

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

**Proporcionalidad De La Pena en el Delito De Violación Sexual
Con Manifiesto Consentimiento de la Víctima Menor De 14
Años De Edad, en los Juzgados Penales De Huancayo, 2018**

Para Optar : El Título Profesional De Abogado

Autores : Bach. Buendia Lima Dante
Bach. Franco Vivanco Yume Aleska

Asesor : Dr. Luis Acosta Reymundo

Línea de investigación institucional : Desarrollo Humano Y Derecho

Área de investigación institucional : Ciencias Sociales

Fecha de inicio y culminación : 09-03-2020 a 20-08-2022

**HUANCAYO – PERU
2022**

HOJA DE JURADOS

DR. LUIS POMA LAGOS
Decano de la Facultad de Derecho

MG. PABLO HERNANDO PACHECO ARREA
Docente Revisor Titular 1

MG. LORENZO PABLO ILAVE GARCÍA
Docente Revisor Titular 2

MG. RAFAEL OMAR LLANOS GAMARRA
Docente Revisor Titular 3

MG. GLENDA LINDSAY MARAVI ZAVALETA
Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedico a mi hermana
Georgina Torres Poma y a las personas que hicieron
posible que se haga realidad esta investigación.

Dante Buendia Lima

Dedico este trabajo a mi madre
Claudia Vivanco Pariona, por ser
fuente de enseñanza y a través de su
fortaleza demostrarme que el éxito es
el resultado de la lucha constante
contra los obstáculos.

Yume Aleska Franco Vivanco

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, deseamos expresar nuestro agradecimiento al asesor de la presente tesis, Dr. Luis Acosta Reymundo, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a las sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha facilitado a las mismas. Asimismo, expresamos nuestra más sincera gratitud a cada una de las personas que intervinieron en el desarrollo de la presente, por brindarnos su apoyo moral, tiempo y conocimientos, que nos apoyó en el análisis documental de la presente.

LOS AUTORES.



CONSTANCIA DE SIMILITUD

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Deja Constancia:

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **BUENDIA LIMA DANTE**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: **“PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL CON MANIFIESTO CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS DE EDAD, EN LOS JUZGADOS PENALES DE HUANCAYO, 2018.”**, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el **porcentaje** de **14%** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 27 de setiembre del 2022.

DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.



CONSTANCIA DE SIMILITUD

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Deja Constancia:

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **FRANCO VIVANCO YUME ALESKA**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: **“PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL CON MANIFIESTO CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS DE EDAD, EN LOS JUZGADOS PENALES DE HUANCAYO, 2018.”**, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el **porcentaje** de **14%** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 27 de setiembre del 2022.

DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTO.....	iv
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN.....	xii
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.1. Descripción de la realidad del problema.....	14
1.2. Delimitación del problema.....	16
1.2.1. Delimitación espacial.....	16
1.2.2. Delimitación temporal.....	16
1.2.3. Delimitación conceptual.....	16
1.3. Formulación de problema.....	17
1.3.1. Problema general.....	17
1.3.2. Problemas específico.....	17
1.4. Justificación de la investigación.....	18
1.4.1. Justificación Social.....	18
1.4.2. Justificación teórica.....	18
1.4.3. Justificación Metodológica.....	18
1.5. Objetivos de la investigación.....	19
1.5.1. Objetivo general.....	19
1.5.2. Objetivo específico.....	19

1.6.	Hipótesis de la investigación	20
1.6.1.	Hipótesis general	20
1.6.2.	Hipótesis específicas.....	20
1.6.3.	Operacionalización de categorías.....	20
1.7.	Propósito de la investigación.....	22
1.8.	Importancia de la investigación.....	22
1.9.	Limitaciones de la investigación	23
	CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	24
2.1.	Antecedentes de a investigación	24
2.2.	Bases teóricas de la investigación	29
2.2.1.	Delito de violación sexual.....	29
2.2.2.	Error de tipo.....	32
2.2.3.	Evolución de la teoría del error.....	36
2.2.4.	La teoría de la culpabilidad en particular	38
2.2.5.	Contradicciones de la teoría de la culpabilidad. Delimitación entre error de tipo y error de prohibición	42
2.2.6.	Discusión sobre la distinción entre error de tipo al revés y error de prohibición al revés	45
a)	La tesis de la inversión lógica:	45
b)	La tesis del error jurídico en el estadio previo de la tipicidad penal: .	48
c)	La tesis de la impunidad de todos los errores jurídicos incriminatorios por sí mismos:.....	50
d)	La tesis de la solución diferenciada:	52

e) Solución normativa del denominado error de tipo al revés y del error de prohibición al revés:	53
2.3. Marco conceptual	57
CAPÍTULO III: METODOLOGIA.....	59
4.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	59
4.2. Metodología	59
4.3. Diseño metodológico.....	60
4.3.1. Trayectoria del estudio	60
4.3.2. Escenario del estudio.....	60
4.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	61
4.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	61
4.3.5. Tratamiento de la información.....	61
4.3.6. Rigor científico.....	62
4.3.7. Consideraciones éticas.....	62
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	63
4.1. Descripción de resultados.....	63
4.2. Contrastación de las hipótesis.....	66
4.3. Análisis de resultados.....	68
4.3. Discusión de resultados.....	100
4.4. Propuesta de mejora.....	103
CONCLUSIONES.....	104
RECOMENDACIONES	105

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106
ANEXOS.....	108
MATRIZ DE CONSISTENCIA	109

RESUMEN

El tema de investigación se denomina: “*Proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, en los Juzgados Penales de Huancayo, 2018*”. Estableció como problema: ¿De qué manera se aplica el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018?, su objetivo general: determinar de qué manera se aplica el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.. La hipótesis general planteada fue que: el principio de proporcionalidad de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo y observación, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es descriptivo, de diseño basado en la teoría fundamentada, el enfoque es de carácter cualitativo. El instrumento de investigación empleado ha sido la ficha de observación.

Como conclusión de la presente investigación se establece que se logró determinar que: el principio de proporcionalidad de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de

Huancayo, 2018, al no existir una debida motivación sobre la aplicación del pena concreta en las sentencias revisadas.

PALABRAS CLAVES: Proporcionalidad de la pena, delito de violación sexual a menores de edad, error de tipo.

ABSTRACT

The research topic is called: "Proportionality of the penalty in the crime of rape with the manifest consent of the victim under 14 years of age, in the Criminal Courts of Huancayo, 2018". It established as a problem: In what way is the principle of proportionality of the sentence applied in the crime of rape, with the manifest consent of the victim under 14 years of age, to preserve the family unit, in the criminal courts of Huancayo, 2018 ?, its general objective: to determine how the principle of proportionality of the penalty is applied in the crime of rape, with the manifest consent of the victim under 14 years of age, to preserve the family unit, in criminal courts de Huancayo, 2018 .. The general hypothesis raised was that: the principle of proportionality of the penalty is insufficiently applied in the crime of rape, with the manifest consent of the victim under 14 years of age, to preserve the family unit , in the criminal courts of Huancayo, 2018. The general methods that were used were the inductive method and observation, being its type of investigation that of a legal nature. cially, the research level is descriptive, of design based on grounded theory, the approach is qualitative. The research instrument used was the observation record.

As a conclusion of the present investigation, it is established that it was determined that: the principle of proportionality of the penalty is applied insufficiently in the crime of rape, with the manifest consent of the victim under 14 years of age, to preserve the unit family, in the criminal courts of Huancayo, 2018, as there is no proper motivation on the application of the specific penalty in the revised sentences.

KEY WORDS: Proportionality of the sentence, crime of rape of minors, type error.

INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos al error, consiste “en aquella falsa representación netamente de la realidad, que en la mayoría de las veces está determinada por la ignorancia, es decir, por no tener el conocimiento de aquellas circunstancias que influyen en el acto concertado o por la equivocación, es decir, por no valorar en su oportunidad las circunstancias que influyeron” (Salas, 2020, p. 89).

Para continuar, es necesario realizar dentro del Derecho Penal “la distinción entre el error y la ignorancia, el primero consiste en otorgar un conocimiento de un punto en particular, pero cabe precisar, que dicho punto no está acorde con la realidad o verdad de las cosas, mientras que la ignorancia consiste en la falta de conocimiento total, en la mayoría de las veces se basa por la falta de instrucción, capacidad, descuido o una simple negligencia. Por lo tanto, la ignorancia es aquella falta de conocimiento, y el error es un desconocimiento incompleto o llamado también un conocimiento falso” (Salas, 2020, p. 37).

Cabe precisar que el error de tipo mana por el desconocimiento de cualquiera de los elementos que constituye el tipo objetivo, “tal como lo establece el Código Penal en el articulado 14, el error de tipo se configura cuando en la comisión del hecho se llega a desconocer ya sean un elemento del tipo penal o una circunstancia que va agravar la pena. Cabe precisar que con el termino elemento se apunta a los que can a conformar la tipicidad objetiva que está dentro del tipo legal, tales elementos deben ser referentes a el autor, la acción, el bien jurídico, los aspectos descriptivos, normativos y por último la causalidad” (Gonzaga, 2020, p. 98).

Para entender la presente tesis de investigación, realizamos la división en cuatro capítulos, siendo su estructura la siguiente:

El primer capítulo denominado PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación.

En el segundo capítulo denominado MARCO TEÓRICO, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal.

En el tercer capítulo denominado RESULTADOS, se consideran los siguientes ítems: la presentación de resultados y su análisis crítico.

Y en el cuarto capítulo se ha formulado la DISCUSIÓN DE RESULTADOS, de acuerdo a los criterios metodológicos respectivos.

Y finalmente, se han redactado las conclusiones y recomendaciones; como las referencias bibliográficas y anexos.

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad del problema

Desde una perspectiva general se menciona que error “es aquel desconocimiento o también considerado como la falsa apreciación que se tiene de una circunstancia general, al generarse ello dentro del campo del Derecho Penal, se aprecia aquella discordancia entre la apreciación del agente con la realidad, es decir, el sujeto activo, es quien desconoce de la presencia de cualquiera de los elementos que se encuentran en el objetivo del tipo penal” (Rodríguez, 2020, p. 28), surgiendo con ello una divergencia en lo que quiere realizar el sujeto y lo que realmente lo realiza, llegando a eliminarse el dolo que está relacionado con el hecho objetivo que se excluye.

“En la mayoría de las veces el agente no llega a comprender, en el aspecto social y jurídico en el que se encuentra, es decir, el sentido propio de su comportamiento, pues no se imagina que está delinquiriendo. El error surge sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, que se asienta en el elemento esencial propio tipo básico” (Salas, 2020, p. 28), ya que este error puede ser invencible, cuando el agente no puede evitar la acción de ninguna manera, “en la mayoría de las veces en este caso no hay dolo ni mucho menos imprudencia, pero lo que se logra evidencias que es que se llega a excluir de nuestra legislación, la responsabilidad penal es debatido en el siglo XXI. En algunos casos el error es vencible, en los casos en que el agente en ejercicio de un comportamiento diligente promedio, que necesariamente atenderá a las distintas circunstancias de hecho” (Ramírez, 2020, p. 29), y las cualidades personales del autor que pudiese haber evitado

el error, en estos casos es cuando se evidencia la ausencia del dolo, pero si hay prudencia, al desprenderse de un comportamiento que en la mayoría de las veces es negligente, que genera la infracción de las normas de cuidado que le eran exigiblemente.

“Es por esa razón que el Código Penal en el articulado 14.1 indica que este tipo de comportamiento ejecutado por el agente sea castigado, en su caso como imprudencia, ya que se califica según los supuestos que establece el Código Penal, es decir, de tipo culposo. Cabe indicar que el error también se configura en el supuesto de una circunstancia agravante, más que nada se configura cuando recae sobre el elemento accidental que va calificar o agravar el tipo básico” (Salas, 2020, p. 82), generándose el tipo cualificado o tipo agravado, ante ello nuestro Código Penal Vigente en el artículo 14.2 indica que cuando un error se realiza varias veces, va impide la valoración de la circunstancia calificadora o agravante, por lo que el sujeto solo será responsable por la comisión del tipo básico, antes indicado.

“En la legislación española, hasta mediados del año 2016, cuando se trabaja de la comisión de un delito por parte de adolescentes menores de 13 años, la ausencia de consentimiento se llegaba a establecer por la presunción de puro derecho, ya que los supuestos que se establecían no compatibilizaba con el discernimiento y la libre voluntad que exige la ley” (Sosa, 2020, p. 28), pero existía un consentimiento a los 16 años de edad, pero dejó ciertas matices con la finalidad que los jueces puedan resolver, casos concretos donde se haya producido “relaciones sexuales consentidas” con menores de edad.

De esta manera, para Aguirre (2020) el principio de proporcionalidad “tiene su punto de partida en la Constitución, su alcance es transversal; a principios y reglas. El sistema jurídico, por su propia naturaleza, puede colisionar, cuando ello ocurre, el principio de proporcionalidad como principio regulativo general- no puede quedar al margen e ingresa a través de la jurisdicción ordinaria y constitucional con la finalidad de definir casos de posibles excesos, deficiencias legislativas, restricciones u otros que afecten derechos manifiestos y latentes” (p. 98).

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación se aplicó de forma espacial en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la ciudad de Huancayo.

1.2.2. Delimitación temporal

La investigación se desarrolló considerando como ámbito temporal de estudio, el año 2018.

1.2.3. Delimitación conceptual

- Proporcionalidad de la pena.
- Error de tipo vencible.
- Error de tipo invencible.
- Delito de violación sexual a menor de edad.
- Indemnidad sexual.
- Invalidez del consentimiento de los menores en el acto sexual.
- Consentimiento de la víctima.

- Valoración probatoria.
- Decisión judicial.
- Error de comprensión.
- Peritaje psicológico.
- Examen médico legal.

1.3. Formulación de problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera se aplica el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018?

1.3.2. Problemas específico

- ¿Cómo se aplica el principio de proporcionalidad abstracta de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018?
- ¿Cómo se aplica el principio de proporcionalidad concreta de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación Social

En cuanto a la justificación, se puede señalar que la presente tesis es relevante porque a través del estudio realizado se ha buscado señalar que los denunciados por el delito de violación sexual a menores de edad puedan tener como argumento de defensa que debe fijarse específicamente a la teoría del error de tipo, como parte del derecho a la defensa, “siempre que exista una adecuada motivación de cómo el error de tipo debe configurarse, habiéndose analizado que este aspecto es sustancial para establecer la pena a quién incurre en este tipo penal” (Soria, 2020, p. 88).

1.4.2. Justificación teórica

La presente investigación se justificó desde un aspecto teórico porque ha pretendido contribuir en relación a fijar los criterios fundamentales que se deben emplear para poder argumentar un sistema de defensa en favor de los imputados en este tipo de casos, cuando debe operar la proporcionalidad.

“Ha servido para estudiar y verificar si los jueces al momento de emitir sentencia aplican adecuadamente la teoría del error en los delitos de violación sexual de menores de edad” (Salinas, 2020, p. 28).

1.4.3. Justificación Metodológica

La presente investigación contribuyó metodológicamente con la elaboración del instrumento de medición que se elaboró para el estudio

de las variables objeto de estudio, denominado ficha de análisis documental, y pueda ser utilizado en el futuro por investigadores sobre la materia.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general

Determinar de qué manera se aplica el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.

1.5.2. Objetivo específico

1.5.2.1. Establecer cómo se aplica el principio de proporcionalidad abstracta de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.

1.5.2.2. Determinar cómo se aplica el principio de proporcionalidad concreta de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general

El principio de proporcionalidad de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.

1.6.2. Hipótesis específicas

- El principio de proporcionalidad abstracta de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.
- El principio de proporcionalidad concreta de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.

1.6.3. Operacionalización de categorías

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES
Principio de proporcionalidad de la pena	“El principio de proporcionalidad o conocido también como principio de prohibición de exceso, requiere la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad. Este principio contiene a su vez dos aspectos principales: una proporcionalidad abstracta y una proporcionalidad concreta” (Salinas, 2020, p. 28).	-Proporcionalidad abstracta. -Proporcionalidad concreta.
Delito de violación sexual a menor de edad.	“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes de cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad” (Ramírez, 2020, p. 28).	- Acceso carnal. - Abuso sexual.

1.7. Propósito de la investigación

Es conocido que en el desarrollo de la convivencia e interacción de una sociedad se marcan estándares y parámetros en los cuales cada uno de los ciudadanos va a desarrollar sus conductas, los cuales se establecen como mandatos o deberes de índole positivo -hacer- y negativo -no hacerlos cuales positivizados construyen las leyes de carácter penal, siendo que, al quebrantarse estos deberes, surge la necesidad de reprimirlos y establecer una sanción a efectos que, de manera preventiva especial, permitan la resocialización del infractor de la ley y su posterior reinserción dentro de la sociedad y de manera preventiva general, enviar un mensaje disuasivo a los demás miembros de la comunidad a efectos que eviten el quebrantamiento de la ley penal, bajo la amenaza de la imposición de una sanción.

1.8. Importancia de la investigación

Así, en el artículo 173° del Código Penal, se ha previsto sancionar conductas que atenten contra la contracción sexual de los menores de catorce años de edad, al ser este el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, así se han establecido penas severas para todo acto de acceso carnal con una menor, las mismas que van desde los 30 años de pena privativa de libertad a cadena perpetua en su aspecto más grave, siendo en el caso que nos ocupa, de acceso a una menor de catorce años pero mayor de diez, se ha establecido una pena en abstracto con un extremo mínimo no menor de 30 años y en su máximo de 35 años de pena privativa de libertad, en el cual no se ha establecido ningún criterio de gradualidad de la pena que permita su reducción atendiendo a las circunstancias en el cual se habría desarrollado el caso en concreto de ameritarlas -no haciéndose referencia en este caso a las atenuantes, ni a las circunstancias personales del sujeto activo- permitiéndose únicamente en virtud a

las circunstancias genéricas establecidas en el artículo 46° del Código Penal, y al sistema de tercios, en algunos casos, únicamente determinarse la pena dentro de un rango de cinco años (de treinta a treinta y cinco años).

1.9. Limitaciones de la investigación

La actual situación de emergencia por la pandemia mundial COVID-19, origina una cierta limitación en el acceso de algunos centros bibliográficos, así como la poca bibliografía específica sobre el tema, toda vez, que se han escrito pocas tesis, artículos científicos y libros sobre la materia en sede nacional e internacional.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de a investigación

Desde un ámbito internacional, se citan los siguientes antecedentes vinculados a la materia de tesis:

(Figueroa, 2014) con su investigación titulada: “*Error de tipo en los delitos de violación*”, sustentada en la Universidad Autónoma de Nuevo León, en la que postulan las siguientes conclusiones:

- “La búsqueda de la libertad es parte de la definición de sexualidad que la considera "la función psicofisiológica de la persona. La libertad sexual, entendida como la capacidad de actuar que ayuda al individuo con el único imperio de su voluntad a disponer frente a los demás miembros de la sociedad de su propio sexo con la libertad de elegir, aceptar o rechazar los reclamos contenidos en el Área de su Sexualidad”.
- “La libertad sexual se puede definir de la siguiente manera: La libertad sexual es el poder de la autodeterminación basada en la libertad de hacer en el área de la sexualidad, condicionada únicamente por el respeto a la libertad de los demás. Esta libertad sexual tiene una configuración dual positiva (o dinámica) y negativa (o pasiva)”.

(Garzón, 2008) con su tesis titulada: “*El delito de violación sexual*”, presentada a la Universidad Andina Simón Bolívar, siendo sus conclusiones las siguientes:

- “El activo carnal o acto sexual se realiza contra la voluntad del contribuyente. El verbo vinculante usado en la escritura del tipo criminal

indica que, para obtener permiso para la carne, se vence la resistencia o resistencia de la víctima. Del mismo modo, es evidente por la propia naturaleza criminal que los medios ilegales provistos por la legislatura para vencer la resistencia del sujeto pasivo constituyen violencia y amenaza grave”.

- “En consecuencia, la violación por violación es perfecta con actos sexuales. Es decir, a través de actos en los que el agente involucra a otra persona en un contexto sexual específico, entendiendo a través del contexto sexual cualquier situación para cuyo juicio el autor de la conducta al menos valora los juicios sobre el instinto humano que atrae la atracción entre los sexos. Esto es importante para recordar, porque si el agente con sus acciones no trata de satisfacer ninguno de sus deseos sexuales y, por el contrario, solo trata de dañar la vagina de la mujer, por ejemplo, la práctica de la violación por delito se excluirá incluso si los objetos (palos, hierro, etc.) o partes del cuerpo (mano, etc.) insertadas en la cavidad vaginal”.

(Rojo, 2014) con su investigación titulada: *“El error de tipo en el delito de violación sexual”*, presentada a la Universidad Nacional de la Pampa, siendo sus conclusiones las siguientes:

- “El hecho de que establecer un nivel de medición de capacidad para determinar si un adolescente tiene autodeterminación y puede dar su consentimiento ha sido el foco de atención en muchas leyes nacionales y extranjeras. Existen diferentes posiciones, entre ellas encontramos una

posición que cree que, a la edad de 12 años, el poder de los padres que toman decisiones por sus hijos, un desafío cubierto por la ley, pero es cuando los jóvenes alcanzan la edad de 16 años cuando deciden, o al menos sus puntos de vista son los que prevalecen, a saber, que la autoridad parental continúa en los padres”.

- “El problema se presenta en el rango de 12 a 16 años, a pesar de que son padres o tutores responsables de tomar decisiones por menores, porque tienen un importante grado de opinión y toma de decisiones, ya que a menudo participan en las opiniones de algunos hogares; otros incluso trabajan en trabajos más pequeños, pero generan algún tipo de beneficio financiero, y esta situación da el efecto de simpatía a otros jóvenes de la misma edad, que también quieren decidir de manera independiente”.

A nivel nacional se citan las siguientes investigaciones:

(Cabana, 2015) con su investigación titulada: “*Análisis del delito de violación sexual en menores*”, sustentada en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, y en la que se arriban a las siguientes conclusiones:

- “El consentimiento tiene que ver con la voluntad de dos o más personas, hacer algo o aceptar una oferta o una propuesta, donde el papel básico es la manifestación de la voluntad, de modo que nadie se sienta culpable de hacer lo que usted no quiere hacer. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la categoría de consentimiento se utiliza como una medida motivadora para no imponer una sanción, en Perú, el Artículo 20 (10) del Código Penal declara exenciones de todas las sanciones

relacionadas con el consentimiento válido de los titulares de activos legales disponibles gratuitamente”.

- “Existen leyes que especifican quién puede consentir y quién no. Las personas que están borrachas, drogadas o inconscientes no pueden consentir en tener relaciones sexuales. También hay leyes que protegen a los menores (personas menores de 18 años) de la presión que pueden enfrentar para tener relaciones sexuales con una persona mucho mayor que ellos. La edad de consentimiento sexual es la edad que una persona debe ser considerada como la capacidad legal para consentir tener una relación sexual”.

(Serrano, 2015) con su investigación titulada: ***“El consentimiento en el delito de violación sexual de menores”***; sustentada en la Universidad de Huánuco, en la que se referencian las siguientes conclusiones:

- “Los adultos que tienen relaciones sexuales con personas cuya edad es inferior a la edad de consentimiento corren el riesgo de ser atrapados y registrados como delincuentes sexuales, ya que la edad del consentimiento sexual varía en los diferentes países”.
- “Las normas internacionales no establecen la edad mínima para el consentimiento sexual de los jóvenes, aunque el Comité de los Derechos del Niño confirma que 13 años es una edad muy temprana, pero también recomienda que el comportamiento de los jóvenes a este respecto no se castiga con penas muy graves cuando se trata de relaciones sexuales. relaciones entre socios menores involucrados. En ese sentido, se ve que las leyes en la mayoría de los países

latinoamericanos han establecido una edad mínima para el consentimiento sexual entre los 14 y los 16 años, pero hay países que han establecido una edad inferior a los catorce años”.

(Rengifo, 2015) con su investigación cuyo título es: ***“Delito de violación sexual. Análisis para su discusión en cuanto al consentimiento”***, presentada a la Universidad Peruana del Oriente, cuyas conclusiones son las siguientes:

- “El juicio en derecho penal está relacionado con el concepto de imputabilidad, de tal manera que se puede atribuir a un adolescente si, de acuerdo con su desarrollo biológico, psicológico y social, puede comprender de manera general y permanente la falacia de su continuación y determinarse a sí mismo de acuerdo con Ley”.
- “La evaluación debe analizarse sobre la base de un matiz subjetivo, psicológico y social, mientras que el interior especial del adolescente permite evaluar las limitaciones de su desarrollo psicológico y social, por lo que para determinarlo, el adolescente debe tener un desarrollo psicológico y social que le permita comprender la medida de injusticia en su acciones y, en consecuencia, actuar, es decir, primero debe ser consciente de la ilegalidad de sus acciones con sus respectivas implicaciones sancionatorias de su comportamiento, para actuar sobre ese conocimiento de la injusticia y sus consecuencias, de modo que los aspectos psicosociales permitan o nieguen su reintegración en sociedad por sus logros caritativos”.

2.2. Bases teóricas de la investigación

2.2.1. Delito de violación sexual

Para Peña (2014) “sobre este tipo de delitos se entiende de distinta manera a lo establecido en los códigos penales anteriores, indicando: La libertad sexual, la cual debe conceptualizarse en un sentido dual: como derecho a la libre autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad de los menores e incapaces” (p. 79).

El delito de violación de menores también se conoce con el nombre de violación presunta, “porque no admite prueba en contrario, es decir, demostrar o probar que la persona agraviada, hubiera prestado su consentimiento voluntariamente para el acceso carnal” (Carrillo, 2020, p. 28). Pues su prestación voluntaria, la ley penal la supone y presume siempre inexistente, no válida, en grado suficiente o bastante como para que se estime el acto impune.

El denominado Derecho penal sexual referido exclusivamente a los menores -que está integrado por normas de derecho penal material, de derecho procesal penal, de derecho de familia, y de derecho de ejecución penal-, “ha soportado una intensa evolución legislativa en los últimos años y ha dado lugar a una aguda discusión pública, a la intervención de diversos actores sociales y a la formulación de comentarios, unánimemente críticos, de los juristas” (Solano, 2020, p. 18).

Mientras el artículo 170 del Código penal peruano describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva), “siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 del mismo cuerpo normativo describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar -por innecesario- ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años)” (Gonzaga, 2020, p. 18).

En ese sentido, por ejemplo, “la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales” (Soria, 2020, p. 28).

La violación sexual de menores viene a formar parte de aquella violencia que se da tanto en el seno paternal familiar como fuera de él. “Se trata de un problema que responde a varias aristas como por ejemplo ético, social y por supuesto jurídico (penal). Por su parte la política preventiva del Estado para controlar esta forma de criminalidad adolece de coherencia interna, por un lado permite la difusión de valores e imágenes que despiertan las apetencias

genésicas de la población en general (a través de los medios de comunicación) y por otro, pretende resolver el problema apelando solo al incremento desmedido de las penas criminales en esta materia dentro de los alcances del Derecho penal del Enemigo” (García, 2020, p. 17).

En este sentido, “el abuso sexual se entiende como cualquier comportamiento o comportamiento que socava los derechos fundamentales básicos de las personas: a la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana. Se manifiesta con comportamientos agresivos, temporales o permanentes que intentan dañar, humillar, perjudicar, expresar dominio o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se encuentran en condiciones inferiores” (Luzón, 1996, p. 93).

Mientras que el abuso sexual "se caracteriza por el uso de la fuerza y el control de la situación mediante el uso de la fuerza. El agresor o los agresores usan armas y amenazas. A menudo se comete en lugares aislados o se beneficia de la ausencia de vigilancia. En la mayoría de los casos, el agresor es desconocido. ser deliberado o relajado "(Castillo, 2015, p. 51). La rendición se caracteriza por el hecho de que se planificó previamente.

“Entre estos procedimientos, la declaración amplia y detallada de la víctima es crucial. Recuerde que no es una parte, y si su declaración coincide con otras circunstancias o pruebas, su valor

puede ser de importancia fundamental para emitir un juicio” (García, 2020, p. 98).

2.2.2. Error de tipo

En pleno siglo XXI “los adolescentes aplican sus habilidades coactivas, con la finalidad de construir su propia teoría sobre la vida, sin embargos sus teorías llegan a ser artificiales por la falta de experiencia, cabe resaltar que los adolescentes tienen distintas tendencias al egocentrismo, indica que la opinión que emiten es la correcta, bajo ese parámetro la doctrina emite distintas definiciones de error” (López, 2020, p. 28), los que señalaremos a continuación:

Según Zaffaroni (2014) establece que: “El error de tipo es el fenómeno “que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo” (p.54).

En tal sentido, para Gonzaga (2020) “el error de tipo recae sobre alguno de los elementos necesarios para que un comportamiento sea penalmente relevante, para que pueda subsumirse en alguna infracción penal. Puede ser que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente (falta de representación), o lo comprenda de manera diferente de lo que es en la realidad (representación falsa)” (p. 90).

El error puede recaer sobre cualquiera de los elementos descriptivos o normativos del tipo objetivo. Si el agente ha percibido

equivocadamente un elemento típico, “el error recaerá sobre los elementos descriptivos, pero si el agente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recaerá sobre los elementos normativos. Se trata, en consecuencia, de una condición que concierne al aspecto cognitivo del dolo, en otras palabras, la conciencia” (Gamero, 2020, p. 18).

El agente no comprende, en el contexto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento; de esta manera, desconoce que su conducta se adecúa a un tipo legal⁶. En efecto, en el error de tipo el agente obra sin conocer el sentido social del comportamiento que está realizando “por ejemplo, en el caso del hurto el sujeto puede tener una representación incorrecta sobre la ajenidad del bien que sustrae del lugar donde se encuentra, puede pensar que es de su propiedad; en el caso del homicidio el sujeto puede creer que dispara sobre un animal cuando en realidad lo hace sobre una persona, dándole muerte; en el caso de la violación sexual de menor puede pensar que la persona con la que se tiene acceso carnal tiene más de 14 años de edad” (Pereda, 2020, p. 17).

Así quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de casería, “quien se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con él, en la creencia que se trata de su propio abrigo. En el Derecho Penal vigente se puede evidenciar cuatro tipos de error, y es de acuerdo al objeto jurídicamente relevante al que se refiere” (Arias, 2020, p. 27),

tales como; “el error de tipo, el error de prohibición, el error sobre circunstancias justificantes y por último el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad, se considera aquella consecuencia de la teoría finalista de la acción en la teoría del delito y está regulado en el artículo 14 del Código Penal Peruano” (López, 2020, p. 27).

De acuerdo al doctrinario Mir (2000) afirma sobre la valoración del error de tipo “se ha de tomar en cuenta el conocimiento de los detalles de la vida de la víctima, se toma en cuenta la relación sentimental que existía entre el inculpado y la víctima, cuando tiempo duro esta relación y si dentro de ese periodo de tiempo el inculpado tuvo conocimiento que la agraviada tenía menos de 14 años” (p. 44).

Asimismo, se debe realizar una evaluación minuciosa de lo manifestado por el acusado al momento de rendir su declaración, es decir, a nivel policial, posteriormente se debe realizar la declaración instructiva y finalmente evaluar en la Sala Penal, la edad del sujeto pasivo, que influye para la configuración del delito.

Igualmente, el doctrinario Bacigalupo (2010) realiza la diferencia entre: “el error de tipo y error de prohibición, por el hecho que este último caso el autor no desconoce los elementos de la descripción típica, sino de del hecho de estar prohibida” (p. 79).

Entramos a la consideración de la imprudencia, en definitiva, “el error vencible excluirá el dolo, pero no la imprudencia, el error

vencible es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado por lo que puede considerarse error imprudente” (Sosa, 2020, p. 73)

Zaffaroni, (1997) que explica acerca de la imprudencia indicando: “en efecto el error es evitable cuando el autor observando el cuidado exigido hubiera conocido o conocido correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representada, en tal sentido la determinación del cuidado exigido debe de hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción” (224).

Con ello, en opinión de Mancini, (1998) indica que: “la ley a dar un apoyo importante a la posición que exige en el delito culposo un deber individual de cuidado (determinado por las capacidades y conocimientos del autor), en oposición a un deber objetivo de cuidado (...)” (p.189).

El jurista Mir (2000) sobre el error de tipo invencible lo define como: “el error por el cual el agente activo así hubiera actuado con el cuidado debido nunca hubiese salido del error, ejemplo: Pedro dueño de varios bancos está siendo amenazado de muerte por un grupo de terroristas que le están solicitando dinero” (p. 167).

La jurisprudencia emitida en el año 1997 mediante el Expediente N° 559-97-Lima, el 22 de diciembre del 1997, indica que: “El error de tipo en la configuración típica del Art. 173,2, ocurre

cuando el autor al momento de los hechos ilícitos desconoce la minoría de edad del sujeto pasivo, considerando que si este hubiese obrado con el debido cuidado habría superado el error en el que estaba incurriendo”.

El artículo 173 numeral 2 del Código Penal vigente indica “que el error vencible e invencible sobre la edad del sujeto pasivo es considerado como un elemento del objetivo, que se va determinar por el debido cuidado o llamado también por la debida diligencia, en las distintas ejecutorias supremas indican que el error en la edad del sujeto pasivo se llega a determinar por una percepción o un errado conocimiento, las ejecutorias emitidas sobre el tema tratado es el RN N°365-2014- Ucayali” (Soria, 2020, p. 98), publicado el 12/12/2014 y el RN N° 63-04-la libertad de fecha 01/10/2004, esta última indica lo siguiente:

“El autor incurre en una falsa percepción de la edad debido a que el sujeto pasivo por su apariencia representa tener una edad superior a la de 14 años. b) El autor incurre en un falso conocimiento cuando es inducido por el sujeto pasivo a creer falsamente en una edad superior a la de 14 años”

2.2.3. Evolución de la teoría del error

El Código Penal vigente en el artículo 14, realiza una distinción del error de tipo y el error de prohibición, asimismo el Código Penal español “regula esta distinción en los articulados 16 y

17, realizando la comparación de ambos definimos que aquel que recae sobre los elementos que conforman el tipo de injusto. El error de prohibición incidiría sobre el significado antijurídico de la conducta una vez que se conocen los elementos típicos” (Sosa, 2020, p. 28).

Para Giménez (2021) “el elemento intelectual del dolo debe abarcar todas las circunstancias que integran la descripción del delito, aunque únicamente en sus rasgos esenciales, pues es imposible para el hombre común conocer todos los detalles de la realidad, basta con saber que se dispara contra una persona y que ella va a morir a consecuencia de dicho disparo, pero no los procesos físicos y biológicos que el disparo causa para conducir a la muerte del herido; o en otro ejemplo” (p. 99), para cometer la violación sexual de menor tipificado en el artículo 173 del Código Penal, basta con saber que se accede carnalmente a una niña notoriamente impúber, no la fecha de nacimiento de esta.

También, cuando la ley agrega circunstancias para atenuar o agravar la pena de un delito (como es el caso del parentesco, que transforma el homicidio simple del artículo 106 en parricidio del artículo 107 del Código Penal⁸), es necesario el conocimiento de dichas circunstancias “para afirmar la tipicidad del delito así calificado, aplicándose el mismo principio anterior, por ejemplo para cometer un parricidio basta saber que se mata a quien se conoce como el padre, por ejemplo, no los procesos fisiológicos que

determinaron su paternidad. En definitiva, como en la comunicación social el significado de las cosas está también determinado por el contexto en que ellas existen o suceden, no se puede hablar de dolo si el sujeto no entiende el significado de su acto en la vida social” (Bernaldes, 2020, p. 87).

Las repercusiones prácticas de tal separación “son aún más llamativas en aquellos ordenamientos en los que, como es el caso de España y de la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, se parte de un sistema de *númerus clausus* de la imprudencia: cuando la modalidad de comisión imprudente no se encuentre contemplada la calificación como error de tipo daría lugar a la impunidad. Ello resulta habitual en los tipos que pertenecen al Derecho penal accesorio, entre otros” (Salinas, 2020, p. 99).

2.2.4. La teoría de la culpabilidad en particular

Esta evolución ha producido “un desplazamiento de las cuestiones objeto de controversia en materia de error. No cabe hablar, sin embargo, en contra de lo que sería de esperar, de una reducción de los puntos polémicos, sino más bien de todo lo contrario” (Salinas, 2020, p. 82).

Por otra parte, el nuevo punto de vista no se ha impuesto completamente. “El sistema final del delito y sus consecuencias en materia de error convive en la actualidad con concepciones diferentes: algunos autores mantienen el dolo en la culpabilidad.

Otros, si bien asumen que el dolo es relevante ya en el tipo de injusto, consideran que la regulación del error resultaría compatible con los postulados de la teoría del dolo” (Cobo del Rosal, 2000, p. 29).

A ello se une el hecho de que existen importantes discrepancias acerca de si una falsa representación ha de ser ubicada en una u otra constelación del error. “El acuerdo sobre esta cuestión se reduce a los ejemplos recogidos habitualmente en los manuales para ilustrar esta solución: así, se califica como error de tipo el error acerca del carácter “ajeno” de la cosa o acerca de la condición de “documento” del objeto que se falsifica. No obstante, respecto de otros muchos elementos, las posiciones son encontradas en lo que respecta a su calificación como error de tipo o de prohibición” (Fernández, 2020, p. 18).

“Las premisas de las que se parte en el marco de la teoría de la culpabilidad a fin de determinar lo que ha de conocer el sujeto para afirmar la responsabilidad dolosa, pueden resumirse en los siguientes puntos: el objeto del dolo se determina en función de que se trate de un elemento normativo o de un tipo penal en blanco” (Bernardo, 2020, p. 28).

La forma en que doctrina y jurisprudencia “llevan a cabo la delimitación en el caso concreto pone de manifiesto, sin embargo, de manera clara, que la aplicación práctica que se hace de esta teoría no se corresponde con sus postulados teóricos” (Fernández, 2020, p. 28).

En segundo lugar, “con la falta de fundamento para exigir puntos de referencia diferentes para el dolo respecto de las distintas remisiones normativas. En tercer lugar, con la falta de plausibilidad de los criterios empleados para determinar el objeto del dolo. Y, por último, con la propia imposibilidad de llevar a cabo la delimitación entre conocimiento del tipo y de la prohibición en la mayoría de los casos” (Cobo del Rosal, 2000, p. 66).

Esta determinación del objeto del dolo atendiendo “al carácter de la remisión presupondría poder distinguir de manera clara entre ambas clases de remisiones. Ello no resulta fácil, ya que el objeto de referencia sería el mismo, al menos respecto de aquellos elementos normativos que introducen una remisión a una norma jurídica” (Fernández, 2020, p. 28).

Las numerosas aportaciones en este sentido “no ofrecen una solución satisfactoria. La mayor parte de la doctrina atiende a si el legislador ha llevado a cabo la tipificación de la conducta por sí mismo –elemento normativo– y en qué casos delega esta función –norma penal en blanco” (Sosa, 2020, p. 84).

Los problemas para la aplicación de este criterio de delimitación tendrían “su origen en la falta de puntos de anclaje suficientes que permitan determinar cuándo se trata de uno u otro caso, lo que entrañaría el peligro de una clasificación arbitraria. Estas dificultades llevaron al desarrollo de nuevas fórmulas que, sin

embargo, en la medida en que constituyen reformulaciones de esta idea, no estarían exentas de problemas” (Cerezo, 1998).

La dificultad en la delimitación, así como la influencia que la misma tiene en materia de error, “parece tener como consecuencia que la clasificación se lleve a cabo, en no pocas ocasiones, en función de tratamiento del error que se considera más justo en el caso concreto: así, no sería la calificación como elemento normativo o tipo penal en blanco la que determinaría las consecuencias penales que ha de tener el error sino, más bien a la inversa, sería el tratamiento del error que se considera adecuado en el caso concreto lo que determinaría la inclusión en una u otra categoría” (Fernández, 2020, p. 28).

Al margen de la efectiva posibilidad de delimitar entre elemento normativo y norma penal en blanco, “la exigencia de conocimiento diferente en cada caso resulta asimismo cuestionable: la decisión del legislador de regular él mismo una materia o de remitir a otras normas –ya sea para complementar el tipo penal o para ayudar a su interpretación– no constituiría la base adecuada para una construcción teórico-dogmática del error” (Cerezo, 1998).

La norma penal en blanco permitiría la inclusión de un amplio número de supuestos de hecho en el tipo y posibilitaría, “a su vez, una rápida adaptación a las reformas legislativas, mientras que el elemento normativo contribuiría a evitar una formulación casuística de los tipos penales: la opción por una determinada técnica

legislativa no parece, por tanto, responder a una valoración del legislador que debiera encontrar su reflejo en la culpabilidad del autor” (Fuentes, 2020, p. 85).

2.2.5. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad. Delimitación entre error de tipo y error de prohibición

Respecto de los elementos normativos, resultaría extremadamente difícil distinguir entre la “valoración paralela” que se exige para la afirmación del dolo y la valoración que se identifica ya con el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta.

Para ello se emplean diferentes fórmulas en las que, sin embargo, resulta posible reconocer una vuelta a la antigua jurisprudencia del RG (Corte Suprema de Alemania): “en este sentido, resulta cognoscible la reducción del objeto del dolo a los hechos por parte de una serie de autores, lo que supondría una vuelta a la delimitación entre error de hecho y de Derecho; mientras que otros autores reconocen el efecto excluyente del dolo al error sobre normas ajenas al Derecho Penal” (Cerezo, 1998, p. 77).

En ese orden de ideas, “los elementos descriptivos del delito son aquellos en los que el sujeto puede percibir y comprender a través de los sentidos, en ellos es suficiente una constatación fáctica, pues expresan una realidad naturalística aprehensible, en otras palabras la afirmación del dolo necesita la simple percepción sensorial del elemento en cuestión (verbigracia, el otro en el delito

de homicidio; el fuego en el homicidio calificado; la concurrencia de dos o más personas en el delito de robo agravado; el concepto mujer al cual se refieren los tipos de aborto; el bien mueble en los delitos de hurto, etc.)” (Gallego, 2020, p. 18).

Son identificados a través del lenguaje común o mediante las terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión. Un elemento es descriptivo cuando se puede percibir sensorialmente, es decir, ver y tocar.

La determinación del error sobre un elemento descriptivo del tipo legal objetivo es de fácil constatación por “la índole del mismo juicio de apreciación entre lo que se representa el agente (disparar sobre una persona, utilizar un veneno) y lo que sucede en la realidad (disparar sobre un animal, emplear una sustancia inocua). Resulta más complicado hacerlo respecto a los elementos normativos, en la medida en que estos ya implican un juicio de valoración, como veremos más adelante” (Soria, 2020, p. 99).

No es posible establecer un límite firme entre los elementos descriptivos y normativos de los tipos penales. “Muchas veces se superponen y es preciso fijar la preponderancia; por citar un ejemplo, tenemos el concepto muerte (artículo 111 del Código Penal), debemos tener en consideración la muerte clínica, que constituye el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas (de conformidad con el artículo 3 de la Ley 2818912, Ley general de

Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos)” (Casas, 2020, p. 63).

Otro ejemplo, en el concepto de documento en los delitos contra la fe pública, los signos escritos y el papel son elementos descriptivos; “en cambio, la determinación de hechos jurídicamente relevantes para la prueba, es un elemento normativo, solamente entendible de manera espiritual. En muchos elementos que tienen un contenido descriptivo, pero también una parte de contenido normativo, atendiendo al peso respectivo de cada una habrá que hablar de elementos predominantemente descriptivos o normativos” (Fernández, 2021, p. 99).

Al margen de estos desarrollos doctrinales, algunos autores “consideran la necesidad de conocer la prohibición para afirmar el dolo en algunos supuestos con carácter general: así, en ocasiones, ello se desprende de la propia formulación típica” (Fuentes, 2020, p. 28).

Con base en estas propuestas, “el tratamiento del error sería equivalente al que se desprendía de la aplicación de los postulados de la teoría del dolo. Ello afianza la impresión de que, si bien la pugna entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad ha perdido relevancia en la actualidad en lo que respecta a sus postulados generales (siendo pocos los autores que se atreven a tomar partido abiertamente por la primera), lo cierto es que los resultados de esta

teoría vuelven a ser discutidos al hilo del debate sobre el error en las normas penales en blanco” (Salazar, 2003, p. 53).

La conclusión “que cabría extraer sería, no obstante, la opuesta a la propugnada por este autor: en lugar de dejar estos elementos al margen de aquello que ha de conocer el autor para afirmar la responsabilidad dolosa, habría que replantearse la corrección de los postulados de la teoría de la culpabilidad, que han llevado a la eliminación de la conciencia de la antijuridicidad del ámbito del dolo” (Salinas, 2020, p. 28).

2.2.6. Discusión sobre la distinción entre error de tipo al revés y error de prohibición al revés

a) La tesis de la inversión lógica:

La tesis de distinción entre el error de tipo y de prohibición al revés no solo cae en las incoherencias del binomio “protección de bienes jurídicos-prevención general”, sino que, a su vez, “se ve involucrada en la nebulosa distinción entre el error en los elementos normativos del tipo y el error de prohibición, cuya delimitación, en un caso práctico, depende de la valoración que hace el autor de su propio comportamiento” (Salinas, 2020, p. 28).

En el caso de los elementos normativos del delito predominan “las valoraciones que no solo son perceptibles por

los sentidos. Para la aprehensión y comprensión de estos elementos se debe realizar un juicio o proceso valorativo que alude a determinadas realidades derivadas, ya sea de una valoración jurídica proveniente de otras ramas del Derecho” (Borda, 2020, p. 111), o de una valoración ético social.

La simple percepción sensorial no es suficiente, sino que, en tanto se trata de elementos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, para que el sujeto pueda tener la conciencia de lo que hace —imprescindible para afirmar su actuar doloso— “se necesita la comprensión intelectual del elemento en cuestión (verbigracia, la calidad de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública, la condición de casado en el delito de bigamia, el bien en los delitos contra el patrimonio, el documento en los delitos contra la fe pública, el apropiarse en los delitos contra el patrimonio, la información privilegiada en el delito de uso abusivo de información privilegiada del artículo 151-A del Código Penal, las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en el delito de tráfico ilícito de drogas, etc.)” (Flores, 2021, p. 28)

La existencia de estas características normativas puede disminuir la función de garantía del tipo introduciendo cierta indeterminación o imprecisión. “La utilización abusiva de estos elementos durante la tipificación puede trasgredir la seguridad

jurídica. Por ello, la valoración debe ser objetiva, es decir, realizada siguiendo los patrones vigentes y no conforme al entendimiento peculiar del intérprete¹⁶. El juicio de valor que se ejercita deberá tomar en cuenta las circunstancias de la realidad social, el lugar o las personas afectadas” (Fernández, 2020, p. 99).

Así, a modo de ejemplo, citemos una sentencia más del Tribunal Supremo alemán, cuya solución se valió de la tesis de la inversión lógica. “El acusado había fabricado y puesto en el tráfico jurídico falsas marcas de partes de productos comestibles separados. El Tribunal consideró que las marcas de partes de productos comestibles separados no se les pueden considerar como documentos, sin embargo, si el agente los tomó por documentos, a pesar de que en realidad no lo son, se les sancionó por tentativa inidónea de falsificación de documentos (...). Esto quiere decir que el elemento “documento” corresponde al tipo, consecuentemente, al realizarse la operación lógica del error de tipo al revés, se afirma la existencia de tentativa inidónea punible” (Sentencia Nro. 1099-2010-HC/TC).

Para satisfacer dichas exigencias sociales de punición es muy aparente la aplicación de la tesis de “la inversión lógica” del que “se vale el Tribunal alemán. Sin embargo, no se sabe qué requisitos exige para que un comportamiento en el cual el

agente hace una errónea interpretación del elemento ajenidad sea considerado como tentativa inidónea” (Salinas, 2020, p. 27).

b) La tesis del error jurídico en el estadio previo de la tipicidad penal:

(Herzberg, 2010) continuó la defensa de esta teoría, señalando que en lo que se refiere a las características, por ejemplo, de la “ajenidad” del artículo 242 del CP alemán (artículo 185 del CP peruano), “se trata de la remisión de conceptos. En tanto el error del autor reside en la interpretación de una norma de remisión en el estadio previo de la tipicidad, fundamentará siempre un comportamiento doloso y, a su vez, una tentativa inidónea” (García, 2020, p. 18).

Por lo tanto, los elementos normativos pueden encontrarse referidos a una realidad determinada por una norma jurídica “o por una norma social, la doctrina los clasifica en elementos normativos jurídicos o de valoración jurídica (verbigracia, la posesión en el delito de usurpación, la minoría de edad del rehén como circunstancia agravante del delito de extorsión, la resolución en el delito de prevaricato, la condición de destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo como elemento del delito de usurpación de funciones)” (Bardales, 2020, p. 199) y los elementos normativos sociales (verbigracia, los actos análogos en el delito de violación de la libertad sexual, el

elemento prostitución en el delito de rufianismo, el elemento honor o reputación en el delito de difamación).

Los elementos normativos de valoración jurídica presentan una cierta particularidad en cuanto a su conocimiento, “noción como funcionario o servidor público (artículo 425 del Código Penal), matrimonio (artículo 139 del Código Penal), depositario judicial (artículo 190, segundo párrafo del Código Penal), bienes embargados (artículo 197, numeral 4, del Código Penal), pueden solo en parte ser percibidas por los sentidos, en lo esencial son solo comprensibles intelectualmente” (Prado, 2021, p. 81).

Como dice Welzel (2010) “para el dolo de la falsificación documentaria no es suficiente que el hechor haya advertido las propiedades perceptibles por los sentidos de un documento, sino que tiene que haber estado, además, consciente de su importancia probatoria” (p. 49).

Si lo que está ante los ojos del hechor hubiera sido correctamente interpretado desde el punto de vista jurídico, solo los juristas más avezados podrían actuar con dolo. De ahí que Bernal (2020) “considera suficiente que la subsunción por el hechor haya sido efectuada como un profano, pues no se necesitará consultar un diccionario para saber, aproximadamente, lo que es un funcionario público en el

ejercicio de sus funciones, o una apropiación indebida, o lo que son bienes inmuebles, etc.” (p. 111).

Regresando al ejemplo que propusimos, en que el agente se apodera de los dientes de oro estando convencido de su “ajenidad”: es suficiente, para admitir en este caso la tentativa, “la intención criminal del agente y que el elemento ajenidad sea un concepto de remisión. Para esta teoría es indiferente si en el tiempo de los hechos, según el Derecho Civil, el objeto sustraído estuvo bajo la propiedad o no de alguna persona” (Cerezo, 2020, p. 394).

**c) La tesis de la impunidad de todos los errores jurídicos
incriminatorios por sí mismos:**

Una tesis contraria fue desarrollada por Burkhard, quien remitiéndose a (Roxin, 2000), sostiene que “todos los errores en un estadio previo conducen siempre a sostener un delito putativo. Quien se apropia de un bien a consecuencia de una falsa interpretación, tomándolo como ajeno, solo comete un delito putativo” (p. 82).

En los elementos normativos de valoración social (empíricos-culturales o ético-sociales) “el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa, ajustando dicha valoración al término medio de la sociedad; por ejemplo, el elemento exhibiciones obscenas presente en el delito previsto

en el artículo 183 del Código Penal. Roxin sostiene que hay casos en los que el contenido del sentido social no puede ser entendido sin una determinada calificación jurídica” (Velarde, 2020, p. 99), por ejemplo, en nuestra legislación, el tipo penal de apología del delito, contenido en el artículo 316 del Código Penal cuando prescribe: “El que, públicamente, hace apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe [...]”.

Para determinar si se ha incurrido en este delito se tiene que hacer una calificación jurídica correcta, ya que de faltar esta no se podría afirmar que la persona ha accedido al contenido de sentido social de su comportamiento, razón por la cual el dolo se encontraría ausente.

En realidad, el agente entiende la “ajenidad” como algo diferente que el legislador, cuando a consecuencia del error en la interpretación afirma la existencia de una característica. “

La extensión (Derecho) de “los elementos normativos del tipo depende de las normas constitutivas para tal efecto. A un error sobre dichas normas jurídicas le corresponde la extensión de los elementos normativos de las características del tipo y con ello también del ámbito de aplicación de la tipicidad” (Roxin, 2000, p. 25).

Seguidamente, acota (Roxín, 2000) una segunda crítica en contra de la tesis de (Jakobs, 1997) advirtiéndole que “dicha concepción trae como consecuencia la ampliación de la punibilidad. Cuanto más complicado es un campo de remisión más difícil se hace la posibilidad de información jurídica. Si una persona, por desconocimiento de las normas tributarias, cree de manera errónea estar cometiendo una defraudación fiscal, según la tesis de Herzberg, se tendría que sancionar al agente por tentativa de dicho delito; dicha solución no es aceptable” (p. 92).

d) La tesis de la solución diferenciada:

Esta tesis es planteada por (Roxín, 2000) quien teniendo “en cuenta las dos concepciones anteriores, trata de alternar y recoger sus bondades haciéndolas político-criminalmente satisfactorias, pero sin dejar de ser también una tesis psicologicista, porque lo determinante para establecer si se trata de tentativa inidónea o delito putativo se hace recaer en la mente del autor” (p. 49).

El error de tipo, como recae sobre los elementos objetivos o las circunstancias de este “(sujeto activo, sujeto pasivo, acción, resultado, nexo causal), se alza como el aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo, y por ello repercute en el tipo, pudiendo excluirlo, de allí que sea considerado como causal de atipicidad. Este tipo de error constituye la contrapartida negativa

del aspecto intelectual del dolo, es un caso de ausencia o negación del mismo” (Prado, 2020, p. 19).

En tanto error que afecta el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, los mismos que son necesarios para que exista dolo, encuentra su ubicación sistemática dentro del elemento del delito conocido como tipicidad, puesto que su consecuencia, “ya sea en su forma vencible o en su forma invencible, impide afirmar la tipicidad subjetiva dolosa del hecho materia de enjuiciamiento. Para la subsistencia del dolo el autor debe obrar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo, pero si falta el conocimiento, falta también la voluntad de realización del tipo y, por ende, el dolo sería excluido” (Lazo, 2021, p. 100).

Si tratamos nuestro ejemplo de “los dientes de oro” con los fundamentos antes referidos, de acuerdo a la tesis de Roxín, se tendría que afirmar la existencia de tentativa, dándole la razón en este extremo a la teoría de (Jakobs, 1997).

e) Solución normativa del denominado error de tipo al revés y del error de prohibición al revés:

A continuación, expondremos los criterios de imputación que ya habíamos empezado en alusión a los fundamentos del “racionalismo jurídico” y sus consecuencias dogmáticas. “Las categorías dogmáticas del error de tipo al revés y del error de

prohibición al revés, que intentan distinguir entre la tentativa inidónea punible y el delito putativo, hacen recaer la punición en el nivel subjetivo de imputación” (Garrido, 2020, p. 29).

La tesis de la “inversión lógica”, también la de (Jakobs, 1997), así como la tesis de la “impunidad” de (Roxín, 2000),” no difieren de sus puntos de partida, ya que se concentran en la relación psicológica del autor y los hechos. De esta manera, en uno u otro caso, de conformidad a una metodología de interpretación, afirman la existencia de tentativa inidónea punible o de delito putativo” (p. 83). Roxín, con su tesis de la “solución diferenciada”, tampoco “se aleja mucho, ya que sin la captura de la intención del autor su teoría no tendría ningún soporte, a pesar de utilizar criterios político-criminales que le permiten soluciones satisfactorias”.

En principio, creo que la distinción de la tentativa inidónea punible y el delito putativo “no está en las finezas de distinción de error de tipo y error de prohibición, sino únicamente en los presupuestos de imputación objetiva de la tentativa. El denominado delito putativo es únicamente un invento de la fantasía, que en realidad no existe, más que en la mente del autor, si él así lo desea” (Salinas, 2020, p. 28).

Lo que acabo de proponer, por cierto, entra en colisión con la estructura tradicional establecida para la evaluación de la tentativa. De acuerdo a la doctrina tradicional, su estructura es

la siguiente. “Primero, el control previo: en este primer examen tenemos: a) establecer primero la inexistencia de consumación, b) establecer seguidamente si ese comportamiento puede ser sancionado como tentativa. Después de este control previo, se prosigue recién con la evaluación de la tipicidad, pero, a diferencia de la estructura de los delitos consumados, se empieza no con la tipicidad objetiva, sino con la tipicidad subjetiva, y recién se continuará con la evaluación de la tipicidad objetiva” (Salinas, 2020, p. 95).

Esto tiene una explicación: “la tipicidad del delito tentado contiene, al igual que la tipicidad del delito consumado, componentes objetivos y subjetivos. Sin embargo, el componente objetivo en los delitos tentados es incompleto, por eso es que se requiere como requisito tener conocimiento de la representación del autor, para determinar qué tipo penal se le tendría que imputar al autor” (Fuentes, 2020, p. 99).

Así, cuando el agente dispara contra una persona y la bala pasa silbando por la cabeza de la víctima “se puede saber” de acuerdo a la representación del autor, “si quería quitarle la vida, lesionarlo o simplemente quería gastarle una broma. Únicamente cuando cumpla los requisitos de la tipicidad subjetiva, cabe continuar con la evaluación de la tipicidad objetiva. En la tipicidad objetiva ha de determinarse el momento

de la ejecución del plan del autor en la realización del tipo” (Fuentes, 2020, p. 28).

Incurre en error de tipo quien desconoce o tiene un falso concepto acerca de los elementos del tipo penal; “sin embargo, es evidente que la ley en sus descripciones típicas solo abarca algunos aspectos de la realidad que considera relevantes para configurar un delito, solo esos aspectos, elevados a la calidad de elementos del tipo penal, interesan a la hora de juzgar acerca de si se actuó con error o sin él” (Bernales, 2020, p. 19).

De allí que se suele hablar de error esencial “y error accidental o irrelevante para distinguir aquel que, referido a uno de los elementos del tipo penal, permite afirmar la exclusión del dolo (cree que dispara contra un ciervo, pero mata a un hombre) del que recae sobre otra circunstancia concurrente en el hecho, pero que la ley no ha considerado en la descripción típica” (Palacios, 2020, p. 99).

El error de tipo esencial recae “sobre los elementos del tipo, sobre aquellos que fundamentan su existencia; cuando recae sobre otras circunstancias se califica como error no esencial y por lo tanto intrascendente para los efectos penales” (Solano, 2020, p 77).

Es importante señalar que “la exclusión del dolo en los casos de error de tipo relevante no significa necesariamente la

impunidad del autor; en el caso del que yerra en su objeto de caza puede el hechor ser responsable de un cuasidelito de homicidio, si la presencia del infortunado cazador era previsible y, por tanto, era evitable herirlo” (García, 2021, p. 39).

De ahí que se distinga, en cuanto a sus efectos, entre error de tipo vencible (evitable) e invencible (inevitable). “El primero excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa (que puede conducir a la incriminación en los casos excepcionales en que la culpa es punible); el segundo excluye el dolo y la culpa, y por tanto, la culpabilidad del autor y el delito, al faltar su carácter culpable” (Gonzaga, 2020, p. 199).

De conformidad al esquema de la doctrina tradicional, “el lugar donde será evaluado la tentativa inidónea punible y el delito putativo es en el primer nivel, esto es, en la tipicidad subjetiva. Si el autor se ha decidido por la comisión de un hecho delictivo que da la impresión de no reunir los requisitos de tipicidad, se tendrá que evaluar si el comportamiento es de tentativa inidónea punible o de un delito putativo. Es en esta parte, después del denominado control previo, donde se esgrimen todas las teorías y los puntos de vista que hemos desarrollado” líneas arriba (Cerezo, 1998, p. 45).

2.3. Marco conceptual

- Delito de violación sexual:

A diferencia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170 del código penal, lo que se castiga en el artículo 173 es sólo la realización del acceso carnal u otro acto análogo, sin ser necesario el uso de la violencia física o grave amenaza contra la víctima. Incluso se reprimen aquellas conductas en las que el menor consienta la conducta sexual o sea quien las propicie, pues en este caso dicho consentimiento resulta inválido; al ser la indemnidad sexual del menor el objeto de protección, se busca evitar las repercusiones negativas que tales contactos sexuales pueden tener en el normal proceso de socialización del menor. (Gálvez, 2011, p. 654).

- Consentimiento de la víctima:

En el tipo no entra en ningún momento el consentimiento del menor, pues este carece de validez. Tampoco tiene trascendencia si el menor se dedica a la prostitución o si ha perdido la virginidad. La discusión más importante en torno a este delito se centra en el límite de la edad, es decir, hasta qué edad debe protegerse el desarrollo sexual del menor. El Código Penal, siguiendo la tendencia de la mayoría de las legislaciones, ha preferido fijar la edad del sujeto pasivo en lugar de correr el riesgo de dejar al juez la facultad de apreciar, caso por caso, la capacidad de la persona ofendida. (Bramont Arias y García, 2013, p.249)

CAPÍTULO III: METODOLOGIA

4.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El enfoque metodológico ha sido el de carácter cualitativo. Según (Sierra, 2020), “este tipo de investigación se elige cuando se quiere comprender o explicar el comportamiento de un grupo objetivo, pero también si se buscan nuevas ideas o productos, o si simplemente se quiere probar algo” (p. 98).

4.2. Metodología

a) Métodos generales:

Se utilizó el método inductivo y deductivo. El método inductivo consiste en: “es aquella que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (Dolorier, 2008, p. 112). En tanto el método deductivo consiste en: “aquella que parte de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular. Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios” (Bazán, 2010, p. 90).

b) Métodos particulares:

- **Método exegético:**

Según (Valderrama, 2015) el método exegético “es el estudio de las normas jurídicas artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador” (p. 180).

– **Método sistemático:**

Para (Valderrama, 2015) este método “introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente” (p. 17).

4.3. Diseño metodológico

Se utilizó el diseño referido a la teoría fundamentada, que según (Valderrama, 2002) es “un método cualitativo que enfatiza la inducción o emergencia de información de los datos para establecer una teoría o modelo” (p. 170).

4.3.1. Trayectoria del estudio

La trayectoria metodológica “hace referencia al cómo se va a proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación de manera sistemática de los datos, en otras palabras, se hace referencia a una explicación holística del cómo se va a realizar la tesis desde un enfoque metodológico” (Fuentes, 2020, p. 18).

4.3.2. Escenario del estudio

La investigación “al tener un enfoque cualitativa y al emplear uno de los métodos dogmáticos jurídicas, propio de la ciencia jurídica, el cual es analizar la norma jurídica y observar si responde a la realidad social y legislativa, dado que el escenario constituye el mismo ordenamiento jurídico peruano, siendo ello donde se puso a prueba su consistencia e interpretación conforme a la Constitución” (Solano, 2020, p. 49).

4.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos

Como se mencionó anteriormente, “la investigación al ser de enfoque cualitativo y ser de una modalidad específica dentro de la rama del Derecho, se analizó las estructuras normativas, así como las posturas doctrinarias referidas a los conceptos jurídicos: daño moral y el derecho a la identidad, con el fin de saber si son compatibles o no, lo cual podría conllevar a poder hacer una modificación normativa racional y válida dentro del ordenamiento” (Sosa, 2020, p. 28).

4.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Como técnica de investigación se empleó el análisis documental para el estudio de los casos en mención.

El instrumento de recolección de datos que se consideró para el estudio es la denominada ficha de observación.

4.3.5. Tratamiento de la información

Se realizó un análisis descriptivo “para el procesamiento de los datos interpretados a partir de la teoría recogida para la presente investigación, considerando las principales corrientes dogmáticas que

sobre el caso se han elaborado, tomando en cuenta teorías y jurisprudencias” (Fuentes, 2020, p. 18).

4.3.6. Rigor científico

El rigor científico hace referencia a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio “y sobre todo si la divulgación de dichos datos vulnera el derecho a la intimidad; respecto a la presente investigación, es preciso indicar que no se está utilizando datos personales, ni se está adulterando la información recolectada, lo cual es posible de corroborar al ser una información pública, siendo preciso indicar que importa para éste tipo de investigación la consistencia y coherencia de los argumentos, en otras palabras, que cumpla con los principios de la lógica jurídica, es decir el principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido” (Fuentes, 2020, p. 193).

4.3.7. Consideraciones éticas

Para Valderrama (2020) los aspectos éticos de una investigación vienen a ser la “forma correcta de obtener la información, el trato adecuado de los sujetos a investigar, la confidencialidad, entre otros. Cualquier investigación que no respete aspectos éticos no podría ser considerada como una investigación pertinente” (p. 18).

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de resultados

(Cuba, 2017) indicó que “en el delito de violación sexual de menor de 14 años lo que se protege no es la libertad sexual sino más bien la indemnidad sexual, esto es, como lo refiere el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116: La preservación de la sexualidad de una persona menor de edad o incapaz, que no está en condiciones de decidir sobre una actividad sexual. Un sector de nuestra doctrina considera que ello no se ajusta con la realidad de nuestra sociedad, pues es sabido que estos menores inician sus actividades sexuales incluso por debajo de ese límite establecido por la ley, de tal forma que postulan por la reducción de la edad del consentimiento sexual, siguiendo a otro sector de la doctrina argentina que argumenta en ese mismo sentido” (p. 199).

La principal trascendencia de la distinción entre los elementos descriptivos y elementos normativos del tipo se produce precisamente en materia de error. Así, para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias de estos.

(Cuba, 2017) con su tesis titulada: “Los criterios para la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual de menor”. Siendo sus resultados principales los siguientes aspectos:

“En el delito de violación sexual de menor de 14 años lo que se protege no es la libertad sexual sino más bien la indemnidad sexual, esto es, como lo refiere el Acuerdo Plenario N° 04-

2008/CJ-116: La preservación de la sexualidad de una persona menor de edad o incapaz, que no está en condiciones de decidir sobre una actividad sexual. Un sector de nuestra doctrina considera que ello no se ajusta con la realidad de nuestra sociedad, pues es sabido que estos menores inician sus actividades sexuales incluso por debajo de ese límite establecido por la ley, de tal forma que postulan por la reducción de la edad del consentimiento sexual, siguiendo a otro sector de la doctrina argentina que argumenta en ese mismo sentido. No solo nuestra realidad social es la única fuente que el legislador toma en cuenta al momento de emitir las leyes penales, pues existen otras que nos permiten sostener que la edad de 14 años es el límite apropiado para el consentimiento sexual.” (p. 199).

(Flores, 2019) mencionó que: “en la presente investigación se ha logrado establecer la importancia de la pericia antropológica, por cuanto ayuda a esclarecer la aparente edad física del menor de edad como agraviado en un delito contra la libertad sexual, ya sea por criterios de apariencia física, sociales, estado de madurez, culturales entre otros. Estos factores muchas veces implican que la defensa del acusado, invoque el error de tipo, aduciendo que se encontraría en un estado de excepción, basado en las condiciones fácticas, las cuales permitan decaer en la punibilidad dolosa, y mediante la prueba antropológica, se podría reunir los requisitos básicos para la determinación de un error de tipo” (p. 109).

El elemento intelectual del dolo debe abarcar todas las circunstancias que integran la descripción del delito, aunque únicamente en sus rasgos esenciales, pues es imposible para el hombre común conocer todos los detalles de la realidad.

(Alcalde, 2017) explicó que:

“los agentes del delito de violación sexual de menor son sujetos que si bien es verdad presentan ciertos rasgos psicopatológicos en su personalidad formadas a lo largo de su vida, estas, en la totalidad de la muestra no afectan su capacidad intelectual, ni volitiva (por lo que no dejan de ser culpables del delito), por lo que en líneas generales se les puede reprochar su conducta típica. También se concluye de la presente investigación, que ninguno de los agresores sexuales de la muestra, presentan deficiencia intelectual o retraso mental de algún tipo. De la muestra no se ha podido corroborar que el agresor sexual haya sufrido abuso sexual en su infancia, por lo que, salvo este punto, el maltrato y abandono en la niñez es un factor que, si hemos podido constatar en la mayoría de los casos analizados, y que aunado esto a los párrafos precitados se comprueba nuestra hipótesis nro. 1 de la presente investigación” (p.109).

Por cierto, esto no significa que “se requiera una conciencia enteramente despierta en todos los detalles, basta una conciencia atenuada e imprecisa. Tampoco es indispensable, para la existencia de dolo, un proceso

mental enteramente claro (estar pensando en ello) respecto de todas las circunstancias en que el hecho tiene lugar.

(Callupe, 2018) indicó que: “en base a los especialistas el supuesto jurídico general resulta acertado debido a que los magistrados realizan una sentencia condenatoria sin antes haber tomado en cuenta las pericias que reúnan los requisitos formales, donde se compruebe que el imputado vulneró el derecho a la indemnidad sexual Artículo 14 del Código Penal.

Asimismo muchas veces los fiscales por presión tanto mediática, por instituciones o familiares de los menores, acusan drásticamente en virtud a la edad de la víctima, además basado en el análisis documental concuerda con los especialistas; ya que se observó que los jueces se versan en la edad de la presunta víctima, por tanto es imprescindible que si existiese una invocación a error este debe ser investigado meticulosamente debido a que el delito de violación sexual de menores entre 10 y 14 años, es un tema de cuidado y de prudencia. Dicho resultado está basado en las entrevistas a especialistas en el ámbito penal, y además en el análisis de los documentos, como son sentencias y casaciones, donde precisan dichos puntos controvertidas” (p. 193).

4.2. Contrastación de las hipótesis

El delito sancionado y previsto en el artículo 173° del Código Penal, Violación Sexual a Menor de Edad, tiene como jurídico protegido la Indemnidad Sexual de menores de edad, que se sintetiza en el libre desarrollo de su sexualidad y su libertad sexual futura (aspecto positivo), prohibiéndose aquellas acciones de contenido sexual que pueden afectar el desarrollo de su personalidad (aspecto negativo). A consecuencia de ello ha surgido en torno

a este ilícito una política de endurecimiento de penas que son más entendidos dentro de lo comprendido en la teoría del derecho penal del enemigo a la implementación de una adecuada política criminal.

La construcción del contenido de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de Violación Sexual a Menor de Edad, debe ir de la mano con la afectación al bien jurídico protegido, siendo esta la razón de ser de la contemplación de este hecho como delictivo, esto a consecuencia de lo establecido por el Principio de Lesividad contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal que establece que “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

En el ámbito del marco de la pena prevista, se ha establecido para el delito de Violación Sexual a Menor de Edad una pena en abstracto con un extremo mínimo no menor de treinta años y en su extremo máximo de treinta y cinco años de pena privativa de libertad, en el cual no se ha establecido ningún criterio de gradualidad de la pena que permita su reducción atendiendo a las circunstancias en el cual se puede desarrollar cada caso en concreto.

No resulta admisible evidenciar que en nuestro ordenamiento penal se determine una sanción a toda aquella persona que tenga acceso carnal con una menor de catorce años, como un hecho sin relevancia penal, siendo que en el caso de una menor a esta edad, por ejemplo, de trece años próxima a cumplir por días o meses los catorce años edad, se le sancione con una pena privativa de libertad de treinta a treinta cinco años, siendo necesario compensar esta diferencia, no solo con una modificación de la pena en abstracto en cuanto a

su margen mínimo, sino, necesariamente, con la contemplación de circunstancias atenuantes que permitan la reducción de una pena.

Otro criterio básico, sería verificar que la edad de la víctima sea próxima a cumplir los 14 años de edad, en la cual se puede determinar que específicamente esta menor ya estaría próxima a acceder al momento en el que por ley se le reconoce la capacidad de autodeterminarse positivamente en su sexualidad.

Un criterio útil a efectos de reducir la pena a límites proporcionales, pudiéndose realizar este a través de una pericia psicológica que concluya si efectivamente ha existido o no una lesión al bien jurídico, así como el grado de esta. El último criterio a verificar sería la existencia de una no muy marcada diferencia de edades entre el sujeto activo y pasivo de la acción, es decir, la no existencia de una diferencia significativa entre ambas edades lo que es un indicador de la no existencia de algún factor de prevalimiento o abuso de posición que podría haber determinado a la menor a tener relaciones sexuales no por su propia voluntad.

4.3. Análisis de resultados

En el presente capítulo se referencian algunas sentencias de la jurisprudencia que hacen alusión al estudio a casos de delitos de violación sexual contra menores de edad, para después realizar una opinión propia al respecto:

- Caso Nro. 01:

SUMILLA:

“Si bien el agente refiere que actuó bajo un supuesto error respecto a la edad de la menor, es de indicar que la agraviada estudiaba en el centro educativo donde aquel se desempeñaba como docente, incluso la menor fue su alumna, por lo que se encontraba en condiciones de percatarse de su edad; asimismo, en la pericia psicológica que se le practicó, se establece que cuenta con un nivel intelectual promedio, razón por la cual no resultan atendibles las alegaciones que invoca en su medio de impugnación”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado: Sandro García Amasifuen

Delito: Violación sexual de menor de edad

Agraviado: E.L.D.A.R.

Fecha :17 de junio de 2008

REFERENCIAS LEGALES:

Código Penal: arts. 14, 25 y 173.

SALA PENAL PERMANENTE R. N. N° 79-2008-LORETO

Lima, diecisiete de junio de dos mil ocho

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Sivina Hurtado; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Sandro García Amasifuen contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos sesenta y uno, del diecinueve de noviembre de dos mil siete; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

Primero: “Que el citado encausado en su recurso formalizado de fojas

doscientos setenta y cinco alega que debió imponérsele una pena mínima por haber aceptado los cargos, además de su inmadurez emocional indicada en el examen psicológico y porque actuó bajo un supuesto de error porque desconocía que la menor agraviada tenía menos de catorce años de edad; agrega que se ha debido tener en cuenta las circunstancias sociales de la zona, en la cual las mujeres se inician sexualmente a muy temprana edad, así como también el grado cultural del procesado, quien por ser nativo de la zona no podía evaluar su conducta de acuerdo al contenido de la norma penal”.

Segundo: “Que la imputación contra el encausado estriba en haber mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada, en diversas oportunidades, entre los meses de junio y octubre de dos mil seis, actos que se desarrollaban tanto en la casa de la madre del encausado como en la vivienda de la agraviada, ubicadas en el Caserío de Contamana, habiendo mediado una relación sentimental entre ambos”. **Tercero:** “Que la materialidad del delito se encuentra debidamente acreditada con el certificado médico-legal de fojas diecisiete que concluye que la menor agraviada presenta desfloración vaginal antigua; asimismo, con el acta de nacimiento de fojas diecinueve que acredita que cuando ocurrieron los hechos contaba con trece años de edad”. **Cuarto:** “Que en cuanto a la responsabilidad penal del encausado Sandro García Amasifuen, se advierte que al prestar su manifestación policial de fojas doce, con asistencia del representante del Ministerio Público y en el juicio –sesión audiencia de fecha veintiuno de agosto de dos mil siete, fojas ciento cuarenta y tres–, admitió que mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, aduciendo que fue con su consentimiento porque eran enamorados”. **Quinto:**

Que, de otro lado, “si bien refiere que actuó bajo un supuesto error respecto a la edad de la menor, es de indicar que la agraviada estudiaba en el Centro Educativo donde el encausado se desempeñaba como docente, incluso fue su alumna, por lo que se encontraba en condiciones de percatarse sobre su edad; asimismo, en la pericia psicológica que se le practicó, obrante a fojas ciento noventa y uno, se establece que cuenta con un nivel intelectual promedio, razón por la cual no resultan atendibles las alegaciones que invoca en su medio de impugnación”. “Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas doscientos sesenta y uno, del diecinueve de noviembre de dos mil siete, que condena a Sandro García Amasifuen como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales E.L.D.A.R. –y no S.L.G.A. como erróneamente se señala–, a veinte años de pena privativa de libertad, fija en ochocientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada, y dispone que sea sometido a un tratamiento terapéutico, previo examen médico o psicológico, a fin de facilitar su readaptación social; con lo demás que contiene; y los devolvieron”.

**S.S. SIVINA HURTADO; PONCE DE MIER; URBINA GANVINI;
VINATEA MEDINA; ZECENARRO MATEUS**

- Caso Nro. 02:

SUMILLA:

“El error de tipo, previsto en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal, es el desconocimiento o falso conocimiento de un elemento del tipo penal que conduce, según su invencibilidad o vencibilidad, a la exclusión de la responsabilidad penal o a la sanción de la infracción como culposa cuando estuviera prevista como tal en la ley”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado: Vidal Rodríguez Quispe

Delito: Violación sexual de menor de edad

Agraviada: M.R.M.V.

Fecha: 15 de octubre de 2007

REFERENCIAS LEGALES:

Código Penal: arts. 14 y 173.

SALA PENAL PERMANENTE R.N. N° 2446-2007-PUNO

Lima, quince de octubre de dos mil siete

VISTOS; “interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Pedro Guillermo Urbina Ganvini; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Vidal Rodríguez Quispe contra la sentencia condenatoria de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del dos de mayo de dos mil siete; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal”; y

CONSIDERANDO: Primero: “Que el encausado Rodríguez Quispe en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos sesenta y seis alega que no se tomó en cuenta su confesión sincera –que ayudó a la aclaración de los hechos–, que

no se advirtió que la menor agraviada afirmó en forma coherente y uniforme que aceptó tener relaciones sexuales con él por ser su enamorado y que hasta la fecha mantienen la relación, y que desconocía que la agraviada tenía menos de catorce años de edad, lo que configura un error de tipo vencible”. **Segundo:** “Que se imputa al encausado Rodríguez Quispe que el día cinco de febrero de dos mil cinco, en horas de la noche, condujo a la menor de iniciales M.R.M.V. (de trece años de edad) a su vivienda ubicada en el barrio Ricardo Palma de la ciudad de Puno, donde abusó sexualmente de ella”. **Tercero:** “Que el encausado Rodríguez Quispe no niega que realizó el acto sexual con la menor de iniciales M.R.M.V. –hecho por demás plenamente probado en autos con las declaraciones de la agraviada (fojas ocho, ochenta y siete y cuatrocientos uno), del propio encausado (fojas once, treinta y siete y trescientos noventa y cinco), el acta de reconocimiento (fojas catorce), el certificado médico legal (fojas quince, ratificado a fojas ciento cuarenta y dos), las pericias psicológicas, entre otros medios de prueba–, sino que pretende su absolución vía la circunstancia del error de tipo vencible y, supletoriamente la reducción de la pena impuesta”. **Cuarto:** “Que el error de tipo, previsto en el primer párrafo del artículo catorce del Código Penal, es el desconocimiento o falso conocimiento de un elemento del tipo penal, que conduce, según su invencibilidad o vencibilidad, a la exclusión de la responsabilidad penal o la sanción de la infracción como culposa cuando estuviera prevista como tal en la ley; que, en el presente caso, el argumento del encausado de que incurrió en un error de tipo por realizar el acto sexual con la agraviada sin saber que tenía menos de catorce años de edad, carece de

apoyo probatorio; que fluye de autos que el encausado conocía la edad de la víctima, lo que se infiere de los siguientes datos: i) la coherente y uniforme versión de la agraviada en el sentido que le comunicó al encausado su verdadera edad (fojas ochenta y siete y cuatrocientos uno), ratificada categóricamente en la diligencia de confrontación de fojas cuatrocientos seis)”, y “que el encausado incluso la vio con uniforme de colegio y sabía qué grado de estudios cursaba (fojas cuatrocientos uno); ii) el encausado Rodríguez Quispe sostuvo que conoce a la menor desde el año dos mil tres – año en que la agraviada tenía doce años de edad (véase partida de nacimiento de la menor de fojas diecinueve, donde consta que nació el veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y uno)– y que antes de ser enamorados eran amigos (fojas once y trescientos noventa y cinco), lo que concuerda con la declaración de M.R.M.V. (fojas ochenta y siete), quien afirmó que conoce al encausado desde esa época; y iii) el hecho que, desde el plano de la lógica y la experiencia, no sea verosímil que el encausado, dadas sus condiciones personales (adulto de treinta y un años de edad con instrucción superior)”, confundiera a una menor de trece años “con una adolescente de dieciséis – como afirma–, tanto más si no consta el particular desarrollo físico de la agraviada que, según el encausado, motivó su error (y el Colegiado Superior, que tuvo trato directo con la agraviada, tampoco lo apreció); que, en tal sentido, se concluye que, con relación a la información de su edad, las declaraciones de la agraviada M.R.M.V., además de coherentes y uniformes, se corroboraron con datos objetivos, sin que, por otro lado, exista evidencia – motivos espurios o relaciones de enemistad, odio o venganza– que sustente

su incredibilidad subjetiva”. **Quinto:** “Que si bien el consentimiento de la menor de edad es irrelevante para la tipicidad del delito de violación sexual de menor –atentos al bien jurídico tutelado: la indemnidad sexual del menor de catorce años–, puede tener ciertos efectos atenuatorios a nivel del *quantum* de la pena; que, sin embargo, se aprecia que la menor agraviada, en sede de instrucción y de juicio oral, expresó que la relación sexual fue contra su voluntad y que se defendió del agresor (fojas ochenta y siete), que le dijo su negativa a realizar el acto sexual, y que este la forzó a tener relaciones sexuales (fojas cuatrocientos uno), por lo que no es del caso estimar esta circunstancia; que, siendo así (faltando el consentimiento de la víctima), el solo hecho de que entre la agraviada y el encausado existiera una relación sentimental resulta, con mayor razón, irrelevante a efectos de disminuir la pena”. **Sexto:** “Que, con respecto a la atenuante de confesión sincera (artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales), el encausado no reconoció de forma oportuna, espontánea y coherente su responsabilidad penal, ni contribuyó eficazmente al esclarecimiento del delito, pues negó en forma invariable extremos esenciales de la imputación relacionados a su conocimiento de la edad de la agraviada y al consentimiento de esta en el acto sexual, así como introdujo una versión de los hechos claramente distinta a los probados en autos, circunstancias que no son compatibles con el fundamento de la mencionada causal de reducción de la pena”. **Séptimo:** “Que el Colegiado Superior omitió aplicar el artículo ciento setenta y ocho guión A del Código Penal, introducido por el artículo dos de la Ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres; que dicha norma establece un previo examen

médico o psicológico al condenado en aras de ser sometido, según dicha evaluación, a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social; que aun cuando el recurso solo proviene del encausado, la aplicación de esta norma no vulnera el principio del *non reformatio in peius*, pues el tratamiento terapéutico, de ser procedente, no limita un derecho del encausado que no esté contemplado en la pena privativa de la libertad ni objetivamente agrava su situación jurídica, antes bien apunta a consolidar el principio preventivo especial previsto en la Constitución Política como meta de la sanción penal, por lo que es del caso integrar la sentencia recurrida de conformidad con el penúltimo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales”. Por estos fundamentos: declararon **“NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del dos de mayo de dos mil siete, que condena al encausado Vidal Rodríguez Quispe como autor del delito de violación sexual de menor de catorce años a veinte años de pena privativa de la libertad, y fija en cuatro mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; e integrando la referida sentencia: **DISPUSIERON** que el condenado Rodríguez Quispe, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación, sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social; y los devolvieron”.

**S.S. SALAS GAMBOA; SAN MARTÍN CASTRO; PRADO
SALDARRIAGA; PRÍNCIPE TRUJILLO; URBINA GANVINI**

- Caso Nro. 03:

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2446-2007-PUNO

Lima, quince de octubre de dos mil siete

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Pedro Guillermo Urbina Ganvini; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Vidal Rodríguez Quispe contra la sentencia condenatoria de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del dos de mayo de dos mil siete; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: “Que el encausado Rodríguez Quispe en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos sesenta y seis alega que no se tomó en cuenta su confesión sincera –que ayudó a la aclaración de los hechos–, que no se advirtió que la menor agraviada afirmó en forma coherente y uniforme que aceptó tener relaciones sexuales con él por ser su enamorado y que hasta la fecha mantienen la relación, y que desconocía que la agraviada tenía menos de catorce años de edad, lo que configura un error de tipo vencible”. **Segundo:** “Que se imputa al encausado Rodríguez Quispe que el día cinco de febrero de dos mil cinco, en horas de la noche, condujo a la menor de iniciales M.R.M.V. (de trece años de edad) a su vivienda ubicada en el barrio Ricardo Palma de la ciudad de Puno, donde abusó sexualmente de ella. **Tercero:** Que el encausado Rodríguez Quispe no niega que realizó el acto sexual con la menor de iniciales M.R.M.V. –hecho por demás plenamente probado en autos con las declaraciones de la agraviada (fojas ocho, ochenta y siete y cuatrocientos uno), del propio encausado (fojas once, treinta y siete y trescientos noventa y cinco), el acta de reconocimiento (fojas catorce), el certificado médico legal (fojas quince, ratificado a fojas ciento cuarenta y

dos), las pericias psicológicas, entre otros medios de prueba—, sino que pretende su absolución vía la circunstancia del error de tipo vencible y, supletoriamente la reducción de la pena impuesta”. **Cuarto:** “Que el error de tipo, previsto en el primer párrafo del artículo catorce del Código Penal, es el desconocimiento o falso conocimiento de un elemento del tipo penal, que conduce, según su invencibilidad o vencibilidad, a la exclusión de la responsabilidad penal o la sanción de la infracción como culposa cuando estuviera prevista como tal en la ley; que, en el presente caso, el argumento del encausado de que incurrió en un error de tipo por realizar el acto sexual con la agraviada sin saber que tenía menos de catorce años de edad, carece de apoyo probatorio; que fluye de autos que el encausado conocía la edad de la víctima, lo que se infiere de los siguientes datos”: “i) la coherente y uniforme versión de la agraviada en el sentido que le comunicó al encausado su verdadera edad (fojas ochenta y siete y cuatrocientos uno), ratificada categóricamente en la diligencia de confrontación de fojas cuatrocientos seis), y que el encausado incluso la vio con uniforme de colegio y sabía qué grado de estudios cursaba (fojas cuatrocientos uno); ii) el encausado Rodríguez Quispe sostuvo que conoce a la menor desde el año dos mil tres —año en que la agraviada tenía doce años de edad (véase partida de nacimiento de la menor de fojas diecinueve, donde consta que nació el veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y uno)— y que antes de ser enamorados eran amigos (fojas once y trescientos noventa y cinco), lo que concuerda con la declaración de M.R.M.V. (fojas ochenta y siete), quien afirmó que conoce al encausado desde esa época; y iii) el hecho que, desde el plano de la lógica y

la experiencia, no sea verosímil que el encausado, dadas sus condiciones personales (adulto de treinta y un años de edad con instrucción superior), confundiera a una menor de trece años con una adolescente de dieciséis – como afirma–, tanto más si no consta el particular desarrollo físico de la agraviada que, según el encausado, motivó su error (y el Colegiado Superior, que tuvo trato directo con la agraviada, tampoco lo apreció); que, en tal sentido, se concluye que, con relación a la información de su edad, las declaraciones de la agraviada M.R.M.V.”, además de coherentes y uniformes, se corroboraron con datos objetivos, sin que, por otro lado, exista evidencia – motivos espurios o relaciones de enemistad, odio o venganza– que sustente su incredibilidad subjetiva. **Quinto:** “Que si bien el consentimiento de la menor de edad es irrelevante para la tipicidad del delito de violación sexual de menor –atentos al bien jurídico tutelado: la indemnidad sexual del menor de catorce años–, puede tener ciertos efectos atenuatorios a nivel del *quantum* de la pena; que, sin embargo, se aprecia que la menor agraviada, en sede de instrucción y de juicio oral, expresó que la relación sexual fue contra su voluntad y que se defendió del agresor (fojas ochenta y siete), que le dijo su negativa a realizar el acto sexual, y que este la forzó a tener relaciones sexuales (fojas cuatrocientos uno), por lo que no es del caso estimar esta circunstancia; que, siendo así (faltando el consentimiento de la víctima), el solo hecho de que entre la agraviada y el encausado existiera una relación sentimental resulta, con mayor razón, irrelevante a efectos de disminuir la pena”. **Sexto:** “Que, con respecto a la atenuante de confesión sincera (artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales), el encausado no

reconoció de forma oportuna, espontánea y coherente su responsabilidad penal, ni contribuyó eficazmente al esclarecimiento del delito, pues negó en forma invariable extremos esenciales de la imputación relacionados a su conocimiento de la edad de la agraviada y al consentimiento de ésta en el acto sexual, así como introdujo una versión de los hechos claramente distinta a los probados en autos, circunstancias que no son compatibles con el fundamento de la mencionada causal de reducción de la pena”. **Séptimo:** “Que el Colegiado Superior omitió aplicar el artículo ciento setenta y ocho guión A del Código Penal, introducido por el artículo dos de la Ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres; que dicha norma establece un previo examen médico o psicológico al condenado en aras de ser sometido, según dicha evaluación, a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social; que aun cuando el recurso solo proviene del encausado, la aplicación de esta norma no vulnera el principio del *non reformatio in peius*, pues el tratamiento terapéutico, de ser procedente, no limita un derecho del encausado que no esté contemplado en la pena privativa de la libertad ni objetivamente agrava su situación jurídica”, “antes bien apunta a consolidar el principio preventivo especial previsto en la Constitución Política como meta de la sanción penal, por lo que es del caso integrar la sentencia recurrida de conformidad con el penúltimo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Tradicionalmente, conforme a la doctrina del *dolus generalis*, se apreciaba un suceso unitario, en el que dolo del primer acto se extendía al segundo, configurándose un solo delito consumado. La posición contraria rompe con la visión unitaria del suceso,

apreciando en el primer acto –en caso la acción dolosa posterior produzca el resultado– un delito intentado, que entra en concurso con el delito imprudente que se configura con el segundo acto, excepto que el acaecimiento del resultado sea imprevisible”. Por estos fundamentos: declararon “**NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del dos de mayo de dos mil siete, que condena al encausado Vidal Rodríguez Quispe como autor del delito de violación sexual de menor de catorce años a veinte años de pena privativa de la libertad, y fija en cuatro mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; e integrando la referida sentencia: **DISPUSIERON** que el condenado Rodríguez Quispe, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación, sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social; y los devolvieron”.

**S.S. SALAS GAMBOA; SAN MARTÍN CASTRO; PRADO
SALDARRIAGA; PRÍNCIPE TRUJILLO; URBINA GANVINI**

- Caso Nro. 04:

SUMILLA:

“El acusado desconocía la edad de la agraviada y estimó que por su aspecto físico representaba más edad de la que tenía (veinte a veintiún años), lo que se corroboró con la prueba pericial y el comportamiento mostrado por ella. Es de estimar que el acusado actuó bajo la influencia de un error de tipo invencible respecto a la edad de la agraviada, que es un elemento del tipo penal de carácter

esencial, pues fundamenta la ilicitud de la conducta incriminada, siendo aplicable el artículo 14 del Código Penal”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado: Lucio Rolando Torres Razo

Delito: Violación sexual de menor

Agraviada: A.I.J.C.

Fecha: 9 de abril de 2008

REFERENCIAS LEGALES:

Código Penal: arts. 14 y 173.

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 75-2008-MOQUEGUA

Lima, nueve de abril de dos mil ocho.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscal Superior, contra la sentencia de fojas cuatrocientos trece, del veinte de noviembre de dos mil siete; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Calderón Castillo; y

CONSIDERANDO: Primero: “Que, la Fiscal Superior, en su recurso formalizado a fojas cuatrocientos veintidós, cuestiona el extremo absolutorio de la sentencia venida en grado y en ese sentido sostiene que el Colegiado Superior no habría valorado adecuadamente los medios probatorios actuados en el desarrollo del proceso, toda vez que el acusado ha variado permanentemente su versión de los hechos, no resultando coherente que manteniendo una relación sentimental con la agraviada desde el mes de enero de dos mil seis, no le haya

preguntado su edad”. **Segundo:** “Que, conforme la acusación fiscal, se atribuye a Lucio Rolando Torres Razo que el treinta de abril de dos mil seis, convenció a la agraviada de iniciales A.I.J.C, de dieciocho años de edad, para reunirse en su departamento con la finalidad de injerir licor; siendo el caso que a las diecisiete horas del indicado día, la agraviada concurrió a la cita para los propósitos ya indicados, consumiendo a instancias del acusado una mezcla de gaseosa con pisco, hasta que perdió la conciencia, lo que fue aprovechado por este para practicarle el acto sexual”. **Tercero:** “Que, de la revisión y análisis de los actuados es de estimar probada la materialidad del ilícito investigado con el certificado médico legal practicado a dicha agraviada en fecha uno de mayo de dos mil seis, que concluye que esta, a la fecha del examen, presentaba “desfloración himeneal reciente y lesiones extragenitales recientes”—véase fojas veintisiete—; asimismo, está probado que a la fecha de los hechos dicha agraviada contaba con diecisiete años y nueve meses de edad —véase partida de nacimiento de fojas treinta y uno—. **Cuarto:** “Que, lo actuado no acredita de modo fehaciente la hipótesis por la cual se entiende que el acusado, para cumplir con sus propósitos criminosos, hizo ingerir a la agraviada una sustancia que la puso en estado de inconciencia, pues sobre el particular no se ha actuado medio de prueba idóneo, siendo del caso anotar que al día siguiente de los hechos se tomaron muestras de orina y sangre a la agraviada, conforme se observa a fojas treinta y seis, obteniéndose resultados negativos para benzodiazepinas, barbitúricos, cannabinoles y cocaína, tal como consta en las conclusiones del análisis químico-toxicológico de fojas veintinueve”. **Quinto:** Que, “en lo que se refiere al acto violatorio imputado al acusado, es de observar que si bien

inicialmente este negó haber mantenido relaciones sexuales con la agraviada; posteriormente, reconoció haber mantenido relaciones sexuales con esta, precisando que venían saliendo juntos desde hace un buen tiempo; en este mismo sentido agregó que desconocía la edad de la agraviada toda vez que cuando le preguntó sobre este particular, esta se mostró reservada, empero por su aspecto físico le pareció que contaba con veinte a veintiún años de edad –véase fojas cuarenta y tres, ciento noventa y siete, doscientos noventa y nueve y trescientos setenta y dos–, no existiendo indicadores para dudar de esta versión, sobre todo si se tiene en cuenta que la agraviada, conforme se ha establecido en autos, se conducía con total autonomía al punto de haber asistido voluntariamente al departamento del acusado con el propósito manifiesto de beber alcohol. **Sexto:** “Que, lo declarado por el acusado se encuentra corroborado además con la pericia psicológica practicada a la agraviada, obrante a fojas treinta y dos, en la que se señala que esta representa más edad de la referida; que, asimismo durante el juicio oral, la perito psicóloga Iris Mogrovejo Espinoza, señaló que al momento de realizar su pericia observó que la agraviada representaba entre dieciocho o diecinueve años debido a su porte y grafología física (sic) –véase acta de audiencia de fojas trescientos setenta y siete–; que, consiguiente, es de estimar que el acusado Torres Razo actuó bajo la influencia de un error de tipo invencible –respecto a la edad de la agraviada, elemento del tipo penal [violación sexual de menor de dieciocho y mayor de catorce años], de carácter esencial, toda vez que fundamenta la ilicitud de comportamiento incriminado–, razón por la cual es de estimar que la sala juzgadora ha discernido adecuadamente sobre esta materia, resultando de aplicación al caso, el primer párrafo del artículo

catorce del Código Penal, por lo que no queda más que absolverlo. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** “en la sentencia de fojas cuatrocientos trece, del veinte de noviembre de dos mil siete; que absuelve a Lucio Rolando Torres Razo de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de dieciocho años y mayor de catorce años, en perjuicio de la agraviada de iniciales A.I.J.C.; con lo demás que al respecto contiene; y, los devolvieron”.

SS. VILLA STEIN; RODRÍGUEZ TINEO; SANTOS PEÑA; ROJAS MARAVÍ; CALDERÓN CASTILLO

- Caso Nro. 05:

SUMILLA:

“La presencia de un error requiere de un análisis de las circunstancias internas y externas del autor y su entorno –la carga de la prueba, si se alega error, corresponde al alegante–. No solo se trata del análisis de los dichos y explicaciones del sujeto activo y pasivo, sino del examen de los elementos externos u objetivos que permitan atribuir al imputado el conocimiento de la edad de la víctima, como su madurez, sociabilidad, integración cultural, educación, inteligencia, el tiempo que conocía a la agraviada, etc.”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado: Antonio Zacarías Subia Achata

Delito: Violación sexual de menor

Agraviada: Menor de iniciales V.T.C.

Fecha: 18 de febrero de 2010

REFERENCIAS LEGALES:

Código Penal: arts. 14 y 173.

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 4591-2008-AREQUIPA

Lima, dieciocho de febrero de dos mil diez

VISTOS; “interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de nulidad interpuesto por la señora Fiscal Superior de Arequipa contra la sentencia de fojas trescientos cuarenta y cinco, del quince de setiembre de dos mil ocho, que de oficio declaró fundada la excepción de naturaleza de acción incoada contra Antonio Zacarías Subia Achata por delito de violación sexual en agravio de la menor V.T.C.”; y **CONSIDERANDO: Primero.-** “Que la señora Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas trescientos cincuenta y cinco sostiene que las relaciones sexuales están probadas, que el imputado Subia Achata ha reconocido ese hecho y que la menor, cuando estas tuvieron lugar, contaba con trece años de edad; que la propia menor informó al imputado de su edad y este último, por lo demás, no puede afirmar que no sabía que tener trato sexual con una menor de edad era delito porque es una persona que ha cursado secundaria, no es un ignorante; que la versión de la menor es uniforme respecto de la fecha del delito, del lugar de su perpetración y de que hizo saber su edad al acusado”. **Segundo.-** Que según la acusación fiscal de fojas ciento treinta y ocho, el encausado Subia Achata, de veintidós años de edad –partida de nacimiento de fojas veintiuno–, los días doce, catorce, diecisiete y veinte de marzo de dos mil

tres mantuvo relaciones sexuales con la menor V.T.C., quien contaba con solo trece años de edad –partida de nacimiento de fojas ciento dieciséis–; que los hechos ocurrieron en el interior de un depósito ubicado en la Avenida Andrés Avelino Cáceres, donde el imputado trabajaba como vigilante. **Tercero.** –“Que, en principio, es de destacar que el Tribunal Superior estimó “que se trató de prácticas sexuales voluntarias y que el imputado actuó mediando error de tipo, pues supuso equivocadamente que la agraviada contaba con quince años de edad, tal como ella misma se lo hizo saber [cabe puntualizar que la norma vigente en esa ocasión era la modificación establecida por la Ley número veintisiete mil quinientos siete, del trece de julio de dos mil uno, que fijaba como edad del sujeto pasivo del delito: menos de catorce años]; que a estos efectos desestimó la versión en contrario de la agraviada”, “quien mencionó que el acto sexual fue impuesto y que el citado encausado conocía su edad, incluso la tía de este último así se lo hizo saber; que siendo así lo que procedía, al rechazar parte o la totalidad de los hechos procesales afirmados por el Fiscal –propriadamente, degradarlos–, era en todo caso absolver al imputado, pero no declarar fundada una inexistente excepción de naturaleza de acción; que esta institución solo funciona respecto del hecho objeto del proceso –el cual lo delimita el Fiscal, no el Tribunal– tal y como ha sido planteado en la acusación fiscal, y su ámbito decisorio se centra en un juicio de subsunción jurídico-penal circunscripto a los ámbitos de la tipicidad, antijuridicidad y penalidad, sin alterar los hechos en que se sustenta el Ministerio Público”. **Cuarto.**–“Que la sentencia de instancia, en el tercer fundamento jurídico numeral tres punto seis, anotó que el encausado actuó mediando error respecto de la edad de la víctima, “(...) error que conforme se detalló en el

numeral tres punto cinco es invencible”; que, sin embargo, el citado numeral solo hace mención a la edad del imputado, en consecuencia, ese extremo vital adolece de la motivación correspondiente, de suerte que la sentencia incurrió en una vulneración de precepto constitucional insubsanable y, por ende, es del caso anularla conforme al apartado uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales”. **Quinto.**- “Que cabe precisar que la apreciación del conocimiento de los elementos objetivos del tipo legal –si el agente era consciente del peligro concreto que generaba con su acción– y la presencia de un error, vencible o invencible, requiere un análisis de las circunstancias internas y externas del autor y su entorno –la carga de la prueba, si se alega error, corresponde al alegante, es decir, él deberá probar tanto su existencia como, en su caso, su carácter invencible–; que no solo se trata del análisis lógico y práctico de la afirmación en contrario de los sujetos activo y pasivo del delito –de sus dichos y explicaciones, del problema de la atendibilidad o preferencia por una de las versiones–, sino esencialmente del examen de los elementos externos u objetivos”, “los cuales permitirán imputar al encausado el conocimiento de la edad de la víctima; que, al respecto, cabe tener presente las características internas del imputado –madurez, sociabilidad, integración cultural, educación, inteligencia–, su actividad social, el tiempo de conocimiento o de trato con la agraviada y las vinculaciones con ella, y las relaciones con su entorno social, entre otros. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas trescientos cuarenta y cinco, del quince de setiembre de dos mil ocho, que de oficio declaró fundada la excepción de naturaleza de acción incoada contra Antonio Zacarías Subia Achata por delito de violación sexual en

agravio de la menor V.T.C.; con lo demás que contiene; **MANDARON** se realice juicio oral por otro Colegiado; y los devolvieron”.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; PRÍNCIPE TRUJILLO; CALDERÓN CASTILLO

- Caso Nro. 06:

RESUMEN:

“Se debe valorar que cuando el imputado tuvo acceso carnal con la agraviada, existía entre ellos una relación sentimental, la cual se ha mantenido en el tiempo, y que, en la actualidad, han formado una familia, conviviendo como pareja y criando a su hija. Por ende, corresponde mantener la vigencia de esa unidad familiar, lo cual justifica atenuar la pena e imponerla con carácter de condicional”.

“La invalidez del consentimiento de los menores en el acto sexual no debe ser interpretada literalmente. Las normas están concebidas para propiciar condiciones de convivencia social idónea, no para originar conflictos ahí donde la autocomposición de las partes determina una situación estable y armónica. Imponer una pena grave al imputado, en lugar de generar paz a las partes, originaría un conflicto adicional”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado: Eduardo Sener Chauca Páucar.

Delito: Violación sexual de menor de edad.

Agraviada: Menor de iniciales K. R. M. L.

Fecha: 16 de marzo de 2017.

REFERENCIAS LEGALES:

Constitución Política del Estado: art. 4.

Código Penal: arts. 45, 45-A, 46 y 173.2.

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD N° 3495- 2015-ÁNCASH

Lima, dieciséis de marzo de dos mil diecisiete

VISTOS: Los recursos de nulidad formulados por el abogado defensor de Eduardo Sener Chauca Páucar y por el representante del Ministerio Público; con los recaudos que se adjuntan al cuaderno correspondiente. Interviene como ponente el señor Sequeiros Vargas, Juez de la Corte Suprema.

Primero. Resolución impugnada

“Es la sentencia de doce de noviembre de dos mil quince, expedida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, que condenó a Eduardo Sener Chauca Páucar como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K. R. M. L., imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a determinadas reglas de conducta; y fijando en la suma de mil soles el monto a pagar por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada”.

Segundo. Postulación de la impugnación y procedibilidad del recurso

2.1. Fecha de lectura de la sentencia

“La sentencia del doce de noviembre de dos mil quince fue leída en la sesión de audiencia de juzgamiento llevada a cabo en la misma fecha, interviniendo en ella tanto el representante del Ministerio Público como el acusado Eduardo Sener Chauca Páucar y su abogado defensor”.

2.2. Interposición de recursos

“Emitida la decisión de condena e impuesta la pena en la audiencia de lectura de sentencia, preguntado el sentenciado Eduardo Sener Chauca Páucar con respecto a si se encuentra conforme o no con la referida decisión, el mismo, previa consulta con su abogado defensor, manifestó que se reserva el derecho. Formulado el mismo interrogante al representante del Ministerio Público, dicho sujeto procesal manifestó lo mismo. El trece de noviembre de dos mil quince, el abogado defensor del sentenciado y el representante del Ministerio Público presentaron sendos escritos interponiendo recursos de nulidad, fundamentándolos, respectivamente, mediante escritos presentados el veinte y el veintiséis de noviembre del mismo año; siendo concedidos mediante resolución del dieciséis de diciembre de dos mil quince”.

2.3. Procedibilidad del recurso

“La decisión cuestionada es una sentencia expedida en un proceso ordinario, por lo tanto, conforme a lo estipulado en el literal a) del artículo 292 del Código de Procedimientos Penales, el recurso de nulidad es legalmente procedente”.

Tercero. Fundamentos de la impugnación

3.1. “La defensa del sentenciado, considera que su patrocinado debe ser absuelto de la acusación fiscal en razón de haber mantenido las relaciones sexuales con

la menor con pleno consentimiento de ella, sin ningún tipo de presión ni forzamiento”.

3.2. “Alega también que no tenía conocimiento cabal de la edad de la menor y que, por versión de ella, asumió que tenía 14 años y estaba por cumplir los 15, por lo que ha incurrido en error, debido a que las condiciones físicas de la menor la hacían aparentar esa edad. Agrega que actualmente convive con la agraviada con quien ha procreado una hija y ha formado un hogar”.

3.3. “Por su parte, el Ministerio Público fundamenta su recurso de nulidad en la deficiente determinación de la pena, en tanto que no se habrían seguido las reglas de tercios establecidas en el artículo 45-A del Código Penal, así como no se habría aplicado debidamente lo regulado en los artículos 45 y 46 del Código Penal”.

3.4. “Plantea también la Fiscalía que no se ha probado que procesado y víctima efectivamente convivan, pues solo se trata del dicho de ambos y si bien admite que ha podido existir un error de prohibición vencible, que permite atenuar la pena, esta disminución debe ser prudencial, mas no desproporcionada hasta límites inferiores que afectan el principio de legalidad; concluye señalando que se le debe imponer la pena de veinticinco años de prisión, conforme se ha solicitado en la requisitoria formal”.

Cuarto. Imputación

4.1. Fáctica

“Se imputa a Chauca Páucar haber tenido relaciones sexuales con la agraviada K. R. M. L. cuando esta tenía trece años de edad, en un lugar descampado en la parte alta del lugar denominado Wilcahuaín”.

4.2. Jurídica

“El Ministerio Público, por los hechos referidos precedentemente, atribuyó al acusado la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad; encontrándose el ilícito penal tipificado específicamente en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, de conformidad con la Ley N° 28704”.

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”;

(...)

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 años.

(...)”.

Por el referido delito, el representante del Ministerio Público, en su acusación, solicitó que se imponga a Eduardo Sener Chauca Paucar la pena privativa de libertad de treinta años.

Quinto. Evaluación de los hechos por el Supremo Tribunal

5.1. “La presunción de inocencia se mantiene “viva” en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. De ahí que la imposición de una sentencia condenatoria requiera que el órgano jurisdiccional alcance certeza respecto a la ocurrencia de los hechos materia de acusación y a la responsabilidad penal del encausado de que se trate, debiendo superarse el estándar o baremo probatorio de la duda razonable, para lo cual ha de observarse una actividad probatoria verdaderamente incriminadora y producida en el marco de un debido proceso”.

5.2. “Ante todo, corresponde apreciar la forma y circunstancias en que se hace la denuncia de este hecho y luego seguir la secuencia, para establecer de manera fidedigna, en lo posible, cómo ocurrieron los hechos, para no incurrir en el fácil argumento del principio de legalidad en la determinación de pena, sino más bien acudiendo al principio de proporcionalidad en atención a los comportamientos humanos y sus consecuencias”.

5.3. “Bajo dicho criterio, de la descripción a nivel policial se tiene que quienes acudieron a presentar la denuncia policial son la madre de la menor con esta y el denunciado Chauca Páucar, lo cual ya significa una singularidad para el inicio de la investigación, pues no suele suceder que concurran a denunciar víctima y agresor, como ha ocurrido en este caso”.

5.4. “Refiere la madre que cuando llevó a su hija a una evaluación médica, el doctor le indicó que su hija estaba embarazada de dieciséis semanas y es ahí cuando recién le cuenta su hija lo sucedido, acudiendo inmediatamente al domicilio del imputado, quien refiere que, en efecto, tuvieron relaciones

sexuales y afirma que eran enamorados y que asumiría toda la responsabilidad por el estado de gestación de la menor; y luego se dirigen a la estación policial para poner en conocimiento estos hechos”.

5.5. “La actuación formal del sistema de justicia determinó que Chauca Páucar sea considerado responsable de delito. La víctima resulta siendo su enamorada, quien en su primera declaración corrobora lo que declaró su madre al momento de la denuncia; en efecto, admite que eran enamorados y que, en esa condición, tuvieron relaciones sexuales; dice que no fue amenazada, coaccionada y que lo hizo por su propia voluntad; versión que, por lo demás, ha sido reiterada en posteriores declaraciones”.

5.6. “Por su parte, el imputado, igualmente, dice que eran enamorados y que, en esas circunstancias se produjo la relación sexual, y que continúan siendo enamorados, indicando que asume la responsabilidad respecto del embarazo. Indica que cuando le preguntó sobre su edad, ella le dijo que tenía catorce años y nunca le refirió que, como consecuencia de las relaciones sexuales que tuvieron, se encontraba embarazada”.

5.7. “En consecuencia, no hay discusión sobre la forma y circunstancias en que se produjo el hecho que ha sido declarado de manera coincidente y uniforme por los involucrados. Es preciso anotar, además, que han declarado ambos que actualmente conviven y están criando a la hija producto de esas relaciones sexuales”.

5.8. “Corresponde, por lo tanto, evaluar si, en las condiciones descritas, se puede derivar una sentencia penal condenatoria de veinticinco años de prisión como solicita el titular de la acción penal y defensor de la legalidad”.

5.9. “Cabe anotar que, a nivel de instrucción, no se advierte que se haya recabado algún elemento probatorio, a pesar de la ampliación de los plazos de instrucción; consta únicamente el auto que abre instrucción. La única explicación razonable para esta indiferencia procesal por parte de la víctima y el procesado, es que su relación sentimental se mantiene y no existe razón para seguir con el proceso penal, debido a que los comportamientos han sido transparentes y no ha existido conflicto generado por las relaciones sexuales entre una menor de trece años y un joven de veintidós años de edad”.

5.10. “En su acusación escrita, la Fiscalía solicita se le imponga treinta años de pena privativa de libertad, para lo cual dicho sujeto procesal se basa en la invalidez del consentimiento de la menor debido a su edad, referencia que es asumida literalmente de la norma, sin asimilar que las normas están concebidas en función de las necesidades de las personas y para propiciar condiciones de convivencia social idónea, por tanto, determinar que la norma origine conflictos ahí donde la autocomposición de las partes determina un *statu quo* estable y en armonía, resulta siendo una interpretación normativa sin contenido, que solo rescata la formalidad de la validez de la ley”.

5.11. “En la audiencia pública, el sentenciado se considera inocente en razón de haber tenido las relaciones sexuales con la menor con el consentimiento de ella y, además, porque ella le dijo que tenía catorce años de edad y que estaba por cumplir quince años”.

5.12. “Conforme refieren los fundamentos de la sentencia apelada, existe abundante referencia jurisprudencial respecto de la invalidez del consentimiento de una menor de trece años de edad, condición que, debido a la naturaleza humana, debe ser adecuadamente evaluada en cada caso, puesto que la referencia numérica establecida en la norma no implica una condición o regla invariable y certera, sino más bien una referencia para establecer la situación jurídica de las personas en atención a la edad que tienen”.

5.13. “El artículo 173.2 del Código Penal, que describe el tipo penal de violación sexual de menor de edad, determina que la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, debido a la gravedad del hecho y el daño irreparable tanto físico como mental que produce, sin embargo, conforme hemos referido inicialmente, este caso, resulta sui géneris, debido a la forma en que se produjo e, inclusive, a que las circunstancias en que se conoce la comisión del delito son especialmente singulares”.

5.14. “Estas especiales condiciones de los hechos derivan en que el tratamiento punitivo y la situación jurídica resulte diferente, debido a que está probado que fueron enamorados, por cierto, a muy tierna edad la agraviada, sin embargo, no es un hecho inusual; asimismo, no puede soslayarse que esa relación sentimental se ha mantenido y, a la fecha, conviven como pareja criando a su hija. La prueba de la convivencia no solo es el dicho de ambas personas, sino que también la constancia del teniente gobernador del centro poblado donde radican y la alcaldesa del mismo lugar certifican dicha convivencia. En consecuencia, es menester mantener la vigencia de esa unidad familiar, conforme reclama la

Constitución, cuando se refiere a los derechos sociales y económicos (artículo 4 y siguientes)”.

5.15. “Cabe acotar que el Derecho Penal tiene que aplicarse desde una perspectiva humana, razón por la cual, en el presente caso, resulta desproporcionado y contrafáctico cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción que, en lugar de estabilizar un conflicto y otorgar paz a las partes, originaría otro conflicto y desazón en los involucrados; siendo ello causa suficiente para disminuir la pena a límites inferiores al mínimo legal y para que esta tenga el carácter de condicional, debido a que no existe una sola referencia ni mención de un probable comportamiento posterior delictivo del imputado, el mismo que, por lo demás, ha demostrado responsabilidad por sus acciones”.

5.16. “Aunado a lo referido precedentemente, debe señalarse que, en la sentencia casatoria N° 335-2015-Del Santa, se ha establecido doctrina jurisprudencial de aplicación para casos semejantes al que es materia de análisis. En efecto, de conformidad con dicha doctrina jurisprudencial, resulta proporcional la disminución de pena por debajo del mínimo legal de pena conminada fijada para el delito de violación sexual de menor, regulado en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, cuando no haya mediado violencia o amenaza para acceder al acto sexual, la edad del sujeto pasivo sea próxima a catorce años”, haya afectación psicológica mínima en la víctima y atendiendo a la diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo.

“Debe precisarse que si bien en el caso *sub examine* el acusado no es pasible de responsabilidad restringida, al haber contado con veintidós años al momento del

hecho materia de imputación y, asimismo, aun cuando no se observe la configuración de error de prohibición vencible, en tanto que el agente no pone en ningún momento en cuestionamiento el conocimiento del mandato jurídico contenido en la prohibición de la conducta delictiva consistente en mantener relaciones sexuales con una menor de trece años de edad; su edad próxima –al momento de los hechos (veintidós años)– a ser pasible de responsabilidad restringida”, “ligada al hecho de que la relación sentimental, se haya mantenido hasta la actualidad, conviviendo como pareja y criando a la hija (formando una familia), al interés superior del niño, entre otras razones, factores o circunstancias personales del agente, expresados en la sección sexta de la sentencia impugnada, tales como su carencia de antecedentes penales, lugar de residencia (centro poblado de Wilcahuacán), su ocupación (obrero), determinan la necesidad de disminuir la pena por debajo del mínimo legal e imponerla como suspendida, en los términos en que ha sido dispuesto por el *a quo*”.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, los jueces de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

“**I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de doce de noviembre de dos mil quince, expedida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, que condenó a Eduardo Sener Chauca Paucar como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K. R. M. L., imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a determinadas reglas de conducta; con lo demás que contiene”.

“**II. MANDARON** que se transcriba la presente ejecutoria al tribunal de origen. Hágase saber y archívese. Interviene el señor Juez Supremo Calderón Castillo por dispensa del señor Juez Supremo Villa Stein”.

S.S. PARIONA PASTRANA, NEYRA FLORES, CALDERÓN CASTILLO, SEQUEIROS VARGAS, FIGUEROA NAVARRO

4.3. Discusión de resultados

La principal trascendencia de la distinción entre “los elementos descriptivos y elementos normativos del tipo se produce precisamente en materia de error. Así, para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias de estos. Por ende, el error sobre este elemento (por ejemplo, la cosa, etc.) se da cuando el autor percibe con sus sentidos equivocadamente, v. gr. supone que dispara sobre una cosa, cuando, en realidad, lo hace sobre una persona” (Salinas, 2020, p. 28).

Por su parte, la apreciación de un elemento normativo, exige, “además de la percepción del sustrato fáctico, la comprensión de su sentido o significado social. Así, el error sobre este elemento se da cuando el autor ha carecido de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento correspondiente, por ejemplo, el autor supone que un documento solo puede ser un escrito firmado” (Salas, 2020, p. 87).

Bajo esta perspectiva, “la opinión dominante entiende que para afirmar el conocimiento de los elementos normativos no se necesita que el autor califique con exactitud jurídica las circunstancias del hecho, sino que es suficiente una conciencia

aproximativa sobre su significado, de modo que basta con una valoración paralela en la esfera del profano” –como lo ideó (Roxin, 2000)–, ello significa dos cosas:

- a) Basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del profano, es decir del no especialista;
- b) Debe concretarse todavía más ubicándose al mismo nivel social en que se halla el autor.

“Por otro lado, se ha destacado que la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego distorsiona las exigencias cognitivas del dolo, al requerir que el autor realice un acto de valoración sobre los elementos típicos que refieren a derechos o relaciones jurídicas, como si el autor fuese el legislador que tuviese que promulgar las normas extrapenales, cuando en puridad solo debe conocer los hechos jurídicos” (Francesco, 2020, p. 28).

Independientemente de la simpleza o complejidad de los derechos y relaciones jurídicas contenidas en las normas penales, “debe asumirse que el aspecto cognitivo del dolo incluye determinados conocimientos jurídicos porque estos son presupuestos de que el autor pueda reconocer el injusto específico del hecho por él realizado. En definitiva, los denominados elementos normativos del tipo describen situaciones jurídicas que pueden enjuiciarse sin necesidad de una valoración del autor” (Fuentes, 2020, p. 29).

Al respecto, “se puede plantear que el error de tipo es aquel que recae sobre cualquiera de los elementos objetivos o las circunstancias de este, los cuales son necesarios para que un comportamiento sea punible, es decir, para que pueda estar subsumido en algún tipo penal. Puede recaer sobre cualquiera de los elementos

descriptivos o normativos del tipo objetivo. Si el agente ha percibido equivocadamente un elemento típico, el error recaerá sobre los elementos descriptivos” (García, 2020, p. 19), pero si el agente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recaerá sobre los elementos normativos.

El error de tipo se constituye como el aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo, y por ello repercute en el tipo, pudiendo excluirlo. “Este tipo de error es la contrapartida negativa del aspecto intelectual del dolo, por lo tanto, es un caso de ausencia o negación del mismo. Se deben distinguir en cuanto a sus efectos, entre error de tipo vencible (evitable) e invencible (inevitable). El primero excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, si se diera la existencia de un delito culposo tipificado en la ley penal; el segundo excluye el dolo y la culpa, por tanto, se le eximiría de pena al agente” (Prado, 2020, p. 69).

También interesa advertir que el error sobre los elementos normativos del tipo no debe confundirse con el denominado “error de subsunción”. Para ello, debe tenerse en cuenta que para afirmar el dolo se requiere que la “valoración paralela” “se efectúe sobre las circunstancias del hecho, esto es, sobre los hechos externos con su significado social, no individual. De este modo, las creencias erróneas que tengan origen en la definición inexacta de un concepto jurídico son irrelevantes para excluir el dolo, pues en estos casos concurrirá un error sobre la subsunción del hecho en la norma jurídica, que a lo sumo podrá fundamentar un error de prohibición” (García, 2020, p. 28).

4.4. Propuesta de mejora

Nuestro ordenamiento jurídico penal, en el artículo 45° del Código Penal establece los presupuestos para fundamentar o determinar la pena, sin embargo, existe un vacío respecto de la determinación de la pena, en aquellos casos de violación sexual en menores de catorce años de edad, cuyo manifiesto consentimiento de la víctima está reflejado en la convivencia y consolidación de una familia con su agresor, lo que ha conllevado a que los jueces se aparten de la pena establecida en la norma penal, y a través de la ponderación de intereses y derechos, y aplicar la proporcionalidad de la pena en estos casos en específico, todo ello a fin de brindar protección jurídica- constitucional a intereses de mayor peso y protección estatal, como los son el derecho a la conservación de la unidad familiar como principio de interés superior del niño.

Siendo así la investigadora sugiere que se debe incluir en el artículo 45° del Código Penal, como uno de los presupuestos para determinar la pena lo siguiente “que, se deberá tener en cuenta al momento de determinar la pena, el principio de interés superior del niño y del adolescente y el derecho a la unidad familiar , siempre y cuando exista manifiesta renuncia por parte del agraviado a la protección del bien jurídico y que ello pueda ser percibido por el Juez, por lo que este presupuesto será de aplicación excepcional”.

Ello con la finalidad de que unifiquen criterios en este tipo de casos, y de esta manera, evitar la imposición de penas excesivas y que causan agravio al derecho a la libertad del imputado, y más aún se pone en peligro derechos como la unidad familiar, y el principio de interés superior del niño.

CONCLUSIONES

1. Se logró determinar que el principio de proporcionalidad de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018, ya que no existe una adecuada motivación respecto a la aplicación de la pena concreta en este tipo de delitos.
2. Se logró establecer que el principio de proporcionalidad abstracta de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018, al no existir mayor fundamentación para la evaluación del figura del error tipo para establecer una pena adecuada.
3. Se logró determinar que el principio de proporcionalidad concreta de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018, al no existir una mayor fundamentación respecto a la pena adecuada en esta clases de delitos.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere establecer mecanismos de capacitación a los magistrados de todo el país, para una mejor aplicación de la teoría del error, haciéndoles conocer las costumbres propias de cada pueblo.
2. Se sugiere instalar un módulo de criminalística, donde exista peritos sociológicos y antropológicos que conozcan la realidad problemática de los delitos de violación sexual contra menores de edad, evaluando mejor cómo se debe interpretar la teoría del error de tipo, y así coadyuvar a los magistrados.
3. A partir de lo observado, se ha observado que la inaplicación de los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado en los casos por violación sexual de menor, se debe a que la mayoría de los operadores del proceso (jueces, fiscales y vocales) no los dominan, ni tampoco lo distinguen en forma correcta”, por lo que debe de difundirse en mayor medida la aplicación de la teoría del error de tipo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, L. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Medellín: Atenas.
- Bacigalupo, E. (2010). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: UNED.
- Balvín, L. (2008). *Estudios científicos y teorías metodológicas*. Lima: Santa Lucía.
- Bandrés, J. (1992). *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Abanzandi.
- Bandrés, J. (1992). *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Abanzandi.
- Buompadre, J. (2003). *Derecho Penal: Parte especial*. Madrid.
- Cabana, R. (2015). *Análisis del delito de violación sexual en menores*. Juliaca: Repositorio de tesis de la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez”.
- Caro, C. (2016). *Delitos sexuales*. Lima: PUCP.
- Carocca, A. (2009). *La defensa penal pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Carrión, D. (2016). *Teoría de la argumentación jurídica*. Arequipa: Adrus.
- Cuello, E. (1980). *Derecho Penal. Parte especial. 14ª edición, tomo II*. Barcelona: Bosch.
- Dolorier, F. (2008). *Estudios de investigación metodológica. Procesos y técnicas*. Lima: Atena.
- Donna, E. (2004). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni,.
- Dos Santos, L. (2010). *Metodología de la Investigación*. Sao Paulo: BPS.

- García, L. (2015). *Investigación del derecho procesal penal*. Lima: UNFV.
- Garzón, J. (2008). *El delito de violación sexual*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Gómez, M. (2003). *Los delitos especiales*. Barcelona: Universitat De Barcelona.
- Mendocilla, M. (2000). *Investigación Científica*. Lima: Fondo Económico.
- Mir, S. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas.
- Peña, A. (2014). *Delito de violación sexual*. Lima : Gaceta Jurídica.
- Rengifo, P. (2015). *Delito de violación sexual. Análisis para su discusión en cuanto al consentimiento*. San Juan Bautista: Universidad Peruana del Oriente.
- Reyna, L. (2015). *Delito de violación en menores de edad*. Lima: Grijley.
- Rojo, Y. (2014). *El error de tipo en el delito de violación sexual*. Belgrano: Uniiversidad Nacional de la Pampa.
- Zaffaroni, E. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Lex.
- Zaffaroni, E. R. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Tortta.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL CON MANIFIESTO CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

MENOR DE 14 AÑOS DE EDAD, EN LOS JUZGADOS PENALES DE HUANCAYO, 2018.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	MÉTODO
<p>PRINCIPAL:</p> <p>¿De qué manera se aplica el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018?</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-¿Cómo se aplica el principio de proporcionalidad abstracta de la pena en el</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera se aplica el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-Establecer cómo se aplica el principio de proporcionalidad abstracta de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de</p>	<p>GENERAL:</p> <p>El principio de proporcionalidad de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.</p> <p>ESPECÍFICAS</p> <p>El principio de proporcionalidad abstracta de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con</p>	<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>principio de proporcionalidad de la pena</p> <p>DEPENDIENTE:</p> <p>Delito de violación sexual con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad</p>	<p>Proporcionalidad abstracta.</p> <p>-Proporcionalidad concreta</p> <p>-Acceso carral.</p> <p>-Abuso sexual.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>-Métodos generales: Análisis y síntesis Inducción y deducción</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación jurídico social</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel descriptivo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño no experimental. Descriptivo correlacional.</p>

<p>delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018?</p> <p>-¿Cómo se aplica el principio de proporcionalidad concreta de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018?</p>	<p>edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.</p> <p>-Determinar cómo se aplica el principio de proporcionalidad concreta de la pena en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.</p>	<p>manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.</p> <p>-El principio de proporcionalidad concreta de la pena se aplica de manera insuficiente en el delito de violación sexual, con manifiesto consentimiento de la víctima menor de 14 años de edad, para conservar la unidad familiar, en los juzgados penales de Huancayo, 2018.</p>			<p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS: -Análisis documental -Observación</p> <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Ficha de observación de sentencias.</p>
---	---	--	--	--	---