dolo es (...) la voluntad, dominada por el conocimiento, de realización del tipo objetivo. El dolo constituye la voluntad de acción referida al resultado. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos: el dolo no es otra cosa que la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo (...). Todo lo que rige dentro de la teoría de la acción para el concepto de voluntad de realización (...) vale también para el dolo (...). (Maurach & Zipf, 1994)

Asimismo, según el señor Néstor Isaías Romero Huaynalaya, para la configuración de la tipicidad subjetiva en el delito de violación sexual:

(...) la conducta del sujeto activo debe ser dolosa, no existe su comisión culposa, toda vez que la violación sexual implica el uso y abuso de la fuerza y amenaza sobre la víctima durante el acto carnal, a los cuales el victimario tendrá que recurrir de manera consiente y violenta frente a la negativa u oposición de la víctima; pues es lógico que para que se consuma el acto doloso, el sujeto activo tendrá que doblegar a la víctima a través de la violencia. (Romero Huaynalaya, 2017, pág. 35)

13.8.- AGRAVANTE

Las agravantes se encuentran previstos en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal Peruano, en cuyo caso la pena será no menor de 25 años, ni mayor de 30 años y la inhabilitación correspondiente.

14. SÍNTESIS ANALÍTICA DEL TRÁMITE PROCESAL

Que, el día 19ENE2009, se formula la denuncia el señor VIDAL JARA JAIMES de la fuga de las menores M.I.A.L.J. (15) años y SH.B.L.J., (13 años), las mismas previa investigación se toma conocimiento que se encontraban en el inmueble de propiedad de EVELYN EDITH RIVERA ALVITES, desde el 16ENE2009 hasta el día 20ENE2009.

Dado que los hechos de violación sexual se habrían originado el día 18ENE2009, donde bebieron alcohol y viendo que la menor SH.B.L.J. (13 años) se encontraba ya mareada fue ultrajada sexualmente (vaginal y contra natura) acto corroborado con el C.M.L. N° 00373-CLS, de fecha 21ENE2009, suscrito por el Médico Legista, que determinó: “*desfloración antigua y signo de acto contra natura reciente*”.

Es así que la Primera Fiscalía Provincial Penal de Lima Este, el 30DIC2009 formula la DENUNCIA respectiva, y el Primer Juzgado Penal de Lima Este, con fecha 20ENE2010 efectúa el Auto Apertorio de Instrucción, atendiendo el fundamento de hechos, fundamento jurídico y las medidas correctivas, por todo lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77° del Código Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 28117, esta Judicatura resuelve: **ABRIR INSTRUCCIÓN** en la vía **SUMARIA** contra EVELYN EDITH RIVERA ALVITEZ, como presunta autora del delito contra la Patria Potestad- Inducción a fuga de menor- en agravio de las menores y contra la Administración de Justicia- contra la Función Jurisdiccional-Ocultamiento de Menor a investigar- en agravio del estado, indicando **COMPARECENCIA** con restricciones, realizándose las actividades probatorias necesarias para la menor aclaración del presente caso; siendo así que con fecha 07JUN2010 el señor VIDAL JARA JAIMES, SOLICITA: AMPLIACION DE DENUNCIA E IDENTIFICACION AL AGRESOR, porque erróneamente en la etapa de investigación preliminar se ha consignado el nombre del agresor JORGE LUIS QUISPE MAMANI, siendo el correcto nombre JORGE LUIS ARONI SALDIVAR de 20 años de edad, e identificada por la víctima SH.B.J.L, como el autor de la violación sexual, hecho ocurrido el 18ENE2009; por los fundamentos de hecho señalado el Primer Juzgado Penal de Lima Este, el 08JUN2010, corre vista a la Primera Fiscalía Provincia de Lima Este, a fin de que se pronuncie como en su calidad de titular de la acción penal. Es así que con fecha 18MAR2011, vencido el plazo previsto por ley, la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima - Este, con las facultades conferidas por el artículo 159° inciso 5 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 11° y 94° de la Ley del Organismo del Ministerio Público formaliza denuncia penal. El Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima - Este, el 01ABR2011 ABRE EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCION en vía ORDINARIO contra: EVELYN EDITH RIVERA ALVITEZ, como presunta autora por el delito contra la Administración de Justicia – Contra la Función Jurisdiccional – Encubrimiento Personal- En agravio del Estado; y contra JORGE LUIS ARONI SALDIVAR, como presunto autor del delito contra la Libertad Sexual – VIOLACION

SEXUAL DE MENOR, en agravio de la menor de iniciales SH.B.L.J.(13 años), por ello se emite la orden de DETENCION contra JORJE LUIS ARONI SALDIVAR y COMPARECENCIA contra EVELYN EDITH RIVERA ALVITEZ, traban EMBARGO PREVENTIVO sobre los bienes a fin de poder cumplir con la reparación civil, a favor de la agraviada. Con fecha 17MAY2011 el imputado presenta su APELACION ante el Segundo Juzgado Penal de Lima - Este, Juzgado que con la Resolución N° 03, resuelve en conceder la apelación impuesta sin efecto suspensivo. Siendo detenido el imputado el día 03NOV2011 y puesto a disposición al Segundo Juzgado Penal de Lima -Este, quien se INHIVE DE OFICIO y da conocimiento de la presente instrucción, debiendo remitir los materiales a la mesa de parte único de los Juzgados Penales con Reos en cárcel de Lima, es así que es tomado el caso por el 51°Juzgado Penal-Reos en Cárcel de Lima, el 18NOV2011, Juzgado que se pronuncia sobre la apelación formulado por el imputado por variación del mandato de detención, y dice no habiendo cuestionado los medios probatorios que sirvieron para dictar la medida de sentencia, el Juez Penal de Lima, para proceso Ordinaria con reos en cárcel declara: **IMPROCEDENTE** la solicitud de variación del mandato de detención.

Asimismo, la 7° Fiscalía Superior Penal de Lima, con dictamen N° 259 de fecha 07MAY2012, formula acusación sustancial, contra el procesado JORGE LUIS ARONI SALDIVAR, como Autor de la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, en grado consumado, en perjuicio de la menor de clave 376-2011, de 13 años de edad.

No formular acusación sustancial contra la procesada EVELYN EDITH RIVERA ALVITES, como Autor de la Comisión del delito de encubrimiento personal en grado de consumado, en agravio del estado.

El abogado defensor del sentenciado JORGE LUIS ARONI SALDIVAR, solicita uso de la palabra para informe oral, el día 24MAY2012. Por lo que, estando a lo antes expuesto, resulta necesario que la presente instrucción se ventile a nivel de juicio oral, bajo el principio de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción.

El Procurador Público del Poder Judicial el día 07JUN2012 solicita: Se eleven los actuados en consulta al Fiscal Superior a efecto que se pronuncie conforme a sus atribuciones referente al extremo que el Ministerio Público que opino, NO ha lugar a formular acusación penal contra la acusada EVELYN EDITH RIVERA ALVITEZ.

La Primera Sala Penal para Procesos con reos en cárcel, con Resolución S/N de fecha 18JUN2012, declara: no haber mérito para pasar a juicio oral contra Evelyn Edith RIVERA ALVITEZ (reo libre), por el delito contra la Administración de Justicia-Función Jurisdiccional Encubrimiento Personal, en agravio del Estado: Mandando su archivamiento definitivamente todo o actuado. Por otra parte, declara: Haber mérito para pasar a juicio oral contra JORGE LUIS ARONI SALDIVAR (reo en cárcel). Como AUTOR de la comisión del delito de VIOLACION SEXUAL DE LA MENOR DE CLAVE 376-2011.

La Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel el 04OCT2012 SENTENCIA: Condenando a JORGE LUIS ARONI SALDIVAR como autor del delito contra la libertad sexual VIOLACION DE LA LIBERTAD SEXUAL DE MENOR DE EDAD EN GRADO CONSUMADO, en agravio de SHBJL, e IMPUSIERON VEINTE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD y FIJARON la suma de DIEZ MIL SOLES como monto de reparación civil, que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada.

El abogado defensor del sentenciado, interpuso RECURSO DE APELACION, el día 10OCT2012, pedido direccionado al Presidente de la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, avocando a su derecho de defensa consagrado en nuestra Constitución Política del Estado de conformidad al inciso 14 del Artículo 139° que garantiza la PLURALIDAD DE INSTANCIAS por el cual los fallos de primera instancia pueden ser revisados por la Instancia Superior, es decir por la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, en concordancia con el Artículo 300° del Código de Procedimientos Penales, motivo por el cual fundamenta el Recurso Impugnatorio de NULIDAD ,en contra de la SENTENCIA que condena a Jorge Luis ARONI SALDIVAR, por el delito contra la LIBERTAD SEXUAL- VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD.

Siendo la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel DISPUSIERON, elevar los autos a la Corte Suprema de Justicia de la República el día 19ABR2013.

Razón por el cual el Ministerio Público Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, asignado con Expediente N° 1588-2013 en fecha 03JUL2013, emite su OPINION FISCAL: Que la Segunda Fiscalía Suprema Penal, considera que se debe declarar NULA la sentencia recurrida el 04OCT2012, debiendo desarrollarse un nuevo juzgamiento oral.

Es así que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE, R.N N° 1588-2013, con fecha 21ENE2014, no habiendo sido categóricamente afirmado que ello habría ocurrido, generándose de la actividad probatoria constitutiva del proceso la existencia de razones opuestas equilibradas entre sí para afirmar o negar de manera categórica la culpabilidad y responsabilidad del encausado, resultando de aplicación el principio del *indubio pro reo* previsto por el artículo 139° inciso 11 de la Constitución Política del Estado, y debiéndose proceder con arreglo a la facultad previsto por el artículo 284° del Código de Procedimientos Penales, tomaron la decisión de declarar nula la sentencia del 04OCT2012, que condena a José Luis ARONI SALDIVAR como autor del delito contra la libertad- violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave SHBJL. (13años), a 20 años de pena privativa de la libertad y fijo en S/. 10,000.00 soles monto por concepto de reparación civil; **REFORMANDOLA ABSOLVIERON** de la acusación fiscal a Jorge Luis ARONI SALDIVAR como autor del delito contra la Libertad—Violación de la Libertad Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con la clave SHBJL. **DISPUSIERON** la inmediata liberación del procesado Jorge Luis ARONI SALDIVAR, la misma que se llevará a cabo siempre y cuando no exista en su contra mandato de detención emanada de autoridad judicial competente, oficiándose vía fax a la primera Sal Penal Especializada en lo Penal para Procesador con reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima; y la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales con arreglo al Decreto Ley N° 2579. MANDARON archivar definitivamente el proceso.

15. OPINIÓN ANALÍTICA DEL ASUNTO SUBMATERIA

Considero que desde la etapa preliminar policial y Fiscal, Instrucción y Juzgamiento no ha existido coherencia, veracidad y solides en el procedimiento del relato inculpativo por parte de la menor agraviada SH.B.L.J. (13 años), sumado a todo ello, la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesador con reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima impuesto una pena de veinte años de pena privativa de la Libertad, proceso que no ser justo, ni acorde a Ley, toda vez que no se ha respetado los principios constitucionales de una correcta Administración de Justicia, que se encuentran consagrado en nuestra Constitución Política del Estado artículo 139° inciso 3.

Asimismo, en la etapa de oralidad no se ha demostrado objetivamente con documento alguno la responsabilidad de José Luis ARONI SALDIVAR, existiendo solamente la sindicación contradictoria, no veraz y la retracción de la menor agraviada, exigiendo la correcta interpretación

del artículo 2º, numeral 24 de la Constitución Política del Estado que abarca la presunción de inocencia y en segundo lugar el artículo 283º del Código de Procedimiento Penales, que dispone que los hechos y las pruebas serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ante ello, al no existir pruebas idóneas que acrediten la comisión del delito se deberá absolver, en concordancia con el inciso 11 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, en atención al principio de IN DUBIO PRO REO, para condenar al acusado se debe de tener certeza de su culpabilidad y en caso de duda debe de ser absuelto.

16. CONCLUSIONES

- 16.1. Los delitos que atentan contra la libertad sexual, como es el caso de la violación sexual, el legislador busca salvaguardar el derecho a la libertad sexual, la cual cuenta con un doble sentido: derecho de autodeterminación sexual en las personas mayores de edad y el derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores de edad. Este delito se encuentra tipificado en el capítulo IX del Título IV, delitos contra la libertad, en los art. 170 y siguientes de nuestro Código Penal.
- 16.2. El delito de violación sexual contra menores de edad es el segundo con más población penal en el país. Este delito se configura cuando no hay libre consentimiento, o cuando haya situaciones de violencia o grave amenaza. Donde se tiene como atenuante el hecho de que la violación se cometa contra un menor de 14 años y que el atacante ejerza algún tipo de cargo de poder, como un docente o un líder de alguna organización religiosa o espiritual.
- 16.3. Para la configuración de este delito no es requerido que la violación a la libertad sexual no se precisa que se deje huellas en la víctima. Es por ello, que no se busca que necesariamente exista maltrato corporal que dejen lesiones concretas. Solo se observa y analiza que la violencia haya permitido el yacimiento carnal, la paralización o inhibición contra la voluntad de la víctima, que permita un estado de vulnerabilidad.

17. **RECOMENDACIONES**

- 17.1. Se debe considerar que, al ser los delitos contra la libertad sexual, delitos muy delicados por la repercusión que tienen tanto para la víctima, como para la sociedad en su conjunto. Es necesario, entender que el trasfondo del problema que perpetua la comisión de este delito debería ser el foco principal de estudio, en aras de lograr erradicarlo de nuestra sociedad; bajo esa misma idea, también es por este factor, que las víctimas, quizá en su mayoría, evitar denunciar, por lo que podríamos hablar de un fenómeno social del cual no se ha tomado las medidas necesarias para ser correctamente atendido.
- 17.2. Por otro lado, el delito de violación sexual, es uno de los que mayor carga en prisión recibe, estableciendo una de las penas más graves en nuestro Código Penal, aun así, como hemos tratado anteriormente, esto no impide a que se cometan nuevos casos o se erradique el problema.
- 17.3. En ese orden de ideas, debemos señalar que existe un problema al momento de interpretación en los jueces y fiscales penales, debido a que muchos factores influyen para lograr una sentencia satisfactoria, y aunque hemos resaltado el hecho de que no se necesita de demostrar lesiones físicas en la víctima, también es cierto que en la práctica estas pruebas y su correcto cuidado y recolección permitirán que el caso puede ser debidamente esclarecido y se encontraran razones de declararlo culpable ejercerlas.

18. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República 06 de 12 de 2011).

Constitución Política del Perú 1993, Constitución Política del Perú 1993.

Corte Suprema de Justicia de la República. (06 de 12 de 2011). *VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria*. Obtenido de Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116: pj.gob.pe/wps/wcm/connect/64ecc5804bbf7b5484d8dd40a5645add/acuerdo_01_Apreciacion_prueba_delito_Violacion_Sexual.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=64ecc5804bbf7b5484d8dd40a5645add

Hormazabal Malaree, H. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur.

Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal Parte General I*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (05 de 2016). *Decreto Legislativo N° 635 Código Penal*. Obtenido de Decreto Legislativo N° 635 Código Penal: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

Quispe Nuñez, S. Y. (2016). *Universidad Nacional de Trujillo*. Obtenido de Universidad Nacional de Trujillo: <http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/2849/TESIS%20MAESTRIA%20-%20SANTOS%20YANET%20QUISPE%20NU%20C3%91EZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Romero Huaynalaya, N. I. (2017). *Resumen de Expediente de Proceso Penal Expediente N° 2006-294*. Lima.

Sala Penal Permanente Casacion N° 335-2015- Del Santa, Casacion N° 335-2015- Del Santa (Corte Suprema de Justicia de la República 01 de 06 de 2015).

Sala Penal Permanente Casacion N° 41-2012- Moquegua, Casacion N° 41-2012- Moquegua (Corte Suprema de Justicia 06 de 06 de 2013).

Sentencia Expediente N° 6165-2005-HC/TC, Sentencia Expediente N° 6165-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 06 de 12 de 2005).

Tribunal Constitucional. (19 de 11 de 2002). *tc.gob.pe*. Obtenido de tc.gob.pe: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html>

Tribunal Constitucional. (24 de 11 de 2004). *tc.gob.pe*. Obtenido de tc.gob.pe: http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/juris_doctrina_constlaboral.pdf

Tribunal Constitucional. (12 de 08 de 2004). *tc.gob.pe*. Obtenido de tc.gob.pe: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC%20Resolucion.html>

