

DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE MENORES

(Incidencia en la Provincia del Callao. Año 2004 al 2009)

VICTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ¹

¹ Licenciado por la UNMSM. Egresado de Maestría en Derecho Civil y Comercial y Maestría en Ciencias Penales en la UNMSM. Post Título en Derecho Procesal Constitucional PUCP. Juez Superior (p) de la Corte del Callao. Este trabajo fue premiado en el II Concurso de Ensayos Jurídicos organizado por la Academia de la Magistratura el 2010 – III Puesto)

INTRODUCCION

El tema a plantearse desde el derecho penal especial y con el auxilio de las ciencias sociales es describir y explicar los perfiles psicológicos, educativos, laborales y sociales de víctimas y agentes involucrados en delitos sexuales en agravio de menores en la provincia del Callao comprendiendo el período 2004 y 2009. Además el estudio comprende aspectos probatorios que inciden en la resolución final de los casos.

Previo a ello es necesario establecer un marco conceptual de los delitos de abuso sexual de menores. Por esa razón en la primera parte del presente trabajo hay **un examen crítico** de los tipos penales **delitos de abuso sexual de menor, actos contra el pudor, seducción, proxenetismo y exhibiciones obscenas** desde los problemas de la determinación del Bien Jurídico así como la tipicidad objetiva, subjetiva, anti Juridicidad, Culpabilidad, Determinación de la pena. Se ofrece una perspectiva doctrinal, desde la dogmática jurídica y un enfoque jurisprudencial.

En la segunda parte, del trabajo propiamente experimental se tratan los siguientes aspectos:

PERFILES PSICOLOGICOS, EDUCATIVOS, LABORALES Y SOCIALES DE LA VICTIMA

La investigación se plantea interrogantes como el lugar donde se realizó el abuso sexual. Esto permite delimitar territorialmente cuáles son las zonas más vulnerables en el Callao.

Respecto de perfiles humanos, determinar el género del agraviado en estos delitos, esto es qué sector es más afectado, si el masculino o el femenino.

El registro de nacimiento es una prueba de existencia y de identificación de un menor. Se pretende establecer la cantidad de menores que se encuentran sin actas de nacimiento.

Si bien hemos establecido que el rango temporal de edad para este estudio es de 1 a 18 años, en la muestra deseamos determinar que rango de edad es el más afectado por las conductas de abuso sexual.

Respecto a indicadores sociales necesitamos conocer dónde vive el agraviado, de tal forma que la ubicación nos de una idea de donde territorialmente pueden estar los mas afectados. Sin embargo, este sólo es un indicador ya que el lugar determinante va a ser donde se produjo la agresión sexual.

Por sentido común podemos establecer que por ser menores de edad la mayoría está en etapa de formación educativa, sin embargo no podemos desconocer la inserción informal de menores en el mundo laboral, de allí que requiramos conocer cuánto de ese universo de menores afectados trabaja.

Como decíamos anteriormente los menores están en etapa de formación educativa, pero se plantea la necesidad de conocer la distribución porcentual de ellos en las escalas educativas, y como contraparte los que teniendo derecho de estar en colegios, se encuentran simplemente sin estudiar.

Víctima y agresor son los participes de ese drama que es el abuso sexual de menores, y consideramos que es necesario señalar cual es la

relación previa que han tenido estos, como vínculos de amistad, parentesco u otros.

PERFILES PSICOLOGICOS, EDUCATIVOS, LABORALES Y SOCIALES DEL AGRESOR

¿Quién arremete sexualmente más, el hombre o la mujer?, por información de máximas de la experiencia necesitamos confirmar en todo caso que es el hombre el principal atacante de menores.

El estado civil del agresor tendrá alguna incidencia en su comportamiento o es un dato inocuo. De todas formas debemos probar cual es el universo para poder concluir que son los solteros quienes agreden más que los de otro estado civil.

La residencia del agresor es un factor que contribuye en la realización del delito, o este lo consuma en lugares donde nadie le conoce.

El lugar de nacimiento del agresor nos puede indicar, donde está focalizado socialmente la mayor cantidad de potenciales violadores.

Desde el campo laboral debemos determinar a que se dedica el agresor y si esto tiene algo que ver con su conducta antisocial.

También debemos establecer cual es el grado de instrucción del inculpaado y si tiene algún efecto sobre su conducta.

Hay necesidad de establecer si la edad del agresor tiene alguna incidencia en el comportamiento de estos para realizar sus acciones de agresión.

ASPECTOS PROCESALES

La investigación del delito es complicada y aquí hay una labor importante de la policía y del Ministerio Público en el acopio de información para luego con las evidencias correspondientes judicializar el caso. Sus roles son determinantes y una sólida recopilación de datos va a incidir en la aceptación de responsabilidad cuando se está frente a un proceso judicial.

Por la naturaleza de los delitos sexuales estos determinan qué actos de investigación que se realizan a nivel pre judicial, y cuales son los medios de prueba que tienen que actuarse a nivel judicial. Hay medios de prueba sustanciales para la investigación penal y se practica obligatoriamente cuando se trata de violación sexual; pero son optativos en delitos de actos contra el pudor.

Se requiere establecer cual es la incidencia de víctimas que tienen himen denominado complaciente, o dilatante que dificulta de acuerdo al caso concreto acreditar la penetración sexual.

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA

Todas las partes involucradas en una investigación fiscal de abuso sexual y luego en proceso judicial tienen el derecho de contar con defensa técnica respectiva. En los casos de falencia económica hay una obligación de intervención del Estado y también de los colegios de abogados. Se trata de abordar si es que la víctima ha tenido el debido asesoramiento en la etapa fiscal o judicial, y además si fue particular o de oficio.

En el proceso penal, estando a que la carga de la prueba la tiene el Ministerio Público, se tiene que determinar cuales son los medios de prueba actuados para esta clase de delitos.

En la actuación probatoria, por la naturaleza de la víctima que es un menor de edad y las teorías de revictimización que buscan su protección, se pone límites a las confrontaciones, por lo que se debe establecer si esta es una actuación judicial mayoritaria o se excepciona de acuerdo a cada caso.

RESOLUCION DE LOS CASOS

Los resultados del proceso judicial, esto es la resolución de la situación jurídica de un inculpado llega a dos decisiones: sentencias absolutorias o sentencias condenatorias, por lo que se pretende determinar cual es la proporción de estas decisiones judiciales.

En la imposición de la pena y obviamente tomando en cuenta la gravedad del delito es necesario determinar si las sanciones de privación de libertad son efectivas o suspendidas.

Se considera que los agresores muestran una patología que requiere ser examinada como parte del tratamiento penitenciario, y que el artículo 178 A del Código Penal establece que se debe imponer en sentencia obligatoriamente. La pregunta es saber si los jueces cumplen con esta disposición legal.

Los medios impugnatorios contra las sentencias condenatorias buscan como resultado, su declaración de nulidad o que sean revocadas, por lo que es menester establecer el porcentaje de sentencias condenatorias apeladas y cual fue el curso de esa apelación en segunda instancia.

Justificación

La investigación se justifica para aportar en el desarrollo de una política de prevención de este sector vulnerable de la población en el Callao.

Metodología

En los problemas planteados tienen una interrelación la investigación jurídica formal y la investigación de campo, y se empleará el método deductivo, el inductivo, el análisis y la síntesis.

Muestra en el trabajo de campo

El universo de estudio está constituido por los casos tramitados en la Corte del Callao desde el 2004 a la fecha. Habiéndose identificado de un promedio de 2500 expedientes; y de este universo se ha recopilado información de 525 casos, siendo esta una muestra representativa de dicho período. Se ha empleado los datos del relevamiento estadístico realizado por el Proyecto Belga– UNICEF de la cual fui coordinador para la Corte del Callao. En cuanto a la tabulación de datos y la elaboración preliminar de los cuadros ha sido realizada con el apoyo de la señorita Adriana Sigueñas Méndez, bajo las pautas establecidas por el autor. Luego me he encargado de afinar las tablas estadísticas y realizar el correspondiente análisis.

La finalidad de este trabajo es fijar políticas de prevención que puedan ejecutar la administración pública, y la sociedad civil para proteger a nuestros niños y adolescentes en la Provincia del Callao sin perjuicio que se proyecte a nivel nacional las recomendaciones, y sin dejar de vista las diferencias con otros sectores sociales del país.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Para entrar a definir los delitos de abuso sexual contra menores es necesario entender desde un marco mas amplio que se entiende por delitos contra la Libertad Sexual.

Bien Jurídico.- La libertad sexual es entendida en su doble aspecto: como libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena y como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro. La libertad sexual es vulnerada cuando una persona trata de imponer a otro un acto de contenido sexual en contra de su voluntad empleando violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva)², esta última modalidad la asume el Código Penal como amenaza.

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

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

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

² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. IDEMSA. Tomo I. Lima. 2008. P. 593

DELITOS DE ABUSO SEXUAL

El artículo 173 del Código Penal describe la conducta prohibida en la que el agente coloca como víctima a menores de edad, que tienen de 18 años de edad para abajo.

Bien Jurídico.- La doctrina reconoce que lo que se tutela es la indemnidad sexual del menor, el derecho que este posee para no ser obligado a tener relaciones sexuales. La indemnidad también se le conoce como intangibilidad sexual, como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes no han alcanzado el grado de madurez para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea³. Otros autores dicen que el objeto de protección en los delitos de abuso sexual de menores es la indemnidad e intangibilidad expresadas en la tutela que le brinda el Estado para que el desarrollo de su sexualidad no se perturbe o altere con prácticas sexuales como la prostitución. De esto se infiere entonces que los menores no tienen libertad para ejercitar su sexualidad y por ello no nos parece adecuado que legalmente se encuentren dentro del bien jurídico libertad sexual. Esto creemos merece una configuración distinta porque aquí podríamos hablar de derechos que posee el menor considerado sujeto de derecho en cuanto le corresponda. ¿El menor tiene libertad? ¿O tiene derechos que estamos todos obligados a proteger? La libertad implica desplazamiento apertura de facultades, en este caso lo que se hace es limitar ese desplazamiento de su sexualidad por la razón que el desarrollo de su personalidad vaya acorde con su evolución como ser humano. Entonces los menores no tienen libertad, o en todo caso tienen una libertad limitada que como contrapartida tiene protección del Estado y a medida que van creciendo esa libertad se va ampliando. Ahora, la indemnidad o intangibilidad también pueden ser bienes jurídicos de aquellos que no pueden desplegar su libertad para acceder al trato carnal o

³ SALINAS SICCHA, Ramiro. Los delitos de Acceso carnal Sexual. IDEMSA. 2005. p. 183

para impedirlo. Me explico, el ejercicio de la libertad tiene como presupuesto que la víctima esté consciente y en este caso tenemos a quienes tienen enfermedades mentales, o aquellos que han sido puestos dolosamente en estado de inconsciencia. Aquí tampoco puede calificarse de delitos contra la libertad sexual en estricto.

La intangibilidad sexual es bien jurídico creado por la doctrina italiana para diferenciarla del ataque carnal violento o abusivo en contra de la libertad sexual y de aquella que se tutelaba en la conjunción carnal abusiva en agravio de menor previstas en el artículo 512 del Código Penal Italiano. Se consideraba a ciertas personas como intocables sexualmente por sus características especiales, como minoría de edad o demencia o se encontraba en la privación de sentido⁴.

Lo intangible es lo intocable y sin o con Libertad Sexual se tiene que todas las personas son intocables. En el caso de los menores estos no tienen capacidad para disponer; en consecuencia autorizando ellos para tener sexo, no se le reconoce ese consentimiento. En cuanto a los que tienen libertad sexual son también intangibles o intocables respecto de su integridad sexual, esto debe verse así, mientras que no den su consentimiento.

La indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio. Sin embargo para fines de distinción asumimos que son los menores de edad quienes tienen derecho a la tutela penal de este bien jurídico. Por otro lado se advierte en cuanto a los menores de edad, un acceso carnal les acarrea prima facie un daño porque perturba su desarrollo sexual. Aun si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. Esto no sucede en los mayores de edad porque un acceso carnal de por si no es un daño, esto es relativo, puesto se convierte en daño cuando ha sido realizado doblegando su libertad mediante amenaza o violencia. La indemnidad es lo que

⁴ OXMAN VILCHEZ, Nicolás. ¿Qué es la Integridad sexual? Revista de Justicia Penal. Numero 3 setiembre. Santiago de Chile. 2008. p.96

conceptualmente mejor se estima como bien jurídico merecedor de tutela por parte del derecho penal del niño y del adolescente. El reconocimiento de tutela de la indemnidad en la jurisprudencia suprema la tenemos en el R.N. N° 0458-2003-Callao⁵ del siete de julio de dos mil tres sobre el caso de una agraviada que tenía 13 años al momento de los hechos y habiendo alegado el agente que tuvo relaciones consentidas: *“Que el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de "violación presunta" no admite el consentimiento como acto exculpatario ni para los efectos de la reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores.”*

Con más claridad en la ejecutoria suprema R.N. N° 878-2005⁶ Huaura del doce mayo de dos mil cinco se dice: *“...que en los delitos de violación sexual en agravio de menor de edad se protege de manera determinante la indemnidad o intangibilidad sexual- el libre desarrollo sexual del menor en la medida que afecta el desarrollo de su personalidad; por lo que resulta irrelevante su consentimiento como causa de justificación para eximir a su autor de responsabilidad penal.”*

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

Tipo Objetivo.- El bien jurídico que se tutela con la represión de la conducta prohibida descrita en el Artículo 173 del Código Penal es la Indemnidad sexual. El agente tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad. El

⁵ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

⁶ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

acceso no debe entenderse sólo como coito vaginal propio de las relaciones heterosexuales sino las vías anal y bucal. El agente puede ser una mujer o un hombre. La forma como está redactada la conducta tiene todavía un rasgo de género puesto que la principal víctima de estos delitos es el sector femenino. También las víctimas pueden ser menores del género masculino, afectados por vías anal o bucal. Puede darse el caso de una mujer que tenga acceso carnal con un menor de edad, aquí ya no estaríamos ante vías vaginales, anales o bucales que se entiende desde la perspectiva de la víctima; sino que simplemente lo son porque la mujer adulta tiene acceso carnal con un sujeto pasivo con su consentimiento viciado. Respecto de los objetos empleados como instrumentos del delito, debe entenderse que los que se introducen son inertes y en cuanto a las partes del cuerpo se interpreta que son distintas a las genitales y que puedan ser utilizados para penetrar a la víctima. Un ejemplo es el uso de los dedos para introducirlos en las víctimas.

En estos delitos no se utiliza como medios la violencia o la intimidación porque basta el acto de acceso carnal sobre una menor para que se configure el delito de violación puesto que se parte de una presunción "iuris tantum" que los menores no pueden consentir en ningún caso y si hubiera emitido un consentimiento este se tiene como inexistente.

Los agentes pueden ser hombres o mujeres, si son menores de edad estaríamos ante infractores que deben ser sometidos al fuero de familia. Las víctimas pueden ser menores de ambos géneros.

La Víctima

Existe toda una teoría sobre la revictimización de tal forma que se debe evitar exponer al menor varias veces a un interrogatorio que haciéndole recordar lo sufrido, lo someta a un nuevo agravio mental. Claro que aquí hay una contradicción lógica porque se parte del supuesto que la víctima ya lo es, entonces sólo queda probar quien es el responsable. ¿Y si la víctima no es realmente víctima? Se entiende que ante situaciones reales de agresión sexual habría la posibilidad que se siga afectando a la víctima

pero esta no es la única parte del proceso.

Se trata bajo la protección de la víctima que no se repita la actuación en otra etapa procesal donde tendría que decir lo mismo.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces Superiores sobre la Revictimización se hizo la pregunta: ¿La declaración de la víctima prestada ante el Fiscal de Familia, a que se refiere el artículo ciento cuarenta y tres del Código de Procedimientos Penales, tiene la calidad de prueba para los efectos del juzgamiento?⁷ Y se respondió por mayoría que la declaración de la víctima menor de catorce a dieciocho años de edad prestada ante el Fiscal de Familia si constituye prueba, siempre y cuando no se transgredan las garantías de un debido proceso, debiendo prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño y de esta manera evitar la revictimización de la víctima.

Tipo Subjetivo.- Es un delito a título de dolo, el tipo penal no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo adicional como ánimo libidinoso o propósito lubrico para satisfacer deseos sexuales lo que lo convertiría en tipo de tendencia como se advierte en el delito de violación sexual en el Código Penal Español⁸. En el caso peruano puede ser que el instinto sexual el deseo de satisfacerse esté dentro de los motivos; pero también podría darse el caso que el motivo sea simplemente un deseo de demostrar su fuerza contra la víctima expresada en su forzamiento sexual, o que se considere que dentro de una relación de jerarquía el agente se cree superior que el sujeto pasivo donde podríamos estar ya en los terrenos de la discriminación.

Abuso de Menor y Error de Tipo.- En el R.N. N° 2720-2004⁹ Callao del diecinueve de octubre de dos mil cuatro se define el error de tipo conforme

⁷ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 194

⁸ CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001.

⁹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

a la normativa penal y la doctrina así: *“...el error de tipo previsto en el artículo catorce del Código Penal, se configura cuando el sujeto se forma un representación errónea de una circunstancia referida por el tipo penal, sea que se dé por el lado de sus elementos descriptivos o por el de sus elementos normativos, de modo que el agente se puede equivocar en cuanto a la naturaleza del objeto, condición de la víctima, las agravantes o atenuantes específicas.”*

A continuación realizan el examen de la existencia en el caso concreto para arribar a lo siguiente: *“...estando al modo y circunstancias del evento se determina que actuó bajo la creencia de que la menor contaba con quince años de edad, tal como está le había manifestado, versión que ha sido ratificada por la agraviada desde la etapa de la investigación preliminar (...), en su referencial (...) y en el acto oral (...), por lo que en el presente caso estamos frente a la figura del error de tipo que exime de responsabilidad al encausado, siendo de precisar que aún cuando el error fuese vencible en el caso de autos resultaría impune porque el delito de violación de menor de edad no admite su comisión culposa.”*

La Corte Suprema en el Exp. N° 1230-2003¹⁰-La Libertad del veintitrés de julio de dos mil tres revisó una sentencia recurrida en Nulidad puesto que el impugnante alegaba haber cometido el hecho argumentando que la agraviada aparentaba tener más de quince años, por lo que actuó con error de tipo invencible, debiendo ser absuelto de la acusación fiscal, y que los hechos se cometieron cuando eran enamorados, debiendo en todo caso considerarse su confesión sincera responsabilidad restringida y carencia de antecedentes. La Corte Suprema en principio para establecer las edades se basa en un instrumento público como son la partidas de nacimientos llegando a acreditarse que a la fecha del evento que se juzga, la edad de la agraviada, era de trece años y la del acusado dieciocho años de edad. Descarta la teoría de la defensa de error de tipo pues el sentenciado reconoció que conversaba sobre la edad de la agraviada a

¹⁰ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

quien incluso conocía desde hace dos años, cuando cursaba el primer año de secundaria y este dicho es corroborado por una testigo.¹¹

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces Superiores se planteó la interrogante ¿el desconocimiento de los elementos de tipo objetivo y el desconocimiento de la antijuridicidad en los delitos sexuales, dan lugar al error de tipo y al error de prohibición? ¿Cómo deberían aplicarse estas categorías en un proceso concreto?¹²

Por unanimidad los Jueces Superiores tomaron acuerdo que en los delitos sexuales puede considerarse como eximente de responsabilidad, el error de tipo invencible, en razón de que los delitos sexuales tienen al "dolo" como elemento subjetivo del tipo

Agregan que en los delitos sexuales, el juzgador deberá tenerse en cuenta la personalidad del imputado, evaluando el grado de cultura que le imposibilite tener conocimiento de la norma legal; constituirá juicio relevante del error de prohibición directo vencible, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho delictivo, no ignorando su reproche social. Cuando se alega error de tipo, es de necesidad imperante la aplicación del Principio de Inmediación entre el juez y la víctima.

Consumación.- Cuando el agente logra acceder carnalmente en la víctima en las modalidades previstas. Hay tentativa si la voluntad del agente es tener el acceso carnal.

En el Recurso de nulidad 4737-97¹³ Lima, veinte de octubre de mil novecientos noventa y siete se dice: *"Para efectos de consumación del delito de violación sexual ésta se produce así la penetración haya sido parcial"*.

¹¹ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

¹² Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p.196

¹³ Idem

Pueda darse el caso de imposibilidad de consumación tal como se hace referencia en el Recurso de Nulidad 1535-97¹⁴ Huaura, nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho se dice así: *"Efectuar rozamientos con el miembro viril en el ano de la menor agraviada constituye delito contra el pudor y no violación sexual; al no haberse efectuado una pericia al septuagenario, quien ha puesto de manifiesto su incapacidad para practicar el acto sexual debido a su avanzada edad, existe duda razonable, la misma que le favorece en virtud del principio del indubio pro reo."*

Antijuridicidad.- En estos delitos no se considera ninguna causa de justificación, salvo el caso que se le obligue al agente, si es una violación en grupo a realizar el acto sexual bajo amenaza de ser violentado físicamente, entonces se podría estar ante el miedo insuperable conforme al artículo 20 del Código Penal.

Culpabilidad y error de Prohibición.- En el R.N. N° 2374-2004¹⁵ Ucayali del cinco de octubre de dos mil cuatro, versa sobre la capacidad de entendimiento del agente respecto a la ilicitud de su acto, un componente de la culpabilidad y se dice: *"...no es amparable el alegado error de prohibición, si se analiza sus condiciones personales dada por su propia edad (cincuentiocho años), por el hecho de haber tenido prole (seis hijos) antes de vincularse con la víctima, asimismo su nivel educativo (cuarto año de educación primaria)."*

En el R. N. No. 96-2005¹⁶ Arequipa veinticuatro de febrero de dos mil cinco se considero que el condenado no estaba dentro del error de prohibición por lo siguiente: *"...es de precisar que no se presenta el supuesto de error de prohibición vencible como se ha señalado en la recurrida, estando a que el encausado sabía que su conducta causaba un resultado típico, estando al contenido de su respuesta a la pregunta número*

¹⁴ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

¹⁵ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

¹⁶ Ídem.

siete de su manifestación policial, relativo a su conocimiento que mantener relaciones sexuales con menores de edad se encuentra penado por la ley...”

Error Culturalmente Condicionado.- Este es una forma de error de prohibición de tal forma que el sujeto por factores antropológicos, culturales considera que su conducta es lícita, por ejemplo una nativo de la selva que tiene relaciones sexuales con una adolescente de 12 años. Desde una perspectiva occidental y cristiana esta es una conducta sancionable pero desde ellos no lo es. Aquí hay que tener un punto de vista relativo, esto es depende del lugar donde se mire y desde el nuestro tenemos que el agente actuó bajo error.

En la ejecutoria suprema R. N. N° 2776 - 2005¹⁷ Ayacucho, cuatro de octubre de dos mil cinco se declaro Haber Nulidad en una sentencia de colegiado superior que condenaba por delito de Violación Sexual argumentando error de prohibición. Veamos como razona el supremo tribunal en la mencionada ejecutoria: *“...descritas las circunstancias del caso, se tiene que el encausado (...)estaba incapacitado de comprender el carácter delictuoso de su acto porque actuó al amparo de patrones culturales diferentes de los que conforman la base del Código Penal; que, en efecto, el citado encausado reside en el Centro Poblado María Magdalena, anexo de Tintay, del Distrito de Morcolla, en la Provincia de Sucre del Departamento de Ayacucho -que es un lugar que adolece de vías de comunicación y de servicios básicos, y es donde nació y vivía dedicándose a la agricultura-, en el que las costumbres arraigadas difieren de las de la ciudad; que, como se ha expresado, en ese lugar es común relacionarse con menores de edad –como una costumbre del lugar, denominada "servinacuy"-, que (...) siguió con expreso consentimiento de los familiares de la agraviada; que, siendo así, es de concluir que a pesar de haber llevado a cabo un comportamiento calificado como delito por la ley penal, no es posible sancionarlo en atención a que actuó siguiendo su*

¹⁷ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

propio sistema cultural, en tanto que el imputado es una persona que, en función a lo alejado y aislado de su Comunidad y a sus pautas costumbres tenía esporádicos contactos con la cultura que expresa nuestro Código Penal, por lo que al encontrarse imposibilitado de comprender la norma en consonancia con sus costumbres, es de aplicación la primera parte del artículo quince del Código Penal”.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces Superiores se formuló el problema de establecer cómo se aplica el error culturalmente condicionado en los delitos sexuales contra menores. Como respuesta por unanimidad se acordó que la determinación de la situación personal del imputado, corresponderá establecer la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes en los delitos sexuales a menores de 14 años; circunstancias atenuantes como es el caso específico de nuestra realidad pluriétnica y pluricultural, que influye externamente sobre el resultado y además se parte de la pertenencia del imputado, a un medio en que predominan costumbres o patrones culturales apartados de la ley penal.¹⁸

Penalidad.- El artículo 173 del Código Penal establece el catalogo de sanciones aumentando la gravedad de las penas en relación inversa con la edad de la víctima. Además la gravedad tiene relación con los vínculos de la víctima con el agresor. La norma dispone:

- “1. Si la víctima tiene menos de diez años, la pena será cadena perpetua.*
 - 2. Si la víctima tiene entre diez a menos de catorce, la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco.*
 - 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*
- Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él*

¹⁸ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 197.

su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua."

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación sexual y comercial de Niños y Niñas y adolescentes los Jueces Superiores se plantearon el problema de la penalidad, y precisar si los jueces están facultados para aplicar penas por debajo del mínimo legal cuando no existan atenuantes genéricas ni específicas, en aplicación al Principio de Proporcionalidad, llegando a la siguiente conclusión por mayoría: *"En atención a los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad los jueces están facultados a rebajar las penas por debajo del mínimo legal establecido en la ley, sin necesidad de que concurra alguna de las causales de atenuación de la pena, debiendo motivar su resolución en cada caso concreto."*¹⁹

También se formuló la pregunta siguiente ¿Cuáles son los casos específicos de agravantes que ameritan sanciones drásticas al máximo posible de la pena? Dando como respuesta unánime: *"Si bien el Código Penal prevé los tipos penales agravados que merecen una sanción punitiva más severa; no obstante para la determinación de la pena a imponer deben adoptarse las reglas de valoración de la prueba y elementos indiciarios pertinentes al caso específico. El juzgador, puede aplicar este criterio en sus resoluciones judiciales, puesto en los delitos contra la libertad sexual — violación sexual de menor de edad o incapaz, la Ley 28704 ha endurecido las penas."*²⁰

La Cadena Perpetua.- Esta máxima pena aplicable a este tipo de delitos cuando son menores de 10 años o cuando la víctima muere o se lesiona gravemente o es tratada con crueldad, tiene detractores puesto que consideran que si los fines de la pena es la "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación del penado, la cadena perpetua es incompatible con estos postulados previstos en el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución, Advertimos que en la sentencia **003-2005 - PI/TC del 9 de agosto de**

¹⁹ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 193.

²⁰ Ibídem

2006 el TC en coherencia con las observaciones realizadas en STC 0010-2002-AI/TC ha declarado su constitucionalidad pero bajo determinados presupuestos. Como posición de principio considera que la cadena perpetua como pena intemporal lesiona la dignidad humana así: *“Este Colegiado considera que la cadena perpetua es incompatible con el principio-derecho de dignidad humana, puesto que detrás de los fines constitucionales de la pena –reeducación, rehabilitación y reincorporación– también se encuentra necesariamente una concreción del derecho-principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Precisamente, dicho derecho-principio, en su dimensión negativa, impide que los seres humanos sean tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada persona, incluso la que delinque, debe ser considerada como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.”*

El TC hace un zanjamiento con las teorías del derecho penal del enemigo que busca la sanción de las personas que al ser absolutamente contrarias al ordenamiento legal, no se requiere que se le reconozcan garantías que si tienen otros ciudadanos que han caído en el camino del delito: *“Por ello, la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo (cita del TC a JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. pp. 21 y ss); es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el*

derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático.”

Pero el TC tampoco considera que no se deban sancionar conductas que dañan bienes jurídicos promoviendo la impunidad y que el respeto a los derechos de las personas no puede llevar a que el derecho penal se convierta en algo sin peso sin eficacia: *“No obstante, ello no quiere decir tampoco que el Derecho penal constitucional se convierta en un Derecho penal “simbólico”, sino que debe responder eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado Constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En ese sentido, la cadena perpetua, sin posibilidades de revisión, no es conforme con el derecho-principio de dignidad de la persona humana ni tampoco con los fines constitucionales de las penas. De ahí que la ejecución de política de persecución criminal del Estado se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y en que en su seno las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes lo detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirlo.”*

Las apreciaciones del TC expresadas en la STC 0010-2002-AI/TC no le hicieron llegar a la conclusión de declarar la inconstitucionalidad de la pena de cadena perpetua, bajo el criterio que las objeciones que suscitaba su establecimiento en el sistema penal podían subsanarse si se introducía una serie de medidas que revirtieran su carácter intemporal y la sentencia fue de una de mera incompatibilidad en la que se exhortaba al legislador para que realice las modificaciones legislativas pertinentes, haciendo

referencias que incluso el Estatuto de la Corte Penal Internacional preveía la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años y que podía ser empleado como referencia para contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua. El Estatuto que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

La STC 0003-2005 describe el desarrollo legislativo respecto de la cadena perpetua posterior a la sentencia STC 0010-2002-AI/TC así: *“...el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo 921, cuyo artículo 1º incorporó la institución de la revisión de la pena de cadena perpetua al cumplirse los 35 años de privación de libertad. Asimismo, el Tribunal observa que en virtud del artículo 4º del mismo Decreto Legislativo 921, se dispuso la incorporación de un Capítulo en el Código de Ejecución Penal, denominado “Revisión de la Pena de Cadena Perpetua”...”*

El procedimiento establecido en el capítulo V del Código de Ejecución Penal respecto de la revisión de la cadena perpetua establece que dicha pena será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad, para lo cual se someterá al interno a exámenes mentales y físicos y se formará un cuaderno, corriéndose traslado al Ministerio Público y a la parte civil. Se precisa además que, en audiencia privada, se actuarán las pruebas ofrecidas, se examinará al interno y el órgano jurisdiccional resolverá, atendiendo a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, a efectos de establecer si se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario. El Tribunal Constitucional considera que el régimen jurídico de la cadena perpetua establecido en el Decreto Legislativo 921 ha salvado las objeciones de inconstitucionalidad y, por ello, cumple lo dispuesto en la STC 0010-2002-AI/TC y constata que el legislador ha introducido diversos

mecanismos para hacer que una pena, prima facie, sin límites temporales, como la cadena perpetua, sea susceptible de devenir en temporalmente limitada a través del referido procedimiento de revisión.”

En la jurisprudencia suprema tenemos que en el R.N. N° 3173 - 2004²¹ Ucayali doce de enero de dos mil cinco se reformó la cadena perpetua impuesta a un condenado culpable de haber violado a un menor de seis años objetándola por conflicto con principios constitucionales y la modificaron imponiendo 25 años: *“...se debe tener en cuenta que la cadena perpetua atenta contra el principio de humanidad de las penas y el de resocialización, por cuanto, el criterio que subyace en el principio de humanidad cuyo asiento jurídico se encuentra en el artículo primero de la Constitución Política del Estado, es el de permitir la aceptación y el respeto hacia las normas jurídico penales en la medida que la finalidad de las sanciones se base en fundamentos empíricos y no con el afán de causar terror en la población; la pena debe ser vista como un mal dado que es una injerencia coactiva en la esfera de los derechos de un sujeto; el autor de un delito a quien, por lo demás, no se le puede gravar cargas insoportables o permanentes; además de las condiciones personales y culturales del justiciable, la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo, conforme a lo dispuesto por el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, así como el marco legal establecido en el tipo penal que se le imputa y las atenuantes que concurran al proceso, el principio de proporcionalidad de la pena previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Sustantivo, en la que se debe valorar los efectos del daño causado y el bien jurídico protegido; en ese sentido, es posible modificar la pena impuesta de manera proporcional.”*

Sin embargo en el caso R. N. N° 800-2005²² Ucayali del nueve de mayo de dos mil cinco en agravio de una menor de 6 años a quien el condenado reconoció haberla tocado pero si hubo contacto sexual por un

²¹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

²² Ídem.

certificado médico legal, mas la sindicación persistente de la víctima sin contradicciones, y la confianza que existía entre ellos sustentó que se resolviera No haber Nulidad en la cadena impuesta contra el sentenciado.

Penalidad e Imputabilidad Restringida.- Esta es una suerte de beneficio para aquellos que tienen menos de 21 años y mayor de 18 años de edad y los que tienen más de 65 años. Los niveles de criminalidad en el Callao en casos concretos apuntan a establecer que aquellos que delinquen por ejemplo a los 18 años de edad sin embargo tienen un recorrido en su adolescencia por la senda de la infracción. De todas formas legalmente se considera que se puede rebajar la pena prudencialmente, facultad que tiene el juez conforme al artículo 22 del Código Penal.

Los pronunciamientos de la Corte Suprema son dispares como en el R.N. N° 3508-2005²³ Huaura su fecha veintiuno de diciembre de dos mil cinco que dice que respecto a la invocación de imputabilidad restringida por razón de la edad, es pertinente señalar que en el delito de violación sexual, dicha causa de atenuación de la responsabilidad penal se encuentra excluida, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal. En otra ejecutoria suprema, el R.N. N° 2575-2005²⁴ Cono Norte del veintisiete de setiembre de dos mil cinco al determinarse que el procesado en el momento de los hechos contaba con diecinueve años de edad, es decir con imputabilidad restringida; es del caso rebajarle aún más la pena impuesta, en cumplimiento al principio de proporcionalidad y fines de la pena, previstos en los artículos ocho y nueve del Título Preliminar y cuarenta y seis del Código Penal; y con las facultades que otorga el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales. Aquí si bien se emplean los principios del Título Preliminar no se examina por qué es inaplicable el artículo 22 del Código Penal. En esta misma dirección en la ejecutoria suprema R.N. EXP.N° 1013-2005 Chíncha del veinte de mayo del dos mil cinco se confirma la imposición de la pena, en razón que guarda proporcionalidad con la gravedad de los hechos, las

²³ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

²⁴ Ídem

condiciones personales del acusado, su **imputabilidad restringida** en razón a su edad, toda vez que a la fecha de comisión de los hechos contaba con dieciocho años de edad sin explicar el apartamiento del artículo 22 del Código Penal.

Con relación a la aplicación de la responsabilidad restringida para los delitos de Libertad Sexual, los Jueces Superiores se pronunciaron que no operaba en tanto permanezca vigente la prohibición legal prevista en el artículo 22 del Código Penal (modificado por la Ley 27024). Una decisión contraria atentaría contra los efectos de la pena²⁵.

Imputabilidad Restringida en la Jurisprudencia Vinculante de La Corte Suprema.- En el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, transitorias y especial acuerdo plenario N° 4-2008/CJ -116 de fecha Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho relacionado a la Aplicación del artículo 173° 3 del Código Penal se plantearon el problema si es que en los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, y si el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal que prohíbe la aplicación de la institución de responsabilidad restrictiva colisiona con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley. Los Jueces Supremos señalaron como antecedente el pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Analizada esta decisión por la especialidad penal de la Corte Suprema se llegó a la conclusión que no constituye precedente vinculante puesto que la Sala Constitucional no siguió el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que el Pleno de Jueces Supremos estableció que los jueces penales están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo

²⁵ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 195

22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo. Esta posición de la Corte Suprema en contra de una orientación unificadora de la jurisprudencia lo que hace es dar carta blanca para que los jueces decidan en una u otra dirección por lo que debieron adoptar un pronunciamiento sobre este tópico, vacío que no abona en la seguridad jurídica.

Precedentes Vinculantes que interpretan el Artículo 173 del Código Penal Descriminalizando Conductas en Agravio de Menores de 14 a 18 Años

En el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 se fija como cuestión previa que la sanción a agentes de violación sexual en agravio de mayores de 14 y menos de 18 años es excesiva y que rompe con el principio de proporcionalidad de la pena con el hecho punible. Compara tres tipos penales donde tácitamente se admite que una persona entre 14 y 18 años puede disponer de su sexualidad. Parte analizando el artículo 176 A del Código Penal que sanciona al agente que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170 realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor. Este tipo penal regula en cuanto a sanciones para abajo, mientras menos edad tenga la víctima, mayor es la sanción, dejando vacío el acto contra el pudor de mayor de 14 años y menor de 18 años. De esto se razona que si la persona que está dentro de esos parámetros cronológicos accede a tocamientos quiere decir que lo hace porque tiene facultad para consentir. Si esto no es así entonces ya estamos ante la aplicación del artículo 176 del Código Penal que sanciona a quien sin propósito de tener acceso carnal con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor.

También fija su razonamiento sobre la conducta descrita en el Artículo 175 del Código Penal modificado por la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio del 2004, que describiendo el delito de Seducción reprime al agente que mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si se aplicara mecánicamente el artículo 173 inciso 3 el tipo penal de Seducción habría desaparecido; sin embargo si una persona es engañada por el sujeto activo entre 14 a 18 años para tener provecho carnal, quiere decir que ella posee también facultad de consentir dentro de un contexto de engaño.

Otro parámetro normativo que toma como referencia el Pleno de Jueces Supremos es el artículo 179-A.- Usuario-cliente incorporado por la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004. En general el usuario de los servicios de prostitución no tiene sanción con la excepción establecida en el artículo 179-A del Código Penal que reprime a quien mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza 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 siempre que la víctima sea una persona de catorce y menor de dieciocho años. Sin embargo si el usuario realiza actos sexuales a sabiendas que la menor tiene menos de catorce años de edad podría ser encausado como autor del delito de Violación Sexual. La prostitución no es sancionada penalmente y más bien la tienen quienes la promueven, como el proxeneta o quien se aprovecha de las ganancias, como el rufián. Sin embargo el artículo 179 A introduce como conducta reprochable el tener sexo pagado con mayor de 14 y menor de 18. De aquí se razona que esta menor que se prostituye está haciendo un acto de disposición de su sexualidad de manera consciente, sino fuera así entonces a la luz del artículo 173 inciso 3) del Código Penal el usuario debería ser procesado por delito de violación sexual.

El Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 introdujo cuatro pautas de atenuación dentro de los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

- Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
- Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
- La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Avanzando en establecer cuándo un menor de 18 años puede disponer de su sexualidad y concluye que es cuando la persona tiene más de 16 amparándose en reglas del Código Civil así: *“...si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse.”*

El Pleno de Supremos entonces establece como regla jurídica que si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 14 y 16 años de edad se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal, dejando incólume la aplicación del 173 inciso 3 en todo su marco punitivo cuando medie grave amenaza y violencia.

Acuerdo Plenario N° 4 - 2008/CJ-116 Aplicación del Overruling, Cambio del Precedente establecido en El Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116

La anterior posición fue dejada de lado mediante un overruling por los Señores Jueces Penales de la Corte Suprema con el Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho en el que al realizar el análisis si la conducta de una persona que ha sostenido relaciones sexuales con un sujeto pasivo mayor de 14 y menor de 18 años es punible, han dilucidado previamente el problema si dicho sujeto pasivo conforme al orden jurídico tiene capacidad para disponer libremente de su libertad sexual. En el Acuerdo Plenario se razona remitiéndose al *Código Civil en sus artículos 44°, 46° y 241°* que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio.

En el IV Pleno de Jueces Supremos se advirtió que en tipos penales clásicos se reconoce la capacidad de consentir a una menor de 14 años citando el artículo 175 del Código Penal que describe el delito de Seducción, esto es cuando la víctima es engañada por el sujeto activo para tener relaciones sexuales. Además se tiene el artículo 176 A Código Penal que sanciona a quien realiza tocamientos indebidos a menores de 14 años mientras que el artículo 176 del Código Penal sanciona actos contra el pudor a mayores de edad siempre que se realice con violencia o grave amenaza concluyendo los señores Jueces Supremos que en una interpretación sistemática de estas dos normas penales, también se admite que una persona mayor de 14 años puede consentir dichos actos lo que importa una causa genérica de atipicidad. Examinado estos tres tipos penales 175, 176 A y 176 del Código Penal se concluye que para el ordenamiento jurídico penal una persona mayor de 14 años puede disponer de su libertad sexual y en coherencia con su razonamiento el Pleno de Jueces Supremos Penales en el Acuerdo Plenario N° 4 - 2008/CJ-116 ha decidido ampliar la exención de responsabilidad penal

por consentimiento del titular del bien jurídico afectado a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciséis años de edad.

El consentimiento está regulado como exención de responsabilidad penal conforme al artículo 20 inciso 10 del Código Penal. La doctrina tal como lo señala Peña Cabrera²⁶ afirma que el consentimiento no excluye la tipicidad sino la antijuridicidad porque siempre hay un daño del bien jurídico tutelado penalmente, y pone como ejemplo el caso de lesiones donde el individuo deja consentir que se le ocasione una lesión. Que si bien el IV Pleno de Jueces Supremos en el sexto párrafo del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho hace referencia al consentimiento como causa de justificación, también en su análisis sistemático de los artículos 176 y 176 A del Código Penal en el octavo párrafo, al concluir que una persona mayor de 14 y menor de 18 años puede disponer libremente de su sexualidad, **se está ante una causa genérica de atipicidad**. Es mi parecer que si la Libertad Sexual no ha sido lesionada, entonces no se tiene al frente una causa de justificación, sino se está ante una causal de atipicidad, y esta última en los procesos en trámite puede ampararse con el primer supuesto de la Excepción de Naturaleza de Acción, que se estima cuando el hecho no constituye delito.

Autoría y participación.- En el Recurso de Nulidad 590-98²⁷ Lima, treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho se estableció la complicidad primaria de un agente que no habiendo participado de la violación sexual; sin embargo había contribuido con la perpetración del delito: *"La conducta delictiva del acusado es la de cómplice primario de delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia, por haber posibilitado con su actitud, al hacer ingerir a la menor agraviada un somnífero a fin de que se duerma, y que sea violada por sus coacusados."*

²⁶ PEÑA CABRERA Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tercera Edición. Editorial Grijley. Lima. 1997. p. 428-429

²⁷ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

AGRAVACION DE LA PENA POR VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD SEGUIDA DE MUERTE O LESIÓN GRAVE

El Artículo 173 A modificado la Ley N° 28704, publicada el 03-04-2006 dice que los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo 173 causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua.

Este es un delito donde el agente actúa bajo dolo directo en el caso de la violación y dolo eventual cuando representándose el resultado de lesión o muerte continua desarrollando la acción típica. La cadena perpetua como sanción se aplica a los supuestos que aparecen en los incisos 2 y 3 del artículo 173 porque la violación de menor de 10 años ya tiene como pena conminada la cadena perpetua.

También se considera como modalidad aparte el empleo de la crueldad con la víctima haciéndole aparte del vejamen sexual agresiones físicas y mentales de por si innecesarias para consumar el acceso carnal no deseado.

Referencias jurisprudenciales de aplicación de cadena perpetua.-

Como pena máxima de nuestro ordenamiento tiene un precedente en el R.N. 4711-97²⁸ Ica, veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y siete. En la referida resolución se declaró nulo un extremo de la sentencia de vista ordenando que se realice un nuevo juicio oral porque consideraba que no se había efectuado una debida apreciación de los hechos materia de inculpación, ni se había compulsado adecuadamente la prueba actuada con el fin de establecer fehacientemente la responsabilidad o irresponsabilidad del encausado. La sala suprema reconoce esa forma de resolver declarando nula parcialmente una sentencia superior como una tendencia jurisprudencial justificándose la misma porque si bien tiene conexión con el principio de la unidad del proceso, no es menos cierto que

²⁸ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

la justicia debe ser pronta y oportuna, al existir en el proceso otro encausado que con arreglo a ley y al derecho ha sido pasible de una sentencia condenatoria, el que no puede perjudicarse por quien no ha tenido un tratamiento conforme a ley; que, por tales razones, y al amparo de los principios de economía y celeridad procesal, la Corte Suprema mediante múltiples Ejecutorias ha establecido que en casos como el presente, la declaración de nulidad debe estar referida única y exclusivamente en la parte cuestionada.

En el R. N. N° 536-2005²⁹ Cusco del veintiocho de abril de dos mil cinco en un caso donde el condenado violó a dos menores de edad de 7 y 8 años, y con la muerte de ellos como resultado del ahogamiento producido por la asfixia de los menores. El sentenciado trató de justificar su conducta por haber estado ebrio y la pericia psicológica dio como resultado que presentaba una personalidad psicopática con rasgos disociales y la Suprema consideró que representaba una anomalía psíquica grave, alteración de la conciencia o de la personalidad que afectaba gravemente su concepto de la realidad o que no poseyera la facultad de comprender el carácter delictuoso de sus actos, no presentando las eximentes del artículo veinte del Código Penal de tal forma que confirmó la condena de cadena perpetua. El crimen fue tan grave que definitivamente la pena estaba ampliamente justificada.

CAPITULO II

DELITO DE SEDUCCION DE MENOR

Bien jurídico.- Este tipo penal siendo un delito contra la libertad sexual; reconoce como presupuesto que la víctima quien tiene la libre disposición de ejercerla lo hace inducida por error, esto es una especie de

²⁹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

fraude o estafa sexual en la que hay consentimiento en la voluntad sexual pero el agente ha usado medios fraudulentos.

Tipo Objetivo.- Siguiendo la génesis legislativa tenemos que el artículo 175 del Código Penal de 1991 describía la conducta prohibida de seducción cuando el agente mediante engaño, practicaba el acto sexual con una persona de catorce años y menor de dieciocho. La pena era privativa de libertad no mayor de dos años o alternativamente prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas. La Ley N° 26357, publicada el 28-09-94 modificó la norma agregándole otro elemento al acto sexual e hizo referencia al acto análogo. Sucede que hasta ese entonces el acto sexual sólo era entendido como penetración vaginal, y al acto análogo se le entendía al acto contra natura. La Pena fue aumentada a tres años de privativa de libertad y la pena alternativa prestación de servicio comunitario de treinta a setenta y ocho jornadas. La Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004 modifica el tipo penal haciendo más explícito lo que se había recogido a partir de la jurisprudencia. Ya no hay referencia exclusiva al acto sexual, sino al mismo pero entendido como acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. También cuando el sujeto activo introduce objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal. La penalidad aumentó a pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y fue eliminada la pena alternativa de prestación de servicio comunitario. Advertimos el agravamiento de las penas en las modificaciones legislativas para reprimir este delito contra la libertad sexual.

Tipo subjetivo.- La intención final del agente es tener acceso carnal con la víctima, empleando el engaño. Este lo entendemos como una forma de disfrazar la realidad de tal forma que pueda conducir la voluntad de la víctima para sus fines. Esta debe tener entre 14 a 18 años, reconociendo este tipo penal de vieja data, que una persona mayor de 14 años puede disponer de su libertad sexual. No admitir esto es deslizarnos por el delito de violación sexual.

La Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente Exp. N° 2118-2002³⁰ San Martín del veintidós de abril del dos mil tres define el delito de seducción dando énfasis al engaño como elemento descriptivo del tipo. La siguiente Ejecutoria Suprema emitida por Segunda Sala Penal Transitoria en el R. N. No 288-2004³¹ Junín del dos de noviembre del dos mil cuatro también define el delito de seducción y considera que el engaño o fraude perturban la voluntad o vicio del consentimiento de la víctima: *“...se configura cuando mediante engaño se practica el acto sexual u otro análogo con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho; es decir, que el engaño es el medio de que se vale el agente, entendido este como el proceso de perturbación de la voluntad o vicio del consentimiento del sujeto pasivo con el fin de practicar el acto sexual...”*

En las Cortes Superiores había una tendencia jurisprudencial respecto a cómo conceptualizar el engaño. En la ejecutoria superior Expediente 80-98 Lima del trece de mayo de mil novecientos noventa y ocho³² se dice respecto al engaño: *“...teniendo como instrumento esencial para lograr el yacimiento carnal con él o la agraviada, la utilización del engaño entendido como toda actividad destinada a presentar como verdadero algo falso, capaz de inducir a error respecto a la trascendencia o significación del consentimiento que pudiera brindar...”*

El engaño se manifestaba en alguna oferta que empleaba el agente de tal forma que lograba el consentimiento de la víctima inducida a error en la creencia que este iba a cumplir la promesa. En la misma ejecutoria superior se dice: *“... no se ha acreditado en ningún momento que el encausado haya engañado a la agraviada a fin de mantener relaciones sexuales con ésta, máxime si como se desprende de la declaración referencial de la menor, ofrecida a nivel judicial...en ningún momento el inculpado le ofreció matrimonio o le realizó alguna otra promesa que no haya cumplido...”*

³⁰ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

³¹ Ídem

³² Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

El consentimiento, como acto voluntario para sostener relaciones sexuales sin algún elemento perturbador, excluye la tipicidad en este delito. En esta línea, en el EXP. N° 5915-97 Lima del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho³³ se razona así: *“...que el hecho ha sido admitido por González Turco, quien refiere que mantuvo relaciones con M.C.T. en razón de que ambos se encontraban enamorados y que jamás lo hizo por medio de violencia o engaños, toda vez que, la mencionada menor tenía pleno conocimiento de que el procesado era conviviente de una de sus hermanas; que lo vertido por el inculpado se ha visto corroborado con la propia declaración de la menor M.C.T. a nivel policial (...) quien refiere que efectivamente mantuvo relaciones con el inculpado por voluntad propia y mutuo acuerdo...”*

De igual forma se pronuncia la ejecutoria superior en el Expediente 1411-98³⁴ Lima del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y ocho: *“...no existen mayores evidencias de que el procesado Oscar Elvis Napan Pachas hubiese procedido utilizando la violencia o el engaño, para que la menor Yesenia Elizabeth Doza Tinco aceptara tener relaciones sexuales con él; ya que conforme la misma menor declara (...), ella aceptó voluntariamente tener relaciones con el encausado...”*

El engaño básicamente estaba centrado en ofertar o prometer algo a futuro a la agraviada, a cambio de obtener ventajas sexuales por parte de esta. Así se razona en la ejecutoria superior Exp. N° 1534-98 de Lima del catorce de julio de mil novecientos noventa y ocho: *“...se ha acreditado la comisión del delito instruido así como la responsabilidad del encausado; que, debe de considerarse que en el delito de seducción, el bien jurídico protegido es el libre desarrollo sexual del adolescente comprendido entre los catorce a dieciocho años de edad; entendiéndose que el sujeto activo ha sido el procesado quien a sabiendas de que se trataba de una menor de dieciocho años, pues éste la recogía de su centro educativo con uniforme*

³³ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

³⁴ Ídem

escolar, bajo la promesa de futuro matrimonio, mantuvieron relaciones sexuales, en diversas oportunidades (...) habiéndose encuadrado la conducta dolosa del encausado dentro de los parámetros requeridos por el tipo penal requerido en el artículo ciento setenta y cinco del Código Penal, al haber éste obrado con dolo y con el ánimo de mantener relaciones sexuales con una menor de edad, a sabiendas de que era casado y que sólo con el engaño de futuro divorcio de su actual esposa y subsecuente matrimonio con la agraviada, ésta accedería a sus requerimientos...”

Hasta antes de la Ejecutoria Suprema vinculante R.N. N° 1628-2004 Ica del veintiuno de enero de dos mil cinco sobre delito de seducción lo visto anteriormente era doctrina jurisprudencial consolidada a nivel supremo y superior. Desde dos perspectivas una legal y la otra jurisprudencial, el tipo penal de seducción ha sido prácticamente vaciado de contenido. Una, con la aprobación de las leyes que establecen que existe violación de sujeto pasivo mayor de 14 y menor de 18 años sin especificar en el tipo penal la posibilidad del consentimiento. Sin embargo por retroactividad benigna se tiene que sigue aplicándose el tipo penal a los hechos bajo su vigencia. Si desde el legislativo se derogó el delito de seducción, desde la jurisprudencia vinculante Ejecutoria Suprema R.N. N° 1628-2004 se le mutiló, puesto que para que este tipo penal opere se puso como hecho hipotético un supuesto de sustitución de pareja, es decir que la víctima haya sido engañada para tener acceso carnal a partir de presentarse el agente como si fuera la persona que espera la agraviada y así obtener la ventaja sexual. La ejecutoria vinculante considera el engaño como **medio fraudulento** con el que se induce en error a la víctima y se logra el acceso carnal y que el “engaño” no tiene la finalidad de **conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual**. En contra de las tendencias jurisprudenciales se elimina la promesa como una forma de engaño. Esta posición es cuestionada por el Juez Supremo César San Martín Castro cuando afirma que el engaño en orden a obtener no el consentimiento de la víctima sino a facilitar la

realización del acceso sexual no puede aceptarse³⁵. Que la finalidad del delito de seducción siempre fue tener acceso carnal mediante engaño, incluso en el ejemplo un poco inverosímil que se coloca en la ejecutoria vinculante donde en el fondo hay engaño, para viciar el consentimiento de la víctima, y así lo han afirmado ejecutorias supremas posteriores como la de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 1572-2004³⁶ Lima del nueve de febrero del dos mil cinco que dice: *“...para que se configure este delito que el agente emplee el engaño y con el vicio, a través del error, el consentimiento de la víctima para realizar el acto sexual; el engaño, por tanto, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima, sino facilitar a través del error la realización de la práctica sexual(...) Que respecto al engaño se tiene que éste debe ser tendiente a viciar el consentimiento del sujeto pasivo; esto es, la víctima presta un consentimiento viciado por el fraude para practicar el acto sexual. En otros términos, para verificarse el delito de seducción es necesario el engaño y como consecuencia de este, el consentimiento viciado de la víctima para realizar el acto sexual análogo...”*

La Ejecutoria Suprema vinculante sobre las promesas, que habían sido tratadas ampliamente en la doctrina jurisprudencial dice: *“Por el contrario, si el agente hace promesas al sujeto pasivo para que este acepte el acceso carnal, y luego dichas promesas no se cumplen, no se dará el delito”*. Claro si alguien ha obtenido acceso carnal con la víctima bajo promesas y estas no se cumplen en un simple razonamiento debemos entender que estas pueden haberse incumplido involuntariamente y obviamente esto no puede constituir delito; pero por la línea seguida por la Ejecutoria Suprema hay promesa cuando el agente sabe intencionalmente que no va a cumplir y sin embargo la emplea para obtener el consentimiento y el consiguiente acceso carnal y esto no constituye engaño.

³⁵ SAN MARTÍN CASTRO Cesar. Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales) en delitos contra la Libertad sexual y delitos contra la Familia. Poder Judicial de Perú y Banco Mundial - Proyecto de Mejoramiento de Justicia. Perú.2007. p. 26

³⁶ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

El hecho fáctico de la sentencia vinculante propuesto en el sentido que el agente se presenta como la persona que esperaba la víctima resulta casi imposible de suceder, salvo que la víctima tenga sus sentidos tan deteriorados que no pueda darse cuenta que con quien tiene acceso carnal no es su pareja. La ejecutoria vinculante ha interpretado el delito de Seducción de tal forma que nos ha dejado un tipo penal limitado, por eso me adscribo a la tendencia jurisprudencial tradicional y considero que esta ejecutoria debería replantearse o seguirse el camino del apartamiento. Con las interpretaciones del III y IV Pleno de Jueces Supremos del artículo 173 del Código Penal que reconoce a las mayores de 14 años la facultad de disponer de su libertad sexual, recobra cierta vigencia el delito de Seducción; pero siempre bajo los parámetros de la sentencia vinculante R.N. N° 1628-2004.

Los Jueces Superiores equivocadamente en el Pleno realizado el 10 y 11 de agosto de 2007 dieron una respuesta a la pregunta si el delito de seducción previsto y penado por el Art. 175° del Código Penal ha sido derogado tácitamente por el Inc. 3° del Art. 173° del citado Código, pues no sería relevante el engaño cuando el acceso carnal se produce en agravio de menor de entre 14 y 18 años de edad. La respuesta fue por unanimidad que el *delito de seducción no había sido derogado tácitamente por el inciso 3° del Artículo 173° del citado Código, por que son dos tipos penales distintos, con elementos normativos diferentes, para el caso del Artículo 175° debe mediar el "engaño", así lo señala expresamente dicho artículo*³⁷

Si la norma señalaba que había violación sexual en agravio de una menor de 18 años y mayor de 14 le estaba reconociendo su incapacidad para desarrollar su sexualidad con libertad, en consecuencia se establecía allí su derecho a la indemnidad, entonces el engaño sería irrelevante por lo que consideramos que el 173 inciso 3 derogó tácitamente este delito. El asunto era determinar los casos que estaba bajo dicha norma y por

³⁷ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 195

aplicación de la norma vigente y más favorable al reo el delito de seducción hasta antes de dicha modificatoria se mantenía vigente.

Aplicación de determinación alternativa de la pena.- En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre explotación sexual y comercial de Niños y Niñas y adolescentes también se planteó la pregunta: **¿Es posible para el Magistrado aplicar el Principio de Determinación Alternativa en los casos denunciados como Seducción y asociar el tipo penal más apropiado?** *“Por unanimidad se acordó que no es posible, aplicar el Principio de Determinación Alternativa por cuanto el Tribunal Constitucional ha declarado “inconstitucional su aplicación”; no obstante existen la figura de la DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL, que está normada en el Artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.³⁸”*

El TC no ha declarado necesariamente inconstitucional la aplicación de la determinación alternativa sino que esta en la forma que se estuvo ejecutando lesionaba derechos fundamentales de los procesados al limitar su derecho a la defensa. Debe tenerse en cuenta que por esa razón se reformó el Código de Procedimientos Penales agregando el artículo 285 – A.

CAPITULO III

DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR

Bien Jurídico.- ¿Que se entiende por pudor?, el diccionario señala que el pudor es la vergüenza que siente una persona al haber sido tocada en sus partes íntimas, y estamos pues ante una apreciación subjetiva de la víctima. Para otros el pudor en el sentido normativo implica que la sociedad establece reglas sobre ciertos comportamientos que traspasados sin el consentimiento de la víctima constituye delito en agravio de los valores de

³⁸ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 195

la sociedad. El pudor definitivamente es un concepto histórico y su contenido va a estar determinado por los valores dominantes.

Tipicidad Objetiva.- Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores. El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170 realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.
3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad. (Modificado por la Ley N° 28704, publicada el 03-04-2006)

Tipicidad Subjetiva.- Este delito es a título de dolo esto es que se hace sin necesidad de ir al contacto carnal con la víctima. El tocamiento basta para sublimar la conducta lasciva del agente. En el EXP. N° 7512-97 Lima del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho Sala penal Superior de Lima se dice: "*Un beso dado en la mejilla de la agraviada por el procesado, no evidencia propósito libidinoso*"³⁹. De esto se advierte que tiene que existir un propósito lascivo de satisfacción del agente, sin necesidad de contacto carnal. Aquí podría operar el error de tipo si el agente pensaba que la menor tenía más de 14 años.

³⁹ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

Consumación.- En el EXP. N° 6815-97⁴⁰ Lima del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho Sala penal Superior de Lima: "Al haberse *probado* y habiendo reconocido el procesado que efectuó tocamientos en el pecho de la menor, se acredita el delito y la responsabilidad penal del procesado." Al hacer referencia a los pechos se esta refiriendo a los senos que son partes intimas del cuerpo de una mujer.

Antijuridicidad.- No hay causa de justificación razonable salvo que la persona sea obligada por otro bajo amenaza y no pueda resistirse.

Culpabilidad.- Si conocía de la ilicitud de su conducta el agente debe ser declarado responsable.

Aplicación de la determinación alternativa.- En el R.N N° 96-99⁴¹ - Lima, dos de junio de mil novecientos noventa y nueve se adecuó la conducta original del condenado por delito de violación sexual al delito de actos contra el pudor razonando de esta manera: "*...no se ha acreditado fehacientemente el delito investigado, tanto por las versiones contradictorias en que ha incurrido la agraviada cuanto por el resultado del examen médico legal (...), que no guarda coherencia con la incriminación al establecerse en dicho documento que la menor agraviada no presenta ruptura del himen ni lesiones de ninguna índole en la zona perineal u otras complicaciones como el destrozo de la cavidad vaginal que supone una violación sexual en repetidas oportunidades por parte de un adulto a una menor de cinco años, época desde el cual el encausado habría iniciado abusar sexualmente a la menor hasta los once años de edad, debiendo agregarse a ello que los hechos han sido denunciados en forma tardía después de más de cuatro años de la supuesta última violación (...)* que, por el contrario de las declaraciones del justiciable tanto a nivel policial como judicial se infiere que éste habría sometido a tocamientos

⁴⁰ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

⁴¹ Ídem

deshonestos conforme lo ha admitido expresamente, lo que configura el ilícito previsto en la última parte del artículo ciento setenta y seis A del Código Penal, (...) por lo que es del caso variar el tipo penal en estricta aplicación del principio de determinación alternativa...”

Formas agravadas en este delito.- El Artículo 177 modificado por la Ley N° 28704, publicada el 03-04-2006 establece las Formas agravadas y su relación con otros delitos, incluido el de Actos contra el Pudor de menor (Art. 176 A). Para este delito señala que si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado la pena es no menor de 20 ni mayor de 25 años y si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será no menor de 10 ni mayor de 20 años.

RESPONSABILIDAD CIVIL ESPECIAL

El artículo 178 del Código Penal establece que en los casos de abuso sexual el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil.

El niño nacido de un acto contra la libertad sexual tiene el derecho a subsistir por lo que es de justicia que el agente tenga que darle una pensión de alimentos a efectos de garantizar su desarrollo

La ejecutoria superior Exp. N9 98-2645⁴² de Arequipa, mil novecientos noventa y nueve, marzo, treinta y uno dice: *"Con la realización de actos sexuales del inculpado con una menor, se configura el delito de violación de menores Al haberse concebido un hijo como fruto de la violación, procede que el juez penal señale una pensión de alimentos."*

Sobre este tema en el Pleno de Jueces Superiores sobre abuso sexual del 2007 se plantearon las siguientes interrogantes: En los casos de delitos

⁴² Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000. p. 156

contra la libertad sexual, cuando existe prole, ¿Prima el interés superior del Niño producto de la violación a recibir una pensión de la víctima a la reparación, al castigo del agente por el delito cometido? ¿Cómo conciliar el conflicto que **surge entre los intereses superiores de la prole y de la propia víctima?**

Por unanimidad contestaron que si bien se ha reparado el daño sufrido por la víctima con la imposición de una reparación civil, el fallo no dispuso tutela alimentaria a favor del concebido producto de la violación inaplicando así lo dispuesto en el artículo 178° del Código Penal. Por otro lado, en abstracto se ha llegado a determinar que la reparación que percibe la víctima del abuso sexual tiene una connotación distinta a la que tiene que percibir la prole, y si bien es cierto en el fondo ambas tienen connotación patrimonial, la reparación que recibe la víctima es restaurativa y la pensión alimentaria que recibe la prole es eminentemente tuitiva que se otorga como derecho fundamental a la vida y genera otros derechos también tutelables. En consecuencia la reparación civil a la víctima y la pensión alimentaria a la prole no son conciliables⁴³

Esta me parece propia de una discusión bizantina, toda vez que para que haya conflicto tendría que generarse una contradicción. Aquí se tenía el entendido que la reparación civil se contraponía a la pensión. La pensión es un derecho inalienable e irrenunciable y que además tiene una prescripción legal, que se traslada al patrimonio del agente a quien se le considera padre porque es su obligación independientemente de la comisión del delito o no. La reparación civil corresponde al daño causado a la víctima en el caso concreto es a la madre del niño nacido como producto de la violación, por eso señalar que es inconciliable me parece que no tiene mucho sentido práctico.

TRATAMIENTO TERAPEUTICO AL AGENTE DE ABUSO SEXUAL

⁴³ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 201

El artículo 178 A fue introducido en el Código Penal por la Ley N° 26293, publicada el 14-02-94 y contempla que el condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos de abuso sexual de menor, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social. Si existiera suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio, el juez dispondrá la realización de un examen médico y psicológico al condenado, para los efectos a que se refiere el párrafo anterior. El sometimiento al tratamiento terapéutico será considerado como regla de conducta. Sobre este aspecto se debe tener en cuenta que la reserva de fallo condenatorio es imposible imponerlo toda vez que por la gravedad de los delitos las penas están por encima de los 3 años que exige el artículo respectivo.

Los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y redención de la pena por el trabajo y la educación, y el derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena, no pueden ser concedidos sin el correspondiente informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico.

En el Establecimiento Penitenciario del Callao entrevistado el psicólogo encargado del área señaló que allí sólo se daba tratamiento psicológico y ni siquiera individualmente sino en grupo por escasez de personal; y el terapéutico que implica un tratamiento psiquiátrico pocas veces era hecho porque sólo hay un profesional para atender a dichos internos de penales de lo que se infiere que por más que se ponga esto en la sentencia no tiene efecto práctico.

La Corte Suprema en el R.N. N° 0458-2003⁴⁴ -Callao del siete de julio de dos mil tres ante la omisión del tratamiento terapéutico ordenaron integrar la propia sentencia, disponiendo que al procesado se le practique el tratamiento terapéutico que contempla el artículo ciento setenta y ocho A del Código Penal.

⁴⁴ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital.2005-2006

Por otro lado en el EXP. N° 1230-2003⁴⁵-La Libertad del veintitrés de julio de dos mil tres ante la omisión de la sentencia recurrida de fijar tratamiento terapéutico dice que también se puede subsanar. En esta línea también esta el R.N. N° 904-2003⁴⁶ Santa del cinco de agosto de dos mil tres se fija la base legal para integrar en la sentencia superior la omisión del tratamiento terapéutico que es penúltimo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.

CAPITULO IV

EL DELITO DE PROXENETISMO.

Bien Jurídico.- En esta clase de delitos está de por medio la Libertad Sexual que implica que la persona disponga de ese derecho, esto es tener relaciones sexuales con la persona que ella elija con finalidad lucrativa, sin embargo es afectada cuando hay alguien detrás que usa medios ilícitos para obligarla y esto va desde los violentos, intimidantes hasta la persuasión. La prostitución no es sancionada salvo intervención de la autoridad administrativa por razones de salud pública. Sin embargo tácitamente la sociedad y el legislador no ve con buenos ojos la prostitución por eso para desincentivar se reprime al tercero que la promociona o favorece.

Tipo Objetivo.- El agente conforme al artículo 179 del Código Penal busca una finalidad concreta: promueve o favorece la prostitución la que lleva implícita una retribución económica a la víctima con quien se tiene acceso carnal. La sanción es pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años

Las agravantes las tenemos cuando la víctima tiene menos de 18 años de edad. Atendiendo a las modulaciones realizadas por el IV Pleno

⁴⁵ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital.2005-2006

⁴⁶ Ídem

Jurisdiccional de las Salas Penales de La Corte Suprema en su Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 Referidas a la Aplicación del Artículo 173°. 3 Del Código Penal Del dieciocho de julio de dos mil ocho que ha establecido como criterio que un menor de 18 y mayor de 14 años puede disponer de su libertad sexual, en este caso para fines lucrativos, pero si son menos de 14 años aparte de ser proxeneta el sujeto activo estaría incurso en instigador del delito de Violación Sexual y como autor inmediato el usuario de la menor de edad.

Otra agravante se refiere a los medios: el autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación de tal forma que doblegue la voluntad de la víctima que frente a dichas agresiones no le quedaría otra cosa que someterse a accesos carnales atentando contra su libertad sexual.

La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa. ¿Que se entiende por discernimiento? **Discernimiento**, es el "juicio por cuyo medio" ó "por medio del cual percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas". Lo que implica tener "criterio", es decir; una norma, modelo de valores, ó principios considerados una autoridad moral; como tradiciones, filosofías, ó preceptos; culturales, sociales, ó religiosos; para conocer la consecuencia o inconveniencia de las cosas (Ver <http://es.wikipedia.org/wiki/Discernimiento>)

El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo

La víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.

El autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida por lo que en este supuesto estamos ante un delito de peligro abstracto.

Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.

Tipo Subjetivo.- Esta es una conducta prohibida eminentemente dolosa.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Al respecto de este tipo penal cito las siguientes ejecutorias superiores que nos ilustran del comportamiento típico del proxeneta: *“... el delito de Proxenetismo, previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y nueve del Código Penal, sanciona no la prostitución sino las actividades conexas a ella, efectuadas por otras personas que sirven de mediadores o encubridores, en tal sentido el favorecer se describe como la conducta destinada a allanar obstáculos que se presentan en el curso de la actividad ya establecida para que se continúe ejerciendo, de otro lado, necesariamente para que se configure el delito tiene que existir el elemento subjetivo del tipo penal, consistente en el ánimo de lucro, materializado en la intención de obtener cualquier beneficio material de esta actividad, consistente o no en sumas de dinero. Sala Penal de Lima **EXP. Nº 7903-97** Lima, ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho.”*⁴⁷

Una recurrencia en este tipo de delitos se da cuando las personas cuya prostitución se promueve no van a la etapa judicial a declarar respecto al agente o sujeto activo que realiza el tipo penal de proxenetismo quedando impune muchas veces por esta razón. Así se advierte de la siguiente ejecutoria superior: *“Que, de la atenta revisión de autos se advierte que los elementos incriminatorios contenidos en las investigaciones policiales que (...), que dieron lugar a la denuncia fiscal (...) como al auto de apertura de instrucción (...), no han sido corroborados*

⁴⁷ En Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

durante la investigación judicial por ninguna de las pruebas actuadas en autos, máxime si los encausados han negado participación alguna en los hechos imputados, en sus respectivas declaraciones (...); Que, las presuntas meretrices intervenidas no han concurrido a ofrecer sus correspondientes declaraciones existiendo únicamente la sindicación efectuada por la Policía Nacional, y conforme reiterada Jurisprudencia Penal ha establecido: la sola incriminación o sindicación, en este caso a nivel policial, no es suficiente en absoluto para dictar condena. EXP. N° 8429-97. Lima, tres de junio de mil novecientos noventa y ocho⁴⁸ -

La siguiente es una sentencia Distrito Judicial de Ucayali Exp. N° 79-97 Pucallpa, dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y siete.- donde conforme a criterios de gravedad las víctimas son menores de edad lo que implica la severidad de la pena: " ...de los actuados se desprende que la culpabilidad de los encausados (...) por el delito de proxenetismo se encuentra plenamente acreditado, hecho que se agrava por la circunstancia que el proxenetismo se realizaba con menores de edad, conforme se corrobora con las declaraciones de la menor agraviada JHR, con la declaración de la agraviada IMTR, así como con la declaración instructiva del procesado Luis Eduardo Díaz Mejía; Segundo.-Que la negativa del procesado Luis Enrique García Bambaren debe tomarse como medio de defensa, máxime si se tiene en cuenta que al realizarse la confrontación correspondiente con la agraviada MTR, ésta se ratifica ante sus declaraciones prestadas en el Juzgado, refiriendo que el acusado referido le hizo trabajar como meretriz en el Bar las Delicias; y, además, este hecho se corrobora con la intervención, realizada por la Policía Nacional, quienes al realizar el acta de constatación Y registro del Bar Las Delicias, encontraron en ella a la menor JHR de quince años de edad quién manifestó en dicho acto dedicarse al meretricio para "Walter" a quién pagaba una suma de dinero por cada cliente..."⁴⁹

⁴⁸ En Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

⁴⁹ Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000. p. 186

PROXENETISMO IMPROPIO

Bien Jurídico.- Existe este otro tipo de proxenetismo en el que la finalidad no es exactamente lucrativa sino sexual. Aquí también se afecta como bien jurídico la libertad sexual porque la víctima es entregada a otra persona, y el agente emplea diversos medios para que un tercero se aproveche carnalmente de ella.

Tipo Objetivo. El artículo 181 del CP establece la conducta y los medios:

Se reprime a quien Compromete, es decir que logra que la víctima asuma un compromiso; Seduce, en este caso la persuade con engaños, o la Sustraer, esto significa que el agente extorna a la víctima del lugar donde domicilia. La finalidad es entregar a la agraviada a otra persona con el objeto que tenga acceso carnal. La Sanción Penal es pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Las conductas agravadas son:

1. La víctima tiene menos de dieciocho años.
2. El agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción.
3. La víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado.
4. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.
5. La víctima es entregada a un proxeneta.

En estos supuestos la sanción es pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

Tipo Subjetivo.- El agente actúa con dolo, esto es que realiza la conducta objetiva a sabiendas que va a entregarla a otro para que la víctima tenga acceso carnal.

EI USUARIO EN EL DELITO DE PROXENETISMO

En general el usuario de los servicios de prostitución no tiene sanción con la excepción establecida en el artículo 179-A del Código Penal que reprime a quien mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza 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 siempre que la víctima sea una persona de catorce y menor de dieciocho años. Sin embargo si el usuario realiza actos sexuales a sabiendas que la menor tiene menos de catorce años de edad podría ser encausado como autor del delito de Violación Sexual.

Se reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre explotación sexual y comercial de Niños y Niñas y adolescentes se planteó el siguiente problema: ¿El **Delito Sexual** denominado usuario — cliente previsto y penado por el artículo 179 — A del **Código Penal**, ha sido derogado tácitamente por el inciso 3° del Art. 173° **de dicho cuerpo legal**, pues el acceso carnal con menor entre 14 y 18 años de edad, es reprimido incondicionalmente siendo irrelevante si se remunera **o no al sujeto pasivo**? Se contestó por unanimidad así: *“El artículo 179 — A del Código Penal, no ha sido derogado por el inciso 3 del Art. 173 de dicho cuerpo legal, porque contemplan dos tipos penales propios, cuyos elementos objetivos - normativos y subjetivos son diferentes en cada uno de los tipos penales, estamos ante un concurso aparente de leyes, por tanto seguirá vigente la ley especial, es decir el artículo 179 - A y el artículo 175 del Código Penal.*

El artículo 179-A solo pudo ser derogado de manera expresa por la norma (Ley 28704) que se promulgó con posterioridad a la Ley 28251. Para que se efectivice la derogatoria ficta, debería haber coincidencia plena de los dos tipos penales en comento, lo que no ocurre con los artículos en comento, pues en el Artículo 179 - A del Código Penal se ha introducido un elemento normativo distinto

*referido a la "prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza".*⁵⁰

La prestación económica en el contexto de la interpretación literal del Art. 173 inciso 3 es irrelevante porque en principio el tema de fondo es si una menor de 18 y mayor de 14 tenía capacidad de disponer sexualmente. Esta norma prácticamente había sido derogada puesto que la norma estaba subsumida en un presupuesto básico que es la incapacidad de disponer de su sexo, si esto es así el cobro de dinero es no sustancial.

CAPITULO V

EXHIBICIONES OBSCENAS

Bien Jurídico.- Lo que se tutela son exigencias morales de la sociedad y de las personas. Es una afectación al Pudor, que es un sentimiento de vergüenza ante demostraciones sexuales no deseadas. Sobre el Pudor Publico se dice que es “un valor social que se da en la comunidad y, en la medida en que esa comunidad lo entiende, se proyecta a los individuos que la componen...”⁵¹

Tipo objetivo.- El artículo 183 del Código Penal describe así las conductas de Exhibiciones y publicaciones obscenas:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena. En cuanto a agravantes tenemos el inciso 1) si el agente muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes, visuales o auditivas, que por su carácter obsceno, pueden afectar

⁵⁰ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 195

⁵¹ EDWARDS, Carlos Enrique, “Delitos contra la Integridad sexual”, Ed. Depalma, Bs. As., 1999, Pág. 86 con cita de CREUS, Carlos, “Derecho Penal”, Parte especial, Astrea, Bs. As., 1998, t. I, Pág. 240

gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual, y 2) el que incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción. La sanción es pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Nos interesa para fines del trabajo el inciso uno y dos donde hacen referencias a menores de 18 años. Desde la posición que un mayor de 14 años hasta los 18 tiene capacidad de consentimiento, tenemos que en aras de la correcta aplicación de la norma desde una apreciación sistemática conforme al IV Plenario Vinculante de Jueces Supremos se tendría que considerarse por lo menos atenuantes.

Tipicidad subjetiva.- Este tipo de delitos es doloso, esto es que el agente actúa con conocimiento y voluntad.

Antijuridicidad.- Desde este plano es inadmisibile alguna causa de justificación.

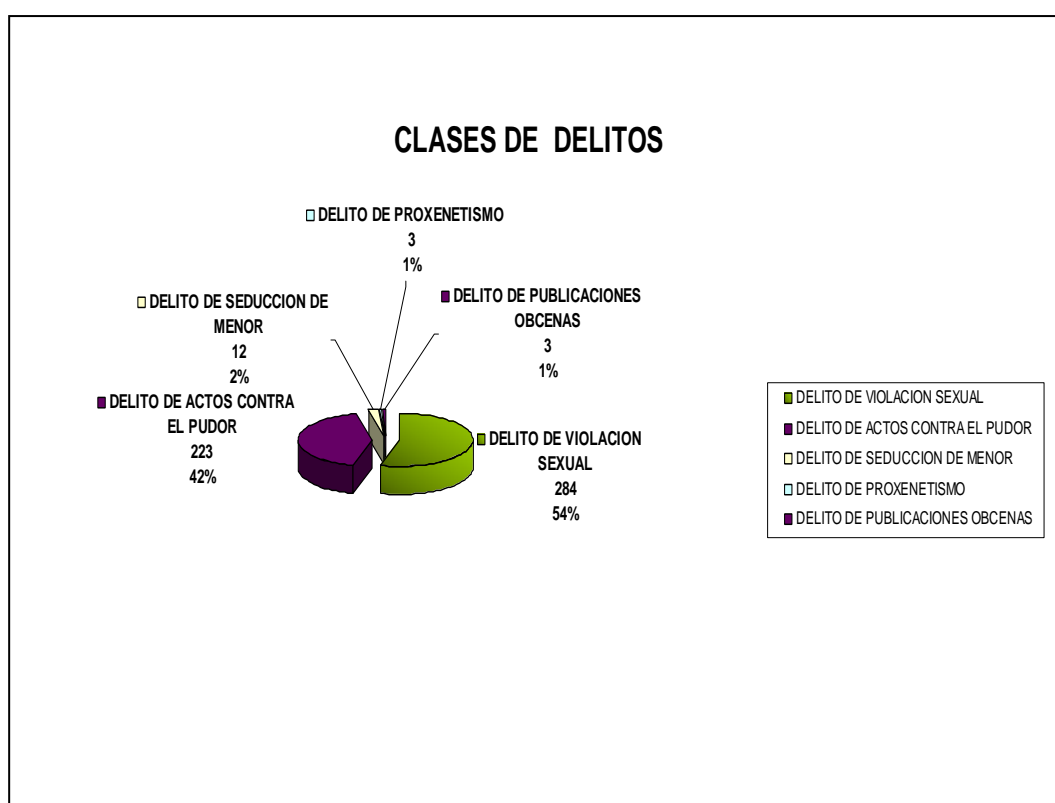
Consumación.- Cuando el agente muestra, vende o entrega información de carácter obsceno, o incita, o favorece el acceso a la prostitución.

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

PERFILES PSICOLÓGICOS, LABORALES, EDUCATIVOS Y SOCIALES DE AGRAVIADOS Y VÍCTIMAS

1.- Clases de delitos de abuso sexual y su incidencia en menores.



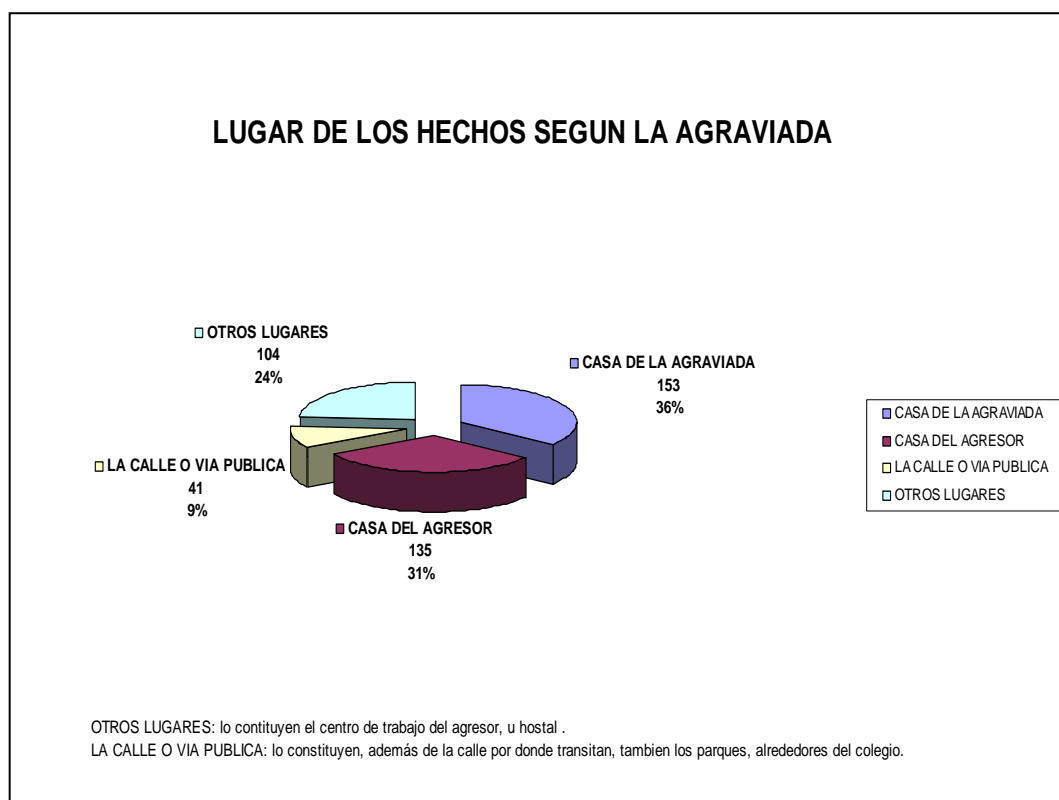
Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Según el cuadro tenemos que el delito de violación sexual o abuso de menores es más del 50 % de los expedientes estudiados. Esto es el 54%, mientras que los delitos contra el pudor ocupa el segundo lugar con 42 %. El delito de seducción apenas llega al 2 % en este año y proxenetismo y publicaciones obscenas relacionadas con menores es de 1 % apenas. Entonces los atentados contra la indemnidad de los menores en

su modalidad de violación y actos contra el pudor suman el 96 % de la muestra analizada.

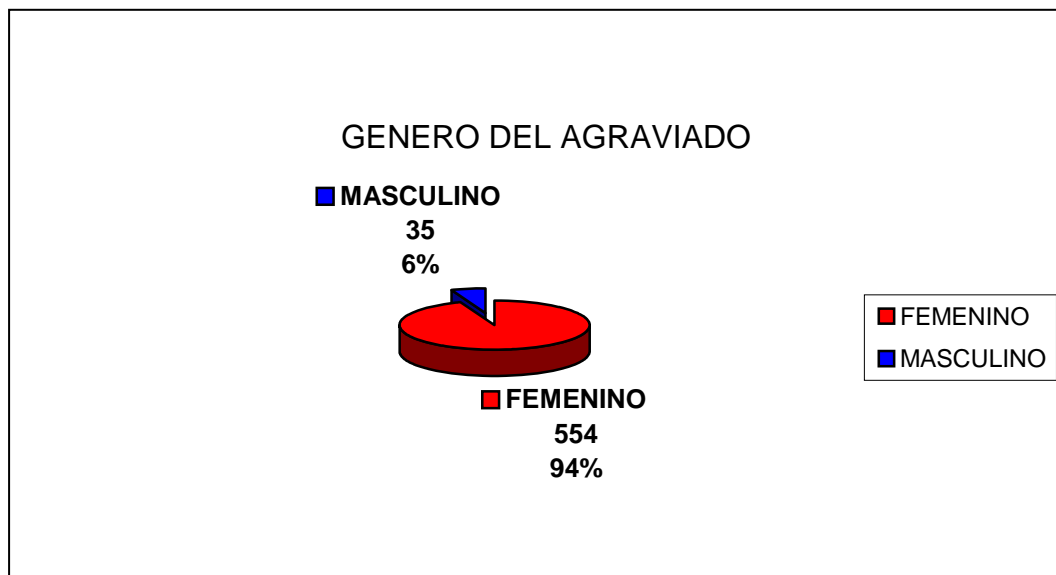
2.- Lugar donde se realizó el ataque sexual



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
 Elaboración: propia

Es de advertirse en el cuadro que el abuso sexual se produce en el domicilio de la agraviada registrando un 36 %, mientras que la casa del agresor lo constituye el 31 %. Una tercera opción que emplea el agresor, y constituye un 24 % es el centro laboral o los hostales, mientras que en la vía pública son sorprendidas las víctimas para hacerlas sufrir el acto sexual que puede ser la calle, parques o zonas aledañas a colegios siendo el 9 %. Si sumamos la casa del agresor y la de la agraviada el porcentaje llega al 67 %, esto quiere decir que por lo menos entre el agresor y la agraviada hay algún tipo de confianza que posibilita la agresión sexual.

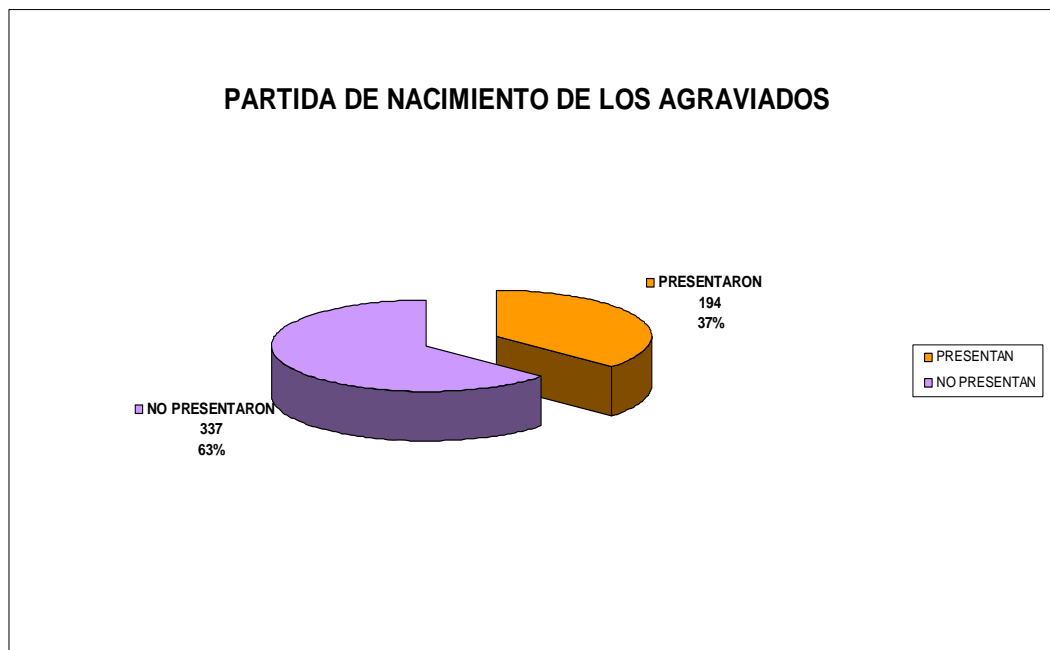
3.- Género del agraviado en estos delitos



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

Con este cuadro podemos constatar que el 94 % de víctimas lo constituyen el género femenino y el 6 % el masculino. De aquí la importancia de emplear los mayores esfuerzos para tutelar a este género que deviene históricamente en el sector agredido por este tipo de delitos, las campañas de prevención y difusión focalizando en los hogares y en los centros de estudios. Esto significa que se debe hacer esfuerzos compartidos para reprimir a los agentes de este tipo de delito. Esto guarda relación con el género mayoritario del agresor sexual que son hombres como lo veremos más adelante. Por qué razones este es el género de mayor impacto y consideramos que tiene que ver con la discriminación que ha sido objeto, de tal forma que al ser minimizada como ser humano es visto por el agresor sexual casi como un objeto.

4.- La inscripción de nacimiento de los agraviados.



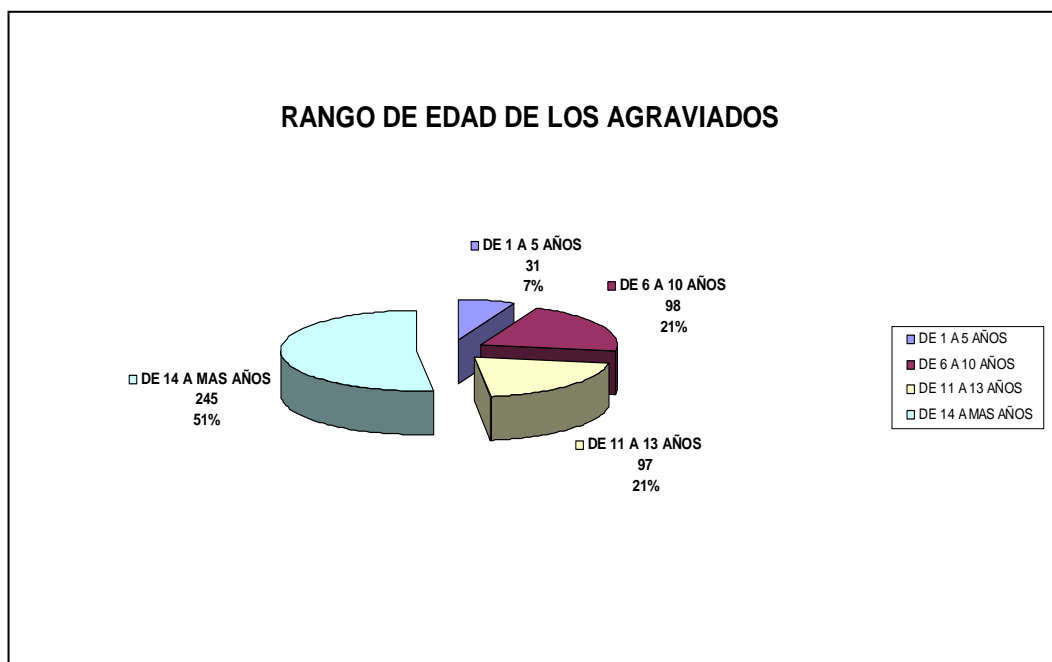
Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En el cuadro anterior vemos que los menores que no tenían partida de nacimiento representaban el 63 % de los agraviados contra el 37% observándose que este es un dato para acreditar la situación de marginalidad de los niños y adolescentes, pues si no han sido titulares de partidas de nacimientos se presume que la causa es por la ausencia del padre; y ahora, incluso la madre los puede inscribir y si no lo ha hecho probablemente sea por el nivel cultural. La partida de nacimiento es clave para acceder algunos derechos como la educación siendo un dato que aparte de la vulnerabilidad como sector también adolecen de la falta de otros beneficios que por derecho les corresponde como educación y salud. Son los marginados de los marginados, lamentablemente hay que decirlo. Este dato debe ser tomado en cuenta por las autoridades ya que en este grupo de menores hay una alta tasa de afectación a su indemnidad sexual

por lo que una política de prevención debe implicar que se realice una agresiva campaña de empadronamiento e inscripción de estos menores.

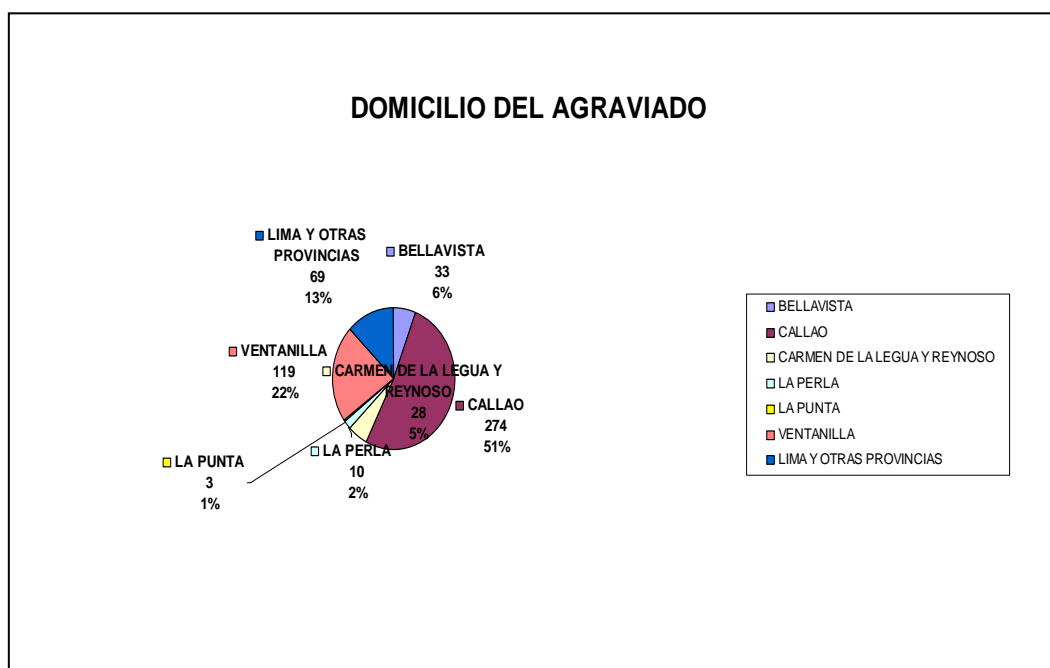
5.- Edad de los agraviados.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

En el examen de este cuadro vemos que por grupos de edades los más afectados son los que van de los 14 a 18 años. Son los que ofrecen mayor vulnerabilidad con un 51% y le sigue el grupo de 11 a 13 años con un 21%. Cuanto menos edad se tiene, se reducen los porcentajes de víctimas. La tendencia es que a mayor edad del menor hay más el peligro de sufrimiento de un ataque sexual. Los menores que van de los 11 a 18 años suman 72 % de la muestra analizada, por esa razón es necesario privilegiar o darle una mayor peso a las campañas preventivas, de educación a este sector, y en esto es importante las iniciativas del programa de la Corte del Callao del Juez en tu Comunidad, y la participación de jueces en charlas de colegios públicos y privados para educar a la niñez. Sin embargo es insuficiente puesto que la prevención debe tener su origen desde el propio seno de la familia, y entonces hay que encaminar los esfuerzos de divulgación y capacitación de los padres.

6.- Domicilio del agraviado.

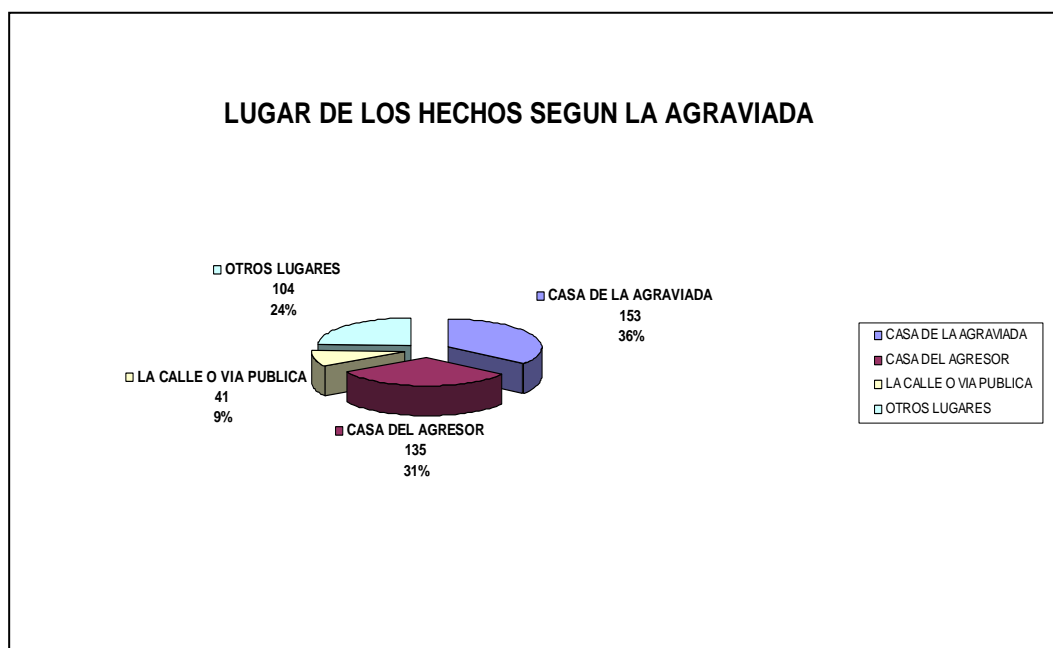


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

La mayor parte de los agraviados residen en el centro urbano del Callao llegando a ser un 51%. La menor cantidad es en el distrito de la Punta con apenas 1% lo que da una idea que esa zona hay mayor protección a los niños, y las que los siguen son Bellavista, Carmen de la Legua y luego la Perla, que son los distritos que en general se constata que la seguridad ciudadana tienen mayor peso que en el Cercado. Mientras que Ventanilla se lleva el segundo lugar con 22%. Podemos establecer entonces que las zonas de mayor generación de agresores sexuales están comprendidas entonces por Callao Cercado y Ventanilla que suman un 73%. Por lo que una política preventiva debe concentrar esfuerzos racionalmente en esas áreas de entorno socio económico deprimido.

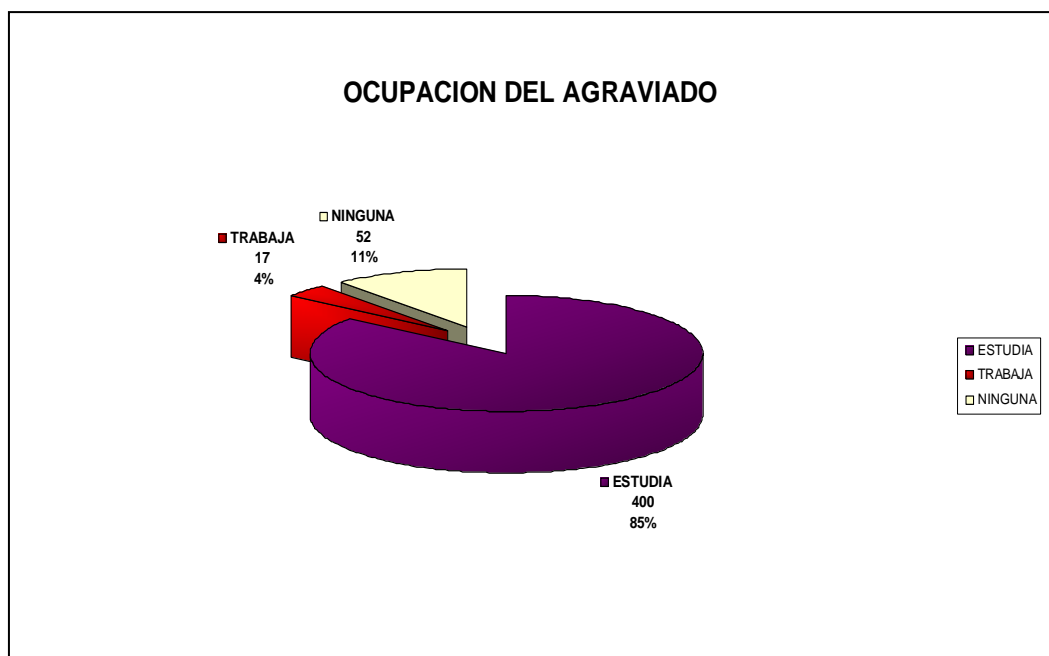
7.- Lugar de agresión de las víctimas



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

El lugar donde hay la mayor incidencia en cuanto abuso sexual de menores es en la casa de la agraviada que hace un 36 %. Mientras que en el inmueble del agresor el abuso alcanzó un el 31%. En otros lugares se considera el centro de trabajo del agresor, u hostel. La calle o vía pública se considera el lugar donde transitan, parques, alrededores del colegio. Es posible que el violador aproveche de algún vínculo de confianza con la víctima. La seguridad ciudadana falla en las calles puesto que el 9% de las víctimas fueron atacadas en la calle. Por otro lado es pertinente el control y vigilancia de los hoteles puesto que allí se aprecia que se afecta a un 24% de los menores.

8.- Ocupación de los agraviados.

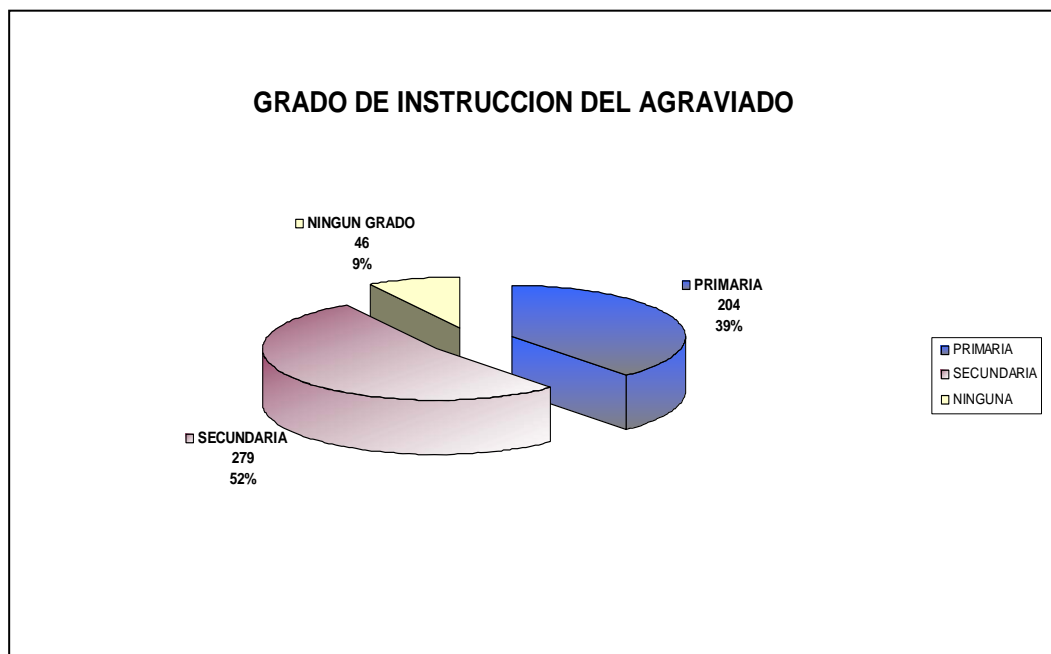


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

Por la ocupación que desarrolla el agraviado se tiene que en su mayor proporción el 85 % de menores agraviados se dedican al estudio y tiene su explicación por la propia edad de estos toda vez que se encuentran en edad escolar. Es de apreciarse también que un 11 % no realiza ninguna actividad, esto es ni estudia o trabaja y el 4 % de los agraviados trabaja, de lo que se infiere que provienen de estratos económicos mas bajos, y vulnerables puesto que si una de las obligaciones de los que tienen la tutela de estos niños es proveerles de educación para su propio desarrollo es de imaginarse que estos no tienen la suficiente protección porque ya la carencia de educación es una muestra de la precariedad de este sector vulnerable. Por otro lado el trabajo infantil los pone en una situación de desprotección porque al realizar las labores se tienen que relacionar con toda clase de personas donde se encuentran inmersos los agresores sexuales. Solo pensemos a esos niños que deambulan por las calles vendiendo golosinas hasta altas horas de la noche bajo frío sin resguardo,

presas fáciles de los abusadores sexuales. De allí que este tema tiene que atacarse en sus raíces estructurales que genera el trabajo infantil.

9.- Grado instrucción del agraviado.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

En este cuadro advertimos que la mayor cantidad de menores está en secundaria correspondiendo al 52% lo que es consistente con el dato que tenemos que el mayor número de agraviados está en el sector de 14 a más años, justamente la edad donde se estudia secundaria. En cuanto al nivel primario se tiene que un 39 % sigue ese nivel de estudios y de la muestra se puede establecer que un 9 % no estudia. Esta última cifra es alta y tiene que ver con la falta de posibilidades de educación de este sector y que debe ser reducido agresivamente con campañas de matrícula. Ningún niño debe quedarse sin estudiar. Aquí se exige la participación del Estado para contrarrestar esta tasa, que obviamente la extraemos de una muestra de menores agredidos sexualmente pero que es un indicador de cómo está desatendida nuestra niñez desde la educación. No podemos pensar en un futuro de los niños del Callao si no se dispone de la voluntad política de

fortalecer la escuela pública, y de capacitar a los maestros en cuyas manos está la formación de los menores.

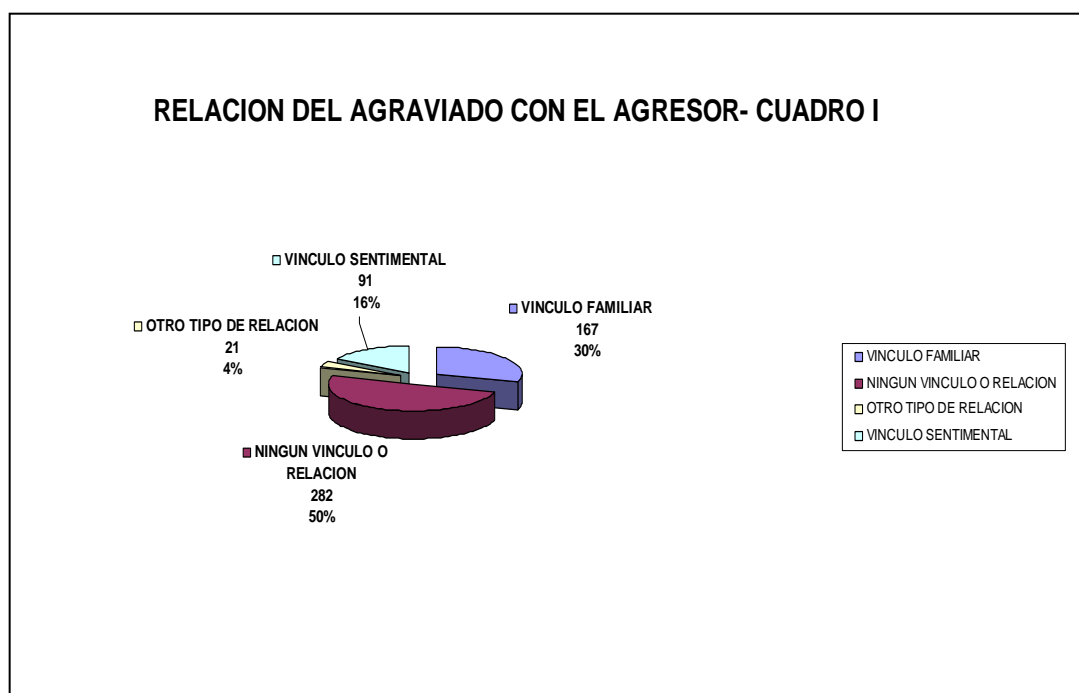
10.- Trastorno o discapacidad de la víctima.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

En el cuadro anterior nos encontramos con una baja incidencia de víctimas que aparte de ser vulnerables por su minoría de edad, se le agregaba un trastorno o discapacidad que aumenta su debilidad frente a su agresor. Pese a ser bajo el índice, este tiene un efecto sobre la culpabilidad del agente toda vez que si este dolosamente conoce que está ante un menor de edad que de por sí es vulnerable, y también tiene conocimiento que posee retardo mental y en esa doble condición, es que comete el delito de agresión sexual, las sanciones deben ser drásticas. Aquí son importantes las pruebas psicológicas y psiquiátricas a efectos de determinar cual es el grado de retardo de las víctimas.

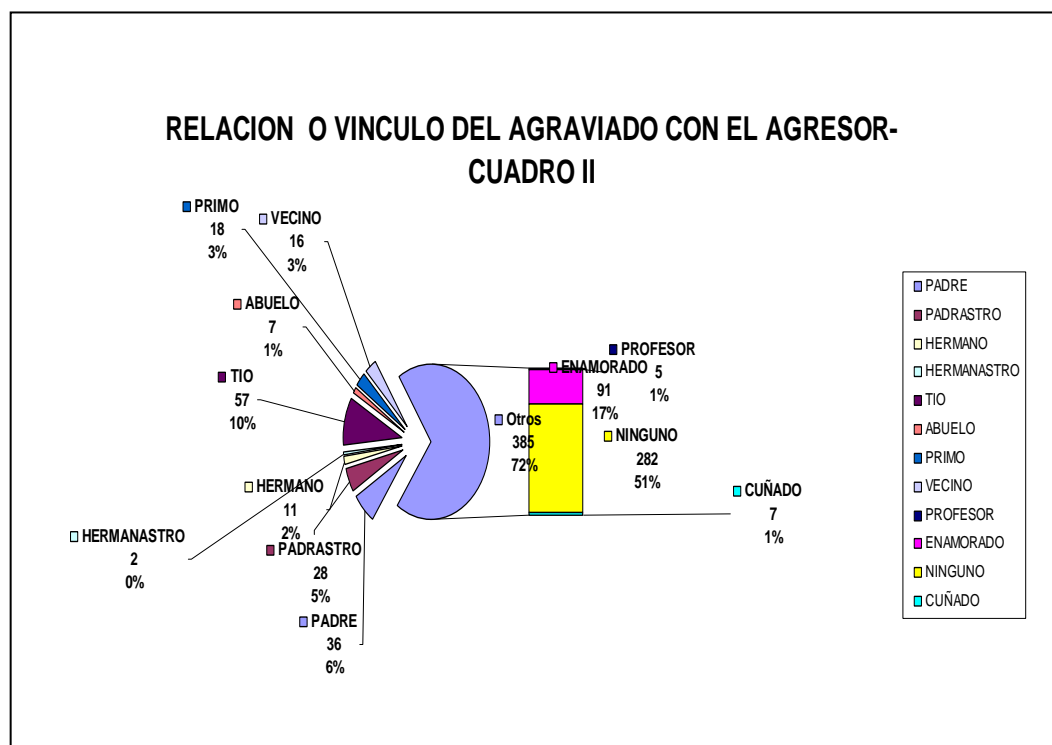
11.- Relación del agraviado con el agresor.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

En la mitad de los casos, es decir, un 50% de ellos el agresor no tiene ningún vínculo con la víctima. Cuando se hace referencia a otro tipo de relación aquí ubicamos a vecinos y amigos de la víctima. En cuanto al vínculo sentimental lo constituyen los enamorados y estos aprovechan justamente esa relación de confianza para la agresión sexual. Debe tenerse en cuenta que el vínculo de parentesco llega al 30% entonces podemos concluir que es en este entorno donde el nivel de agresión a los menores es alta por lo que se recomienda campañas masivas a la población para identificar núcleos potenciales de agresión a menores. En el seno familiar, donde debe establecerse metodologías de control y seguimiento del

comportamiento de los mismos, estando alertas a cualquier cambio brusco en su conducta.

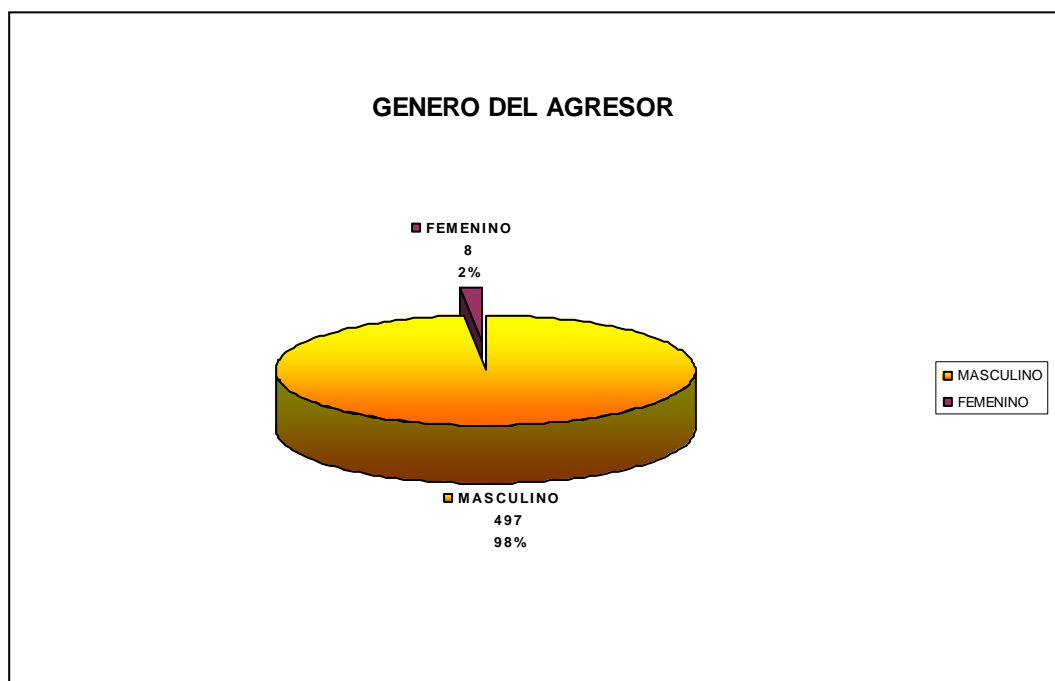


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

Es el tío el que se convierte en un potencial agresor contra las víctimas pues tenemos que en los casos examinados alcanza un 10% luego viene el padre con el 6% y en tercer lugar el padrastro con el 5%. Generalmente se establecen relaciones de confianza con el tío permitiéndole el acceso al domicilio si es que no vive allí. Cuando los padres trabajan o sólo hay uno que se dedica al sustento del hogar, el tío queda en calidad de cuidador de los menores lo que es aprovechado para agredirlos sexualmente. En cuanto al padre siendo que la relación con la agraviada es biológica, y afectiva, se advierte el drama que viven estos menores y la secuela que les deja esta clase de agresiones toda vez que proviene de quien está obligado a darle tutela bajo el cumplimiento de las obligaciones y derecho derivadas de la institución de la patria potestad. En

el caso de padrastros, hay aprovechamiento en razón que al convivir con la madre tienen acceso fácil a los hijos de su pareja.

12.- Género del agresor

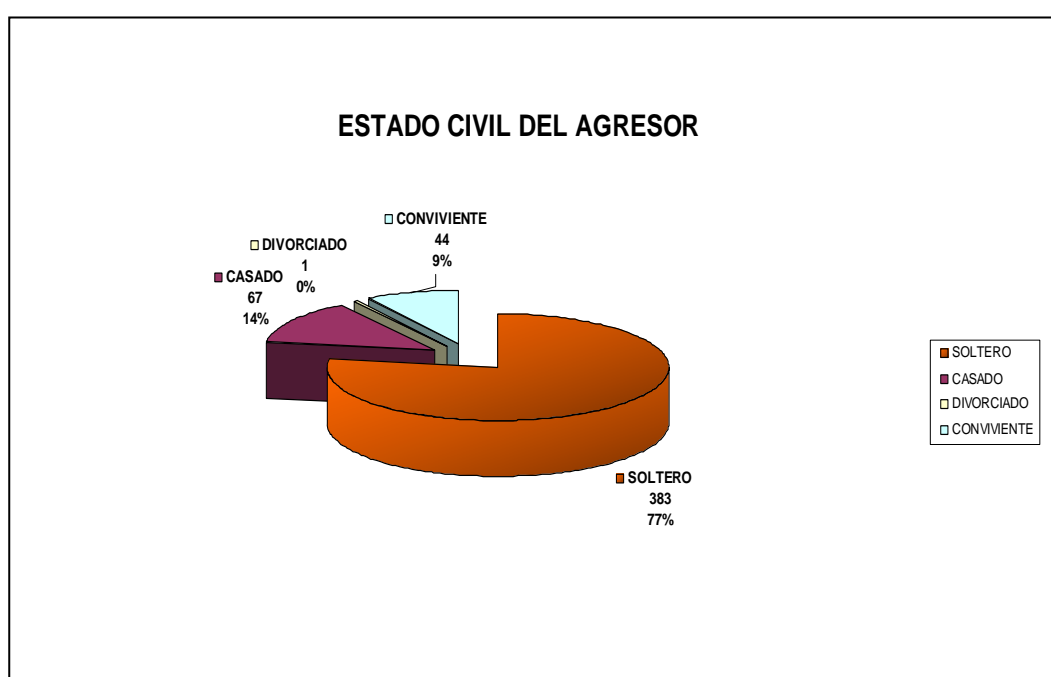


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

El género agresor por mayoría y en casi la totalidad de los casos es el masculino. En el caso del género femenino como agresor, la totalidad de los casos se presentaron en calidad de facilitadoras o cómplices en la comisión del delito por parte de un hombre. Hay un enfoque funcionalista donde se ha criminaliza la conducta omisiva de la madre que no evita que su hijo o hija sea ultrajada pudiendo hacerlo, puesto que atentaría contra el bien jurídico patria potestad. En la casuística se conocen casos donde la madre para evitar que su pareja se vaya o deje de apoyarla económicamente prácticamente permiten que sus hijas sean sometidas por el agresor. Baja autoestima, problemas psicológicos o patologías no tratadas podrían explicar que una madre actúe de esa forma con una hija que ella ha engendrado. Las secuelas emocionales para la víctima son

intensas según los expertos de tal forma que se manifestarán en su momento con depresiones, intentos de suicidios, adicción etcetera. No es un sino fatal sin embargo existen las condiciones para que la víctima desarrolle ese tipo de comportamiento, de allí la necesidad del adecuado soporte profesional a la víctima desde el Estado.

13.- Estado civil del agresor

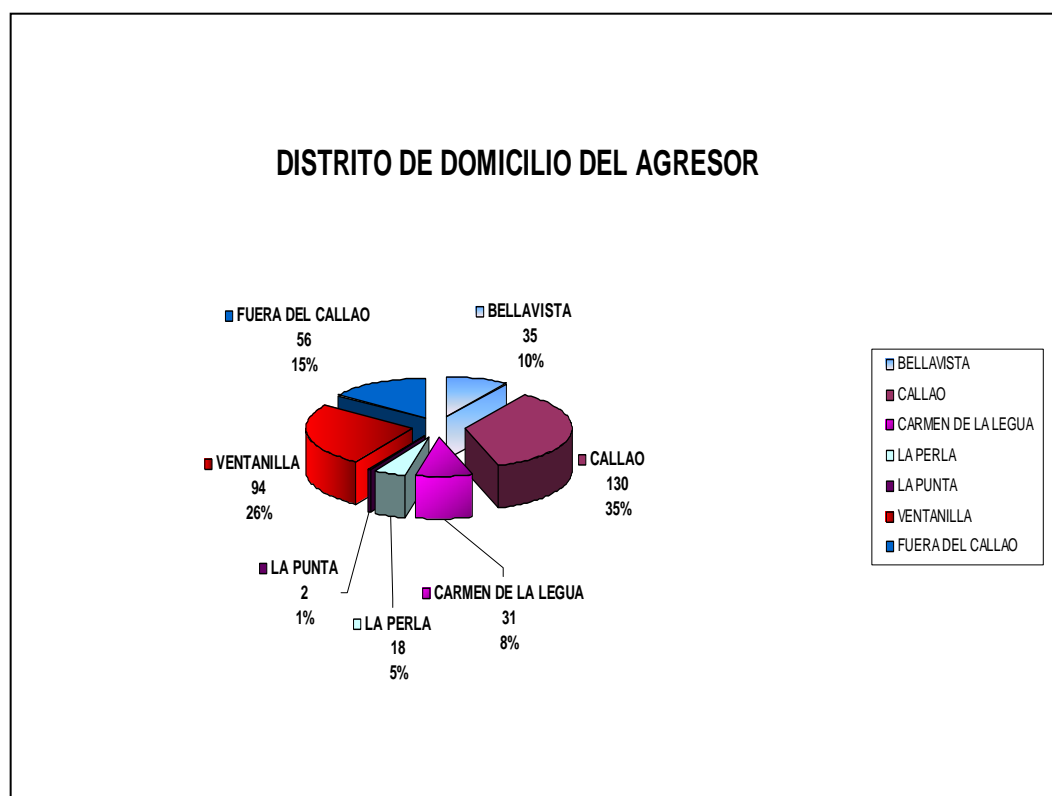


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

El estado civil del agresor en su mayoría es de condición de soltero, mas del 77%, podría deberse que estos son incapaces de relacionarse con personas para establecer vínculos mas o menos formales, de allí que prime en este agente una situación de poder frente a la víctima. Por que el hecho de acercarse a menores de edad, se podría especular que al estar incapacitados para lidiar mentalmente con alguien mayor o igual de edad permiten que busquen justamente este sector donde el desarrollo de sus aptitudes son limitadas por su propia minoría. Ser soltero obviamente no es determinante para la comisión de ilícitos sin embargo es un indicador interesante toda vez que la tasa de comisión de este delitos por quienes

están casados es mucho menor alcanzando el porcentaje de 14 %. También tenemos a quienes son convivientes llegando a un 9% mientras que en cuanto a divorciados la cifra es nula.

14.- Residencia del agresor

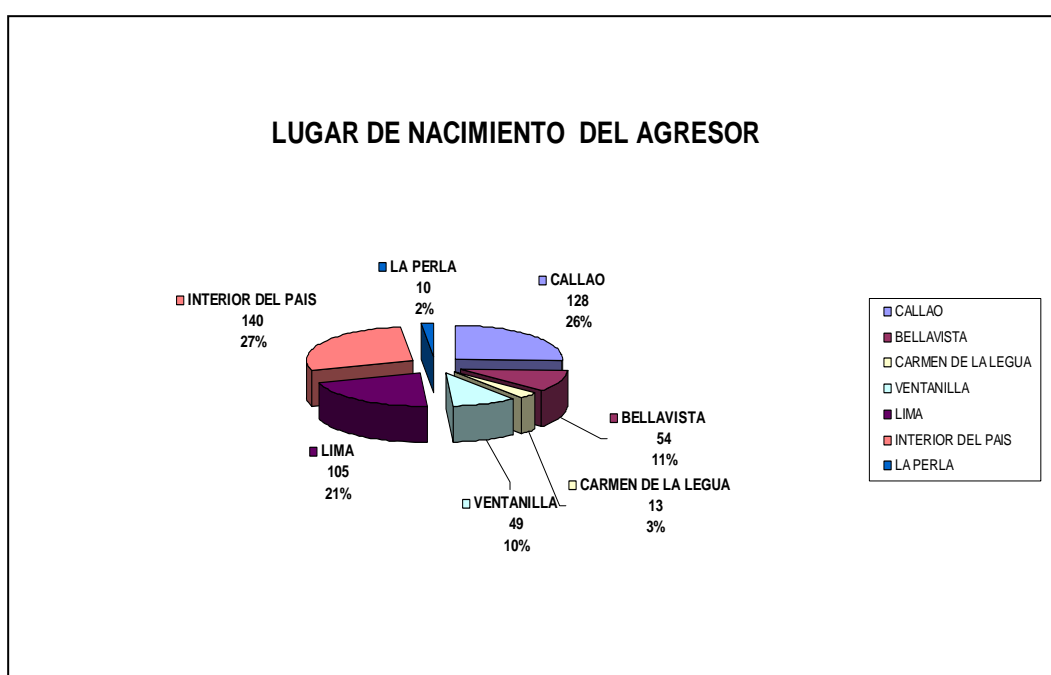


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

El domicilio del agresor es interesante para determinar donde potencialmente se encuentran estas personas de tal forma que se pueda establecer algún tipo de prevención de parte de la Policía Nacional y advertimos que la mayoría reside en el Callao – Cercado con un 35%, el segundo puesto lo tiene Ventanilla con un 26%. También es de apreciarse que los agresores tienen su residencia fuera de la Provincia del Callao y vienen a esta provincia a delinquir. En los extremos tenemos que en el distrito de La Punta es donde hay menos incidencia en cuanto a residencia de los agresores con un 1%. La Punta tiene que ser examinada con otra

óptica, y se tiene que este es un mundo casi aparte. Es común escuchar decir a los vecinos de la Punta cuando se refieren a quienes no viven allí como: “**los del Callao**”, y es que ellos tienen una identidad que los diferencia de los vecinos del puerto.

15.- Lugar de nacimiento del agresor

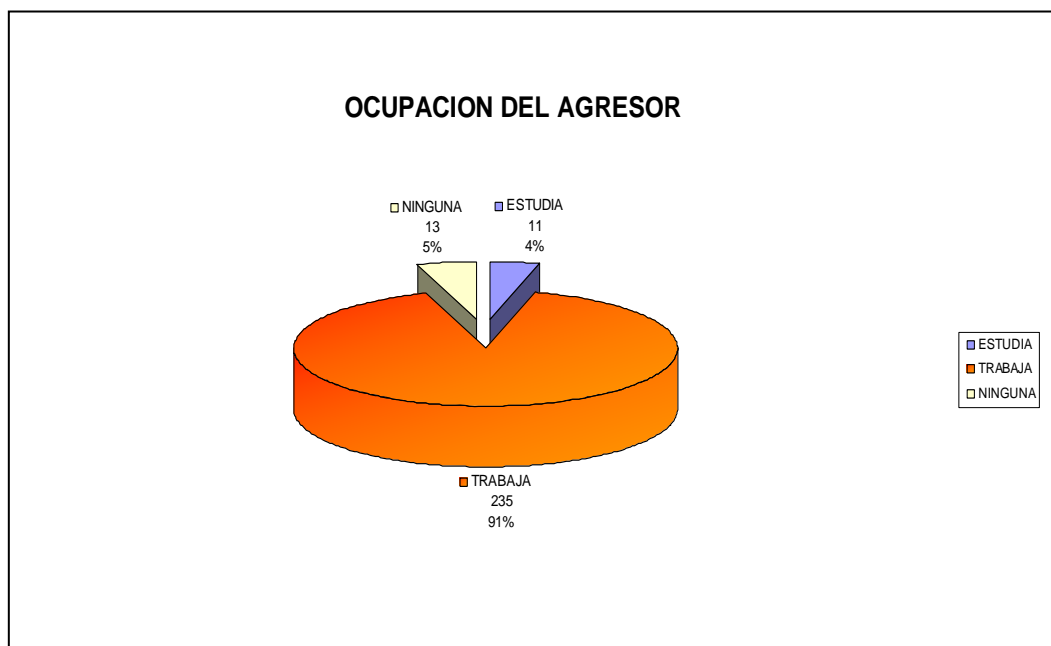


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Los agresores en un 48% han nacido fuera de la provincia del Callao. El resto que ha nacido en la provincia en su mayoría proviene del Cercado del Callao con un 26 %, seguido de Bellavista con un 11%. Nos encontramos la Perla ocupa el 2%. Aquí se grafica la tendencia de distribución de agresores sexuales respecto a los distritos advirtiendo que en el caso de la Punta en la muestra no hay agresores que hayan nacido en dicho distrito.

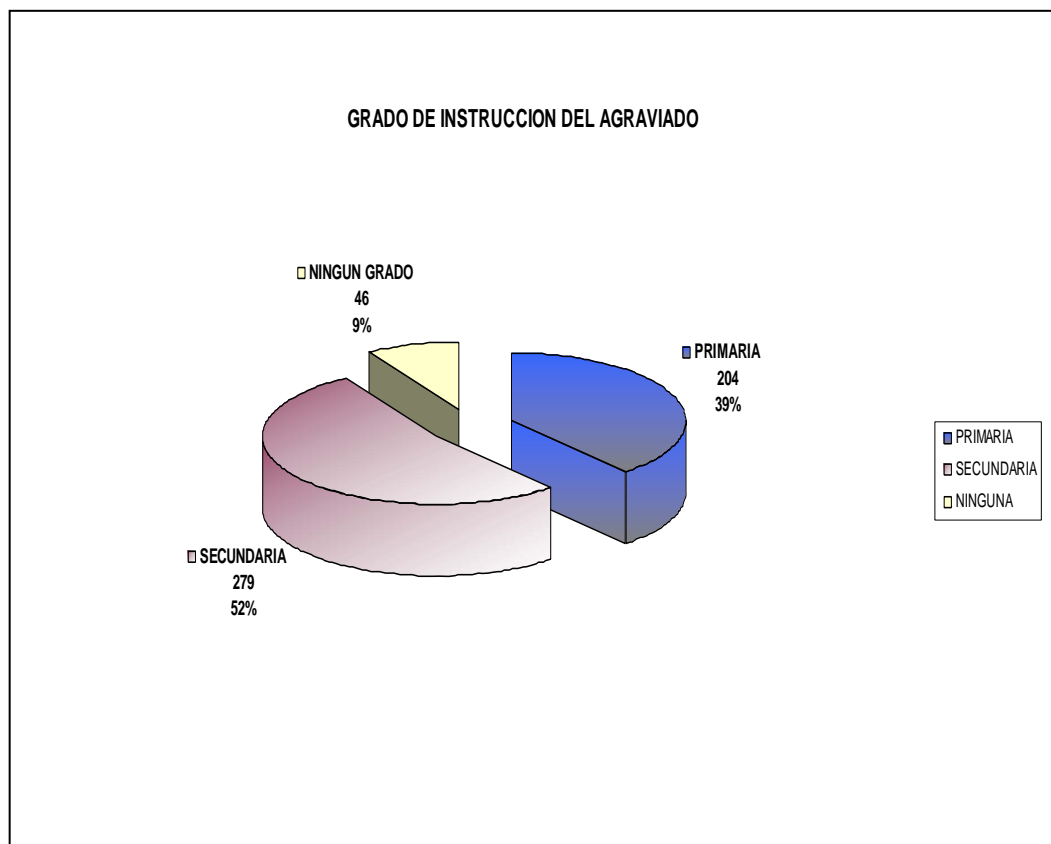
16.- Ocupación del agresor



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

El 91% de los agresores realiza alguna actividad laboral, mientras que un 5% no hace nada y el 4% estudia. A veces se afirma que la frustración provocada por pésimas condiciones de vida que son resultado de nula actividad laboral puede ser un estímulo para conductas antisociales sin embargo se advierte que en los casos de abuso sexual no tiene un rol determinante la falta de empleo de lo que se infiere que son otros aspectos los que inciden en el comportamiento de los agresores sexuales como por ejemplo el factor psicológico que es donde se debe profundizar para poder entender este fenómeno criminal que tanto afecta a los menores. La psicología criminal es la que nos tiene que aportar sobre mecanismos de control social respecto de estas personas a efectos que no vuelvan a delinquir.

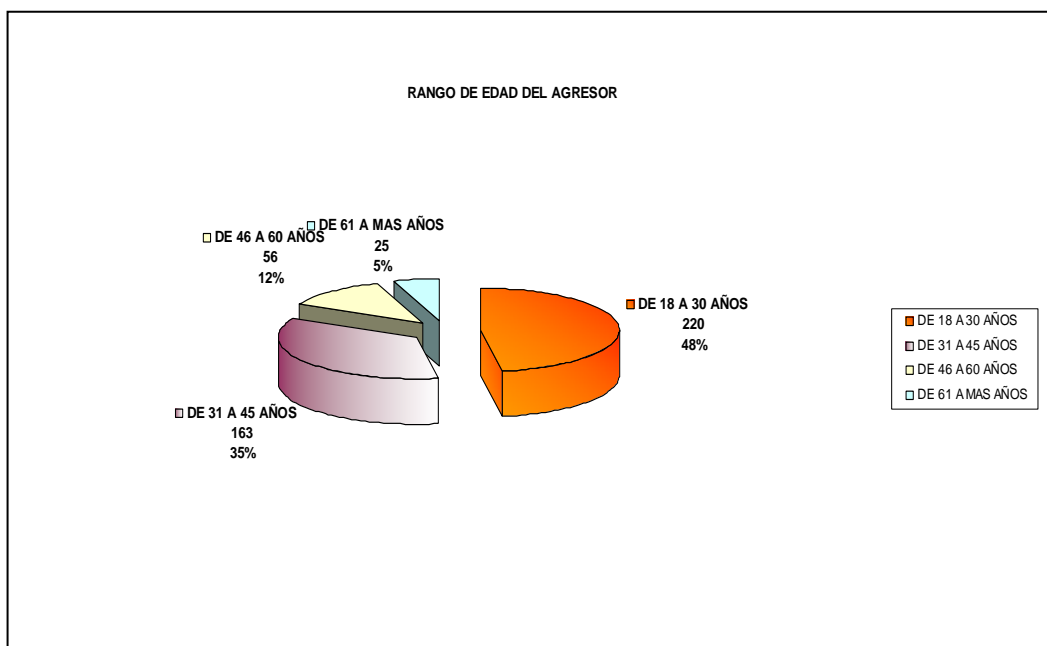
17.- Grado de instrucción del agresor



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
 Elaboración: propia

Es de apreciarse que los agresores en su mayoría han realizado estudios secundarios en un 52% y primaria 39%, y ningún estudio el 9%. Mientras mas es el nivel educativo mayor es el número de agentes de esta clase de delitos. Entonces el factor educativo no sería determinante en sus conductas. A veces se dice como no fue educado o no fue instruido se ha deslizado por el camino del crimen, sin embargo la muestra nos indica que la mayoría por lo menos ha sido educado en secundaria. En todo caso una pésima educación sexual dada a estas personas podría si ser un factor contributivo de conductas antisociales, y asumiendo que la educación es un medio de control social se tiene que en estos aspectos sexuales hay un fracaso de la escuela frente a esta clase de personas.

18.- Agresor por grupos de edades.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

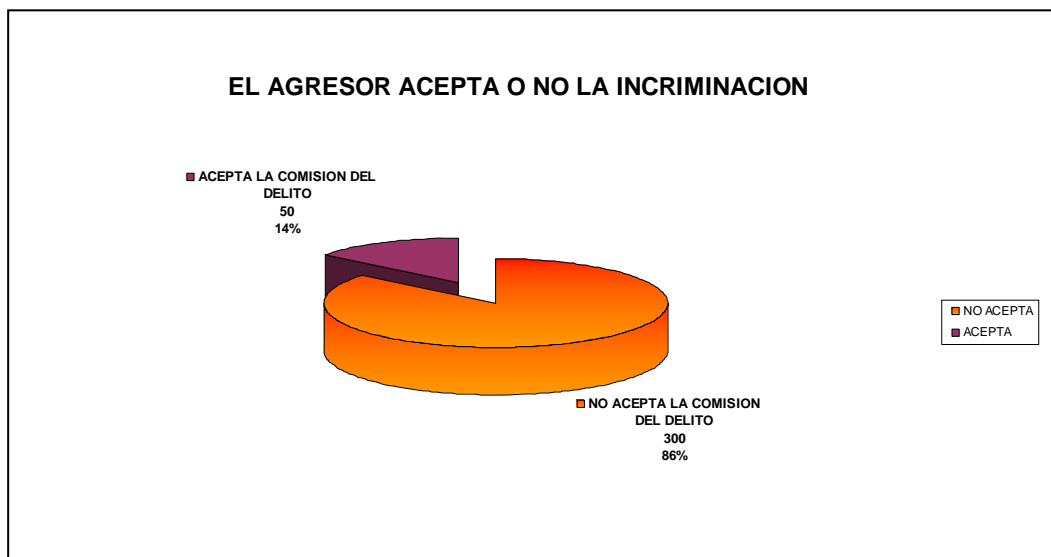
Elaboración: propia

Los agresores que están en los grupos de edades que van de 18 años a 30 años alcanzan el 48%. Esto nos sirve para determinar si es la causa de la violación de menores. Un 35% van de los que tiene 31 a 45 años. Podemos advertir que los agresores sexuales entre 18 a 45 años alcanzan un 83% que por sentido común es la etapa de desarrollo de todas sus facultades sexuales del ser humano, lo que tiene una lógica si vemos que la criminalidad en personas que van de 46 años para adelante empieza a disminuir alcanzando según la muestra un 17%. En la muestra se advierte que disminuye la comisión de delitos por la edad. Por ejemplo un 5% lo constituyen personas de 61 años a más. La experiencia nos indica que estas personas de la tercera edad en su mayoría realizan actos contra el pudor al tener sus facultades sexuales disminuidas.

CAPITULO II

ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL

19.- Aceptación de cargos.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

La aceptación de los cargos permite aplicar alternativas de procedimientos de celeridad procesal como conclusión anticipada o terminación anticipada. En el caso concreto de 350 expedientes evaluados el 14% aceptó la imputación, el mismo que puede meritarse como confesión sincera con el fin de atenuar la pena. La conclusión anticipada regulada por la ley N° 28122 con la aceptación de los cargos en juicio oral tiene el efecto de concluir los debates orales y los abogados de la defensa deben intervenir para dar algunos alcances para el establecimiento de la pena y de la reparación civil. En cuanto a la terminación anticipada aquí hay una presencia importante del Ministerio Público que se encarga de negociar con el inculcado y de arribar a un acuerdo. Esto queda sujeto a control judicial y si es aprobado el aceptante se puede beneficiar con la reducción de un sexto de la pena acordada.

Descargos Comunes De Los Procesados Por Abuso Sexual Según La Jurisprudencia.

Cuando no hay aceptación de cargos la casuística nos muestra un catalogo de justificaciones como:

La madre me tiene cólera; la hijastra tiene celos que esté con su mamá; está siendo manipulada por los padres; la menor se me insinuó; el menor tiene tendencias homosexuales; me acusa porque la controlaba demasiado para que no se fuera a fiestas; la menor no era virgen; me dijo que tenía más de 14 años; su cuerpo parecía de una persona mayor de 14 años; ella consintió; era mi enamorada; estaba ebrio; estaba drogado. Estos descargos deben evaluarse en el contexto de aportación de pruebas del inculpado.

|

En el R.N N° 1714-2002-Piura⁵² del nueve de octubre de dos mil dos nos trae razonamientos interesantes a tomar en cuenta al enfocar esta clase de delitos como la prueba a partir de los certificados médicos legales y testimoniales cuando señalan que: *“...ha quedado suficientemente acreditada tanto la comisión del delito de violación de la libertad sexual, como la responsabilidad penal del encausado, conforme se advierte de los certificados médicos legales (...), debidamente ratificados (...), que concluyen que las menores agraviadas presentan desfloración antigua; así como también, con la uniforme sindicación que las antes nombradas realizan en contra del procesado, su padre, atribuyéndole la autoría de la agresión sexual de la cual han sido víctimas...”*

Siendo el agresor padre de las víctimas la Corte Suprema es del parecer que: *“...debe ser condenado también a la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el artículo treinta y nueve del Código Penal, por lo que corresponde que la sentencia materia del grado sea integrada en este extremo(...) le impusieron la pena de inhabilitación para ejercer la patria potestad de todos sus hijos menores de edad, de conformidad con el inciso quinto del artículo treinta y seis del Código Penal, por el mismo periodo de diez años, acorde a lo dispuesto en el artículo treinta y nueve del Código acotado...”*

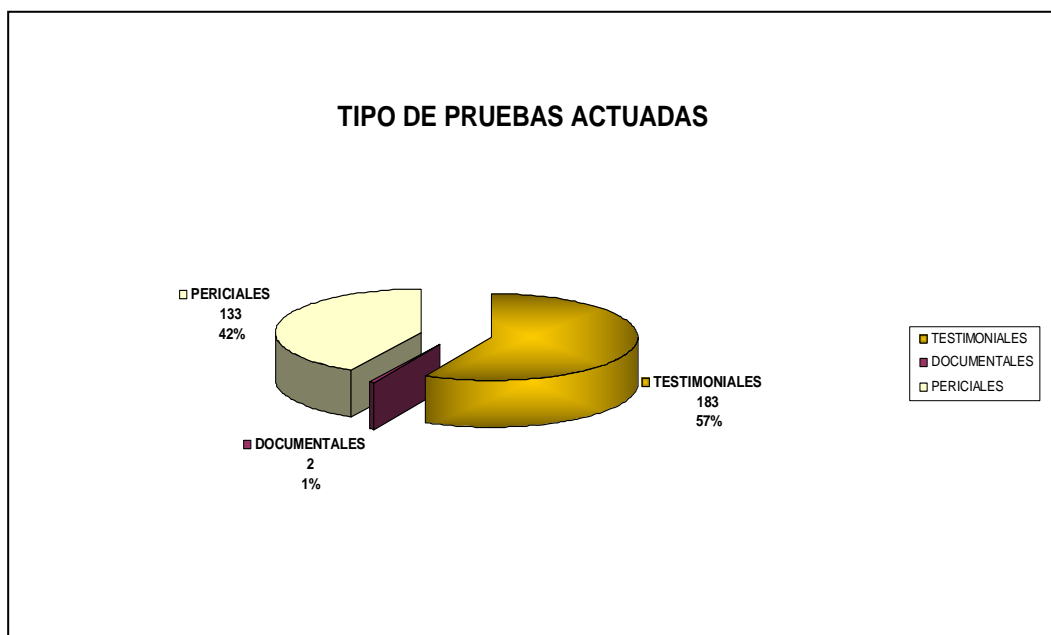
⁵² Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

Se está empleando el mecanismo de Entrevista Única o cámara Gessel en la investigación preliminar del delito. En el Callao ya existe la cámara en la que participan psicólogos. Para el empleo de este mecanismo de entrevista el psicólogo actúa como moderador de la entrevista.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes de Jueces Superiores se sugirieron otras pruebas complementarias⁵³ como una necesaria evaluación médico legal a la víctima, evaluaciones psicológicas y psiquiátricas tanto en la persona de la víctima como sobre el presunto infractor, con especial incidencia en el perfil psicosexual de este último. Evaluación sociológica para contar con una evaluación profesional en los aspectos del desarrollo de la persona víctima y del presunto autor, en el ámbito familiar y social que permita conocer su modus vivendi. (Frecuencia en el uso de sitios Web de pornografía o publicaciones del mismo corte). Análisis de la vestimenta, objetos u otros elementos cercanos a la víctima en el momento que se perpetró el ilícito o en situaciones inmediatamente posteriores. Prueba de ADN en las secreciones vaginales o muestra de sangre si se engendró un nuevo ser.

20.- Clases de pruebas actuadas en este tipo de delitos

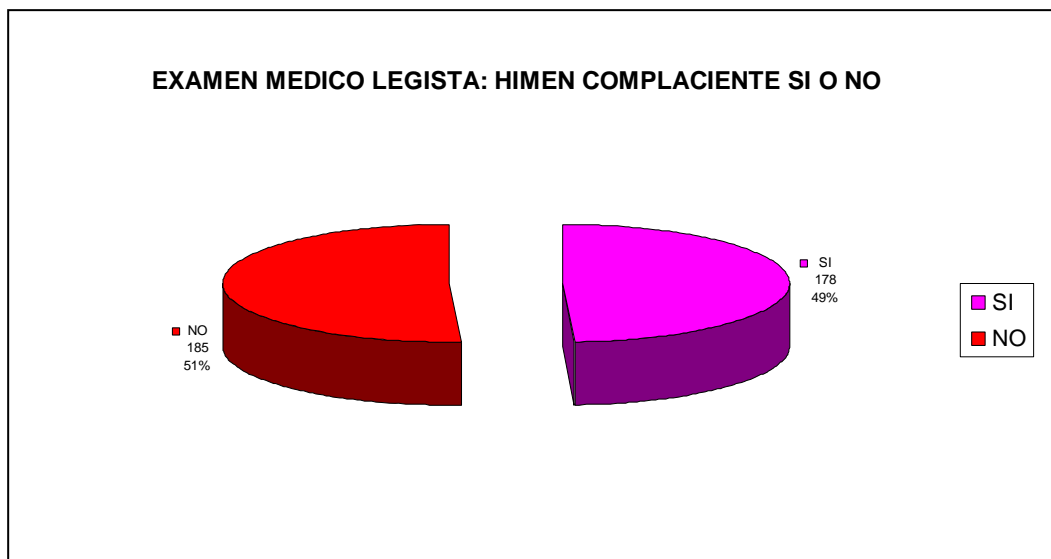
⁵³ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 204



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

Las testimoniales alcanzan el 57% siendo relevantes para la investigación judicial o juicio oral. La importancia del testimonio para establecer las circunstancias de comisión del ilícito tiene la mayor incidencia en esta clase de delitos. Las testimoniales pueden ser de cargo o descargo. Les siguen las pericias que llegan al 42%, debiendo tener en cuenta que uno de los mayores problemas que van en contra de la celeridad procesal y que han sido causales de nulidad de sentencias se ha dado cuando no ha existido ratificación de los peritos. Sobre este tópico es de resaltar que el autor considera los dictámenes como documentos públicos los mismos que si no son controvertidos no hay necesidad de ratificación. Así lo ha establecido el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales que tomó el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 en Lima el 16 de Noviembre del 2007. En la muestra analizada tenemos que las pruebas documentales apenas alcanzan un 1 %, y en la casuística advertimos que estos documentos a veces lo constituyen las cartas con la que tratan de acreditar una relación sentimental con la agraviada.

21.- En los casos de violación sexual incidencia de himen complaciente que dificulta acreditar acceso carnal.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

Esta clase de himen dificulta la investigación puesto que no habría aparentemente evidencia que la menor ha sido ultrajada sexualmente, por lo que se hace necesario que el Ministerio Público afine sus estrategias a efectos de corroborar la imputación con otras pruebas indiciarias y periféricas. La presencia del himen complaciente puede llevar a absoluciones de los presuntos responsables. Así se puede ver en la ejecutoria suprema Recurso de Nulidad N° 1165-2004⁵⁴ Lima, quince de febrero del año dos mil cinco: *“...se ha llegado a determinar que no ha quedado acreditada la responsabilidad penal del citado encausado en los hechos denunciados, pues sólo existe en su contra la sindicación que le efectúa la agraviada y la madre de ésta última, no obrando en autos elemento probatorio contundente que permita arribar al juzgador a la certeza sobre la culpabilidad del procesado, pues es de relevarse el hecho que el Certificado Médico Legal arroja como resultado “...himen complaciente, no signos contranatura.” Para la sala esta conclusión que no es suficiente a efectos de determinar si fue el procesado el autor de la conducta delictiva que se le imputa; tanto más, si la agraviada en su denuncia obrante refirió que el denunciado con fecha quince de abril del dos mil trató de violarla, llegando, inclusive, a causarle lesiones en su*

⁵⁴ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

cuerpo, y al ser contrastado con el resultado del Certificado Médico Legal efectuado ocho días después de la supuesta agresión concluye *"no se evidencia huellas de lesiones traumáticas recientes..."*.

Pese a esta dificultad tenemos en la casuística que se ha condenado aun cuando la víctima tenía himen complaciente. Así se desprende de la jurisprudencia suprema en el R.N. N° 3508-2005⁵⁵ Huaura del veintiuno de diciembre de dos mil cinco que dice: *"la víctima presenta himen complaciente (situación que, frente al cúmulo de indicios, no enerva la penetración sexual), y acto contra natura antiguo..."*. También tenemos la ejecutoria suprema R. N. N° 294 - 2005⁵⁶ Lambayeque del dieciocho de abril de dos mil cinco que dice: *"...el certificado médico legal (...) que describe la existencia de himen complaciente en la víctima (...) al ser examinados los peritos médicos en el acto del juicio oral (...) exponen que puede haber existido un sin número de relaciones sexuales pero el himen siempre va a tener el mismo diámetro, lo que no excluye de manera ficta la inexistencia del acto sexual..."*

El R. N. N° 2888 - 2005⁵⁷ Cono Norte, trece de octubre de dos mil cinco dice: *"...el certificado médico legal (...), ratificado (...) establece que la menor presentó himen complaciente con lesión equimótica y al ser examinado en el juicio oral el perito médico sostuvo que las lesiones fueron producidas por la presión de un elemento duro que pudo ser ocasionado por un miembro viril; que, en consecuencia, la sindicación de la agraviada es persistente y pone de relieve que el acusado (...) la ultrajó..."*

En el R.N. N° 4155-2004⁵⁸ Cusco, siete de abril del año dos mil cinco se revierte la poca contundencia probatoria del himen complaciente así: *"...si bien es cierto ha precisado que la menor presenta himen complaciente, también lo es que dicho examen médico ha evidenciado las lesiones corporales recientes padecidas por ella y que aunado al dictamen*

⁵⁵ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

⁵⁶ Ídem

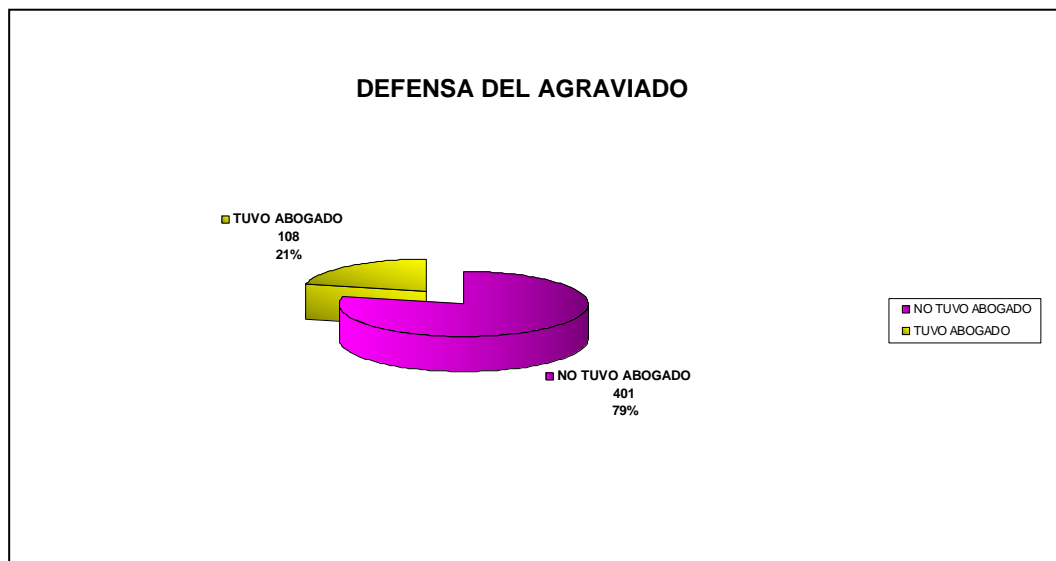
⁵⁷ Ídem

⁵⁸ Ídem

pericial de biología forense que se le practicó (...) se ha establecido la presencia de espermatozoides en su vagina, creando certeza respecto a la afirmación brindada por dicha menor...”

Para tratar de ahondar en el esclarecimiento cuando hay himen complaciente, es que el perito realice una descripción de la parte interna y externa de la víctima para encontrar huellas de resistencia; a esto hay que agregarle pruebas de presencia de espermatozoides. Sin embargo hay que dejar en claro que esa no es la única prueba a ser valorada, debiendo considerarse en conjunto todo lo que se haya actuado o emergido del juicio oral.

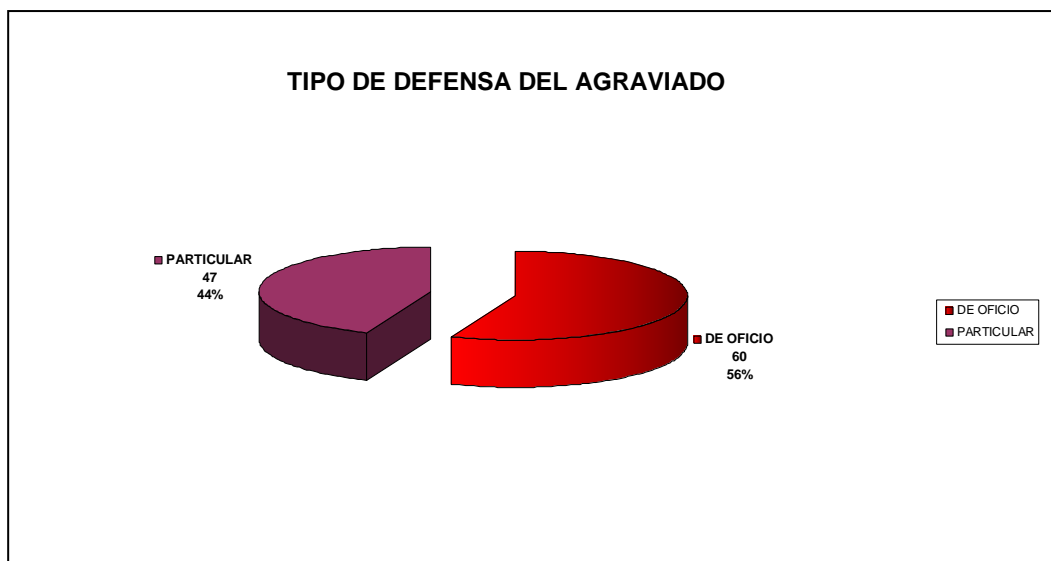
22.- Asistencia legal a la parte agraviada



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

En general no tuvieron abogado el 79% de los agraviados, e inferimos que las razones son económicas toda vez que la pobreza es un factor que recorre a este sector golpeado por el abuso sexual. De allí deviene una responsabilidad puesto que los inculpados todo el tiempo pueden contar con abogados de oficio mientras que la víctima no. Hay algunos programas que se ocupan de las defensas como el Ministerio de la Mujer con sus Centros de Emergencia sin embargo al parecer no se dan abasto para realizar la defensa de las víctimas. Habría que buscar salidas como por ejemplo que los Colegios de Abogados designen una defensa gratuita para cada caso siendo esta una obligación de un agremiado ya que es de exigírseles a los abogados sensibilidad social. Por otro lado los mismos jueces para garantizar igualdad de armas podrían dirigirse a los colegios de Abogados para que designen defensas de tal forma que la víctima tenga una adecuada defensa técnica, y evitar que este desprotegida.

23.- Tipo de defensa de agraviados, particular o estatal

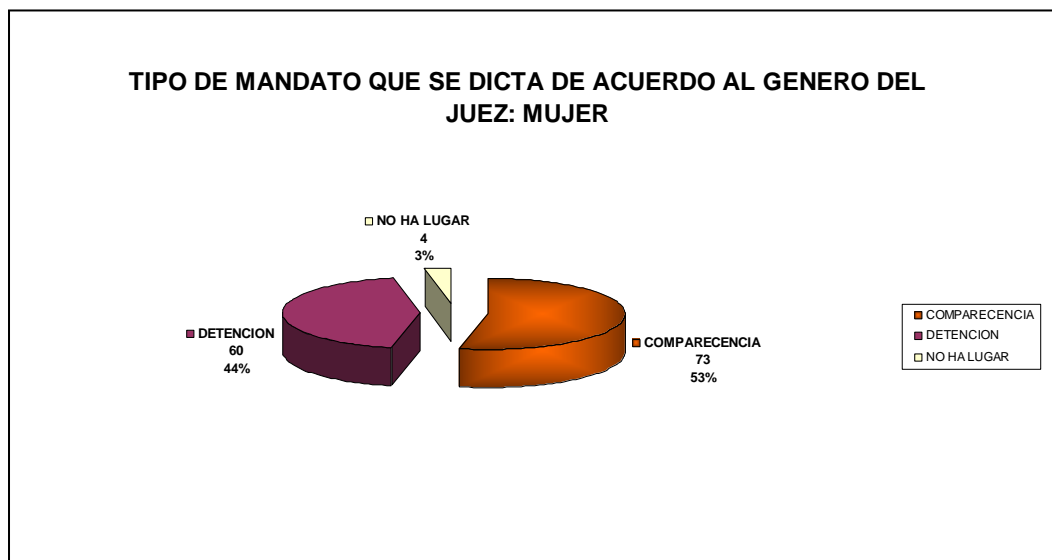


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Dentro del sector que pudo conseguir abogado, la mayoría tuvo acceso a un abogado del Estado. Quien se encarga de la defensa de estas personas son algunas ONG pero la concentración mayor la tiene el Ministerio de la Mujer a través de los denominados Centros de Emergencia donde se da asistencia integral a las víctimas de abuso sexual. Sin embargo es de advertir que no se pueden cubrir la defensa de todos los agraviados por lo que es de reiterar que los colegios de abogados debieran obligar a sus agremiados que tomen un caso gratuitamente. La orientación de los agraviados es necesaria porque si la otra parte tiene abogado se quiebra el principio de igualdad de armas, entonces la víctima es sometida a presión por los abogados de la otra parte, el efecto que se ve es que los menores planteen desistimiento, pero que no es aceptado toda vez que el delito de abuso sexual es de persecución pública.

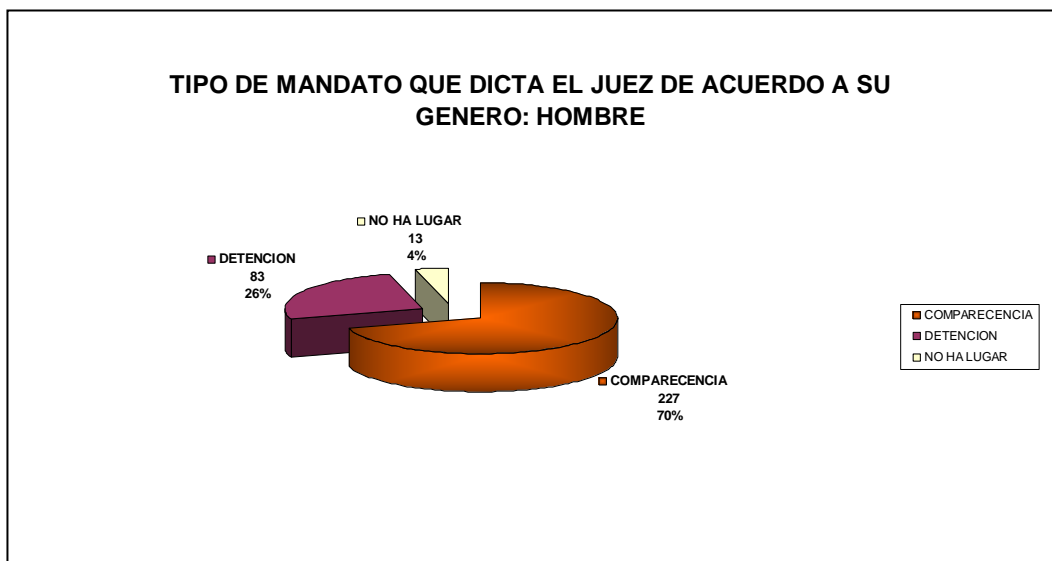
24.- Medidas cautelares dictada por juezas.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

La medida de comparecencia es la principal medida con un 53% de los casos a diferencia de los Varones que la dictaron en un 70% de los casos (cuadro siguiente). En los casos de No Ha Lugar lo constituyen aquellos donde se aplicó el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 o también cuando los fiscales en el acopio de información para hacer su denuncia no presentan sólidos elementos de juicio, por ejemplo cuando una menor llega a un hospital por embarazo o amenaza de aborto, y cuando se le pide el nombre del autor ella da el nombre de una persona y sólo con esta sindicación la fiscalía presenta denuncias, advirtiéndose una debilidad en los elementos de convicción que pueden originar que se dicte una resolución de no apertura. El artículo 135 del Código Procesal Penal establece requisitos que deben cumplirse cuando se dicta medida de detención por ser esta excepcional. De acuerdo al cuadro las juezas dictan mayormente comparecencia y también detención pero en porcentaje menor. Se advierte que la idea es establecer si la condición de magistrado mujer la determina para actuar en una dirección. El autor considera que no es así y que tanto juezas mujeres y hombres tienen reglas jurídicas claras para dictar medidas cautelares.

25.- Medidas cautelares dictadas por jueces



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

Tenemos que en un 70% de los casos, cifra que supera al de las juezas, se dictó mandato de comparecencia. En los casos de No ha Lugar abrir instrucción lo constituyen aquellos donde se aplicó el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. La medida de detención es adoptada en última instancia de tal forma que alcanza un 23% mientras que el resto se mantenía arraigado al proceso judicial. El delito de abuso sexual es tan execrable que podría predisponer a que las juezas mujeres tengan mayor severidad en la medida cautelar y si bien hay diferencias ya que en el caso de juezas mujeres llega a un 48% y si bien hay una diferencia del doble con las dictadas por los jueces varones, no podríamos ensayar una respuesta del porque solo apoyándonos en la condición de mujer. No se descarta que este pueda ser un factor determinante sin embargo tendría que ahondarse en la investigación para determinar si la razón de la detención es por el género de quien aplica dicha medida. El dato objetivo que se tienen de la muestra no es lo suficientemente acreditativo.

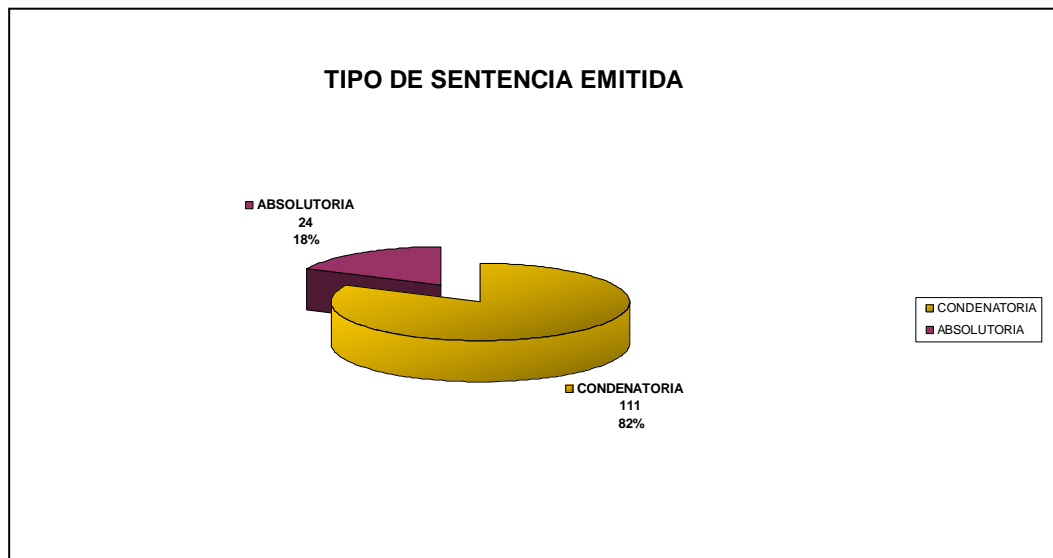
26.- Confrontación entre agraviado e inculpado.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

Por protección de la integridad emocional de la víctima, en delitos contra la libertad sexual, tratándose de niños o adolescentes, la declaración será la que brindó ante el Fiscal de Familia y las reglas del Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del Juez. En esta clase de delitos la confrontación entre el inculpado y la víctima sólo se realizará si es que ésta tiene más de 14 años de edad y si es menor de los 14 la confrontación sólo podrá hacerse siempre y cuando lo pida la víctima. Este es todo un tema de controversia puesto que por el lado del inculpado está el derecho a contradecir. Esta es una de las razones para que los métodos de interrogatorios por la situación especial de un niño o un adolescente se afina y para esto existe por ejemplo la cámara de Gessel que permite un examen científico del menor, sin afectarlo sobremanera emocionalmente, donde hay participación de psicólogos expertos en conducta de menores

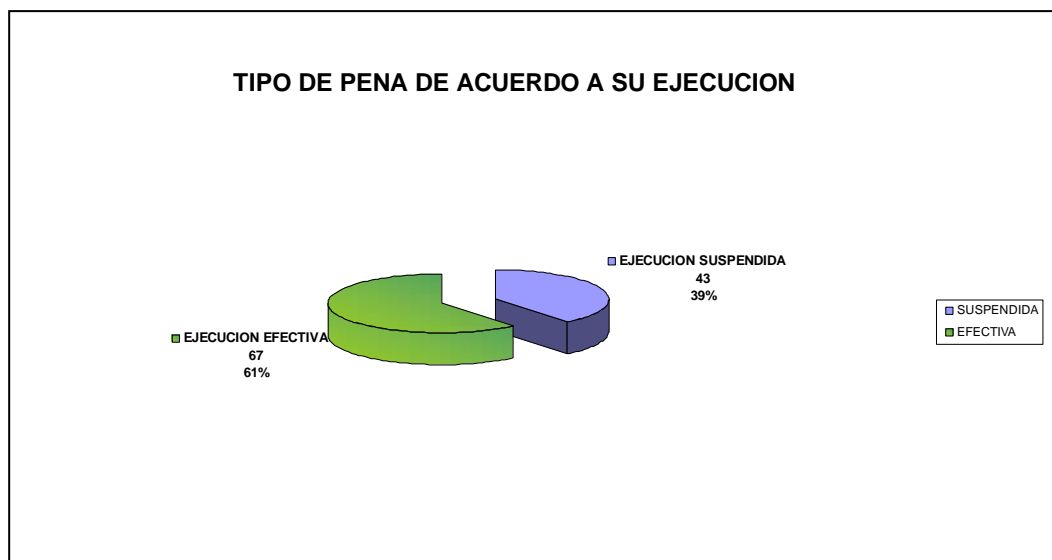
27.- Clases de sentencias emitidas



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

De la muestra procesada tenemos que el 82% fue sentencia condenatoria contra el 18% absolutoria. El proceso judicial tal como está planteado con el procedimiento de 1941 considero que tiene un tamiz previo en la labor del Ministerio Público que tiene un rol principalísimo en el planteamiento de la teoría del caso y que desde una visión estratégica debe buscar la sanción de los que considera responsables de los ilícitos. Las sentencias condenatorias teniendo al Ministerio Público como titular de la acción penal y de la carga de la prueba, deben tenerse como un triunfo de estos, así como las absolutorias como una derrota si es que han persistido en su acusación. Sin embargo debe tenerse en cuenta que esta institución se desenvuelve también bajo el principio de proscripción de la arbitrariedad. Las condenas en todo caso también abonan a favor de los jueces porque están obligados a sancionar con justicia en estos temas dramáticos que son puestos en su conocimiento. Se trata de condenas donde los jueces conforme a la valoración de las pruebas llegan a la convicción de la responsabilidad penal del acusado. Las absolutorias si bien son en un menor porcentaje generalmente se basan en dos supuestos, insuficiencia de pruebas o en el principio de duda que favorece al reo.

28.- Pena privativa de libertad y ejecución



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009
Elaboración: propia

De la muestra tomada se tiene que el 61% fue de pena de prisión efectiva y el 39%, pena condicional. Dada la gravedad de estos delitos y a las penas altas se tiene que en los casos de pena suspendida tiene que ver con la valoración de elementos como confesión sincera, existencia de niño producto de la relación sexual, relación sentimental por ejemplo cuando la víctima tiene 13 años sin embargo se considera que ésta no tiene facultad de disponer de su sexualidad. En estos casos cuando no ha existido ni violencia ni amenaza vemos una actitud procesal de la víctima de reclamo frente a la situación de detenido, incluso los van a visitar al penal si tiene prisión preventiva. Los principios de proporcionalidad deben ser tomados en cuenta para la imposición de las penas.

En la jurisprudencia suprema sobre pena condicional tenemos por ejemplo en el R.N° 213-2005⁵⁹ Piura del doce de abril del dos mil cinco en un caso de VS de menor de 14 años, puesto que comprobada la

⁵⁹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

responsabilidad del acusado condenado a 10 años de pena privativa de libertad el colegiado consideró como atenuantes que había documentos ante Juez de Paz donde madre y víctima señalaban que sentenciado había convivido con la menor y modificaron la pena a 4 años suspendida condicionalmente. En este caso había existido un hijo y la convivencia como también se advierte del R. N. N° 2556-2004⁶⁰ Cusco del treinta y uno de enero del dos mil cinco

La Desvinculación Procesal o Determinación Alternativa ha permitido que al variarse el tipo penal de violación sexual a actos contra el pudor se pueda aplicar pena condicional como aparece de la ejecutoria R.N. EXP. N° 283-2005⁶¹ Cusco del quince de abril del año dos mil cinco.

En el R. N. N° 1625-2005⁶² Cajamarca del diecisiete de junio del año dos mil cinco la Corte Suprema considero como elementos atenuantes la edad del condenado menos de veintiún años inaplicando el artículo veintidós del Código Penal vía control difuso pues transgrede el principio de igualdad ante la ley, la no discriminación, el principio de humanización de la justicia penal. Además tuvo cuenta que víctima e inculpado tenían una relación sentimental e incluso que habían procreado un hijo, no se había tomado el grado de cultura del agente, su instrucción y ocupación, elementos que han colisionado en la comisión del evento delictivo, por lo que consideraron factible una rebaja prudencial de la pena al citado condenado y además ha confesado su responsabilidad penal y reformaron la pena efectiva y la convirtieron en penal condicional. Como otros casos de de condena condicional en casos de delitos de violación sexual tenemos el R.N. EXP.N° 1013-2005⁶³ CHINCHA del veinte de mayo del dos mil cinco que consideró que había confesado y tenía 18 años de edad. En el R.N. N° 2071-2005⁶⁴ MADRE DE DIOS del cinco de Julio del dos mil cinco se impone pena condicional por existencia de niño como producto de la

⁶⁰ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

⁶¹ Ídem

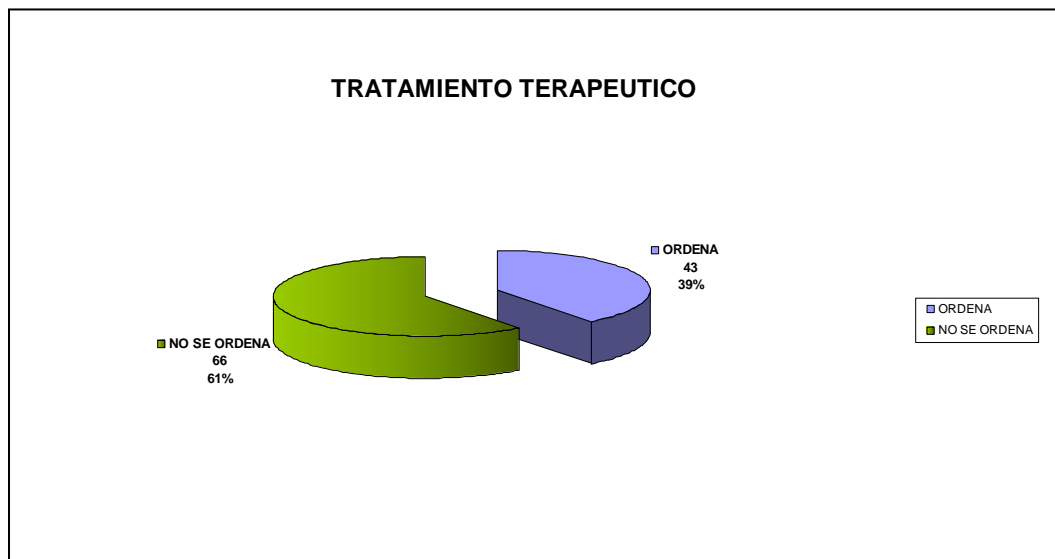
⁶² Ídem

⁶³ Ídem

⁶⁴ Ídem

violación y la Sala Suprema consideró que estaba la conducta prohibida descrita en el artículo ciento setenta del Código Penal, se emplea también su escasa cultura no registrar antecedentes penales y judiciales.

29.- Obligación del tratamiento terapéutico



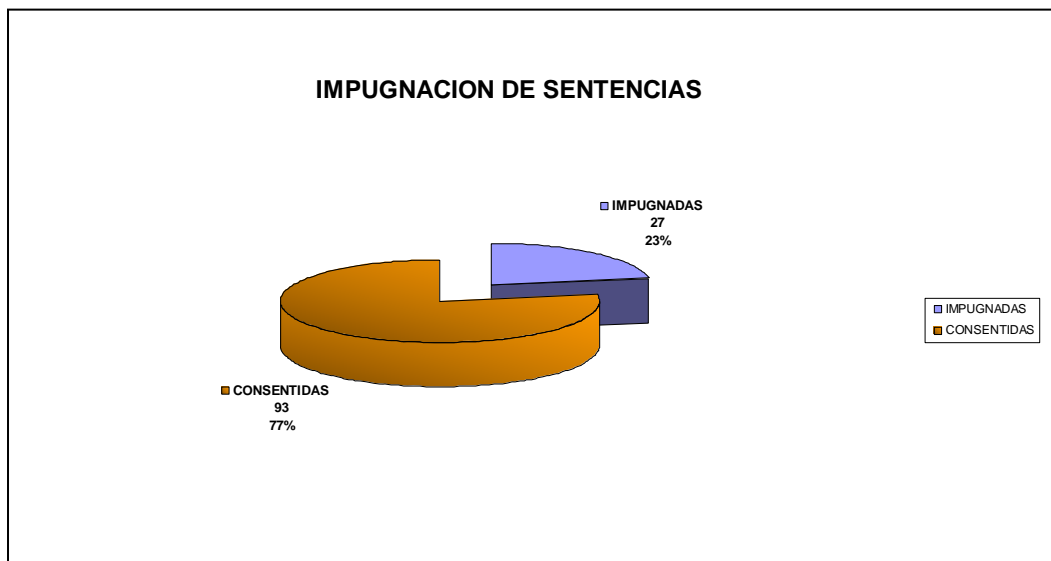
Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Pese a que hay una norma que obliga al tratamiento terapéutico Art. 178 de Código Penal son embargo en la mayor parte de sentencias dictadas condenatorias se omitió esta regla. Generalmente se tiene que la Corte Suprema cuando ha conocido en nulidad sentencias con esta omisión ha integrado a las mismas, las reglas la obligación de tratamiento como puede verificarse en el R.N. N° 0458-2003⁶⁵ -Callao del siete de julio de dos mil tres ante la omisión del tratamiento terapéutico ordenaron integrar la propia sentencia, disponiendo que al procesado se le practique el tratamiento terapéutico que contempla el artículo ciento setenta y ocho A del Código Penal. En los casos que no fueron apelados se tiene que los jueces en ejecución debe integrar esta regla necesaria por la naturaleza de los delitos.

⁶⁵ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital.2005-2006

30.- Recursos impugnatorios de sentencias condenatorias.

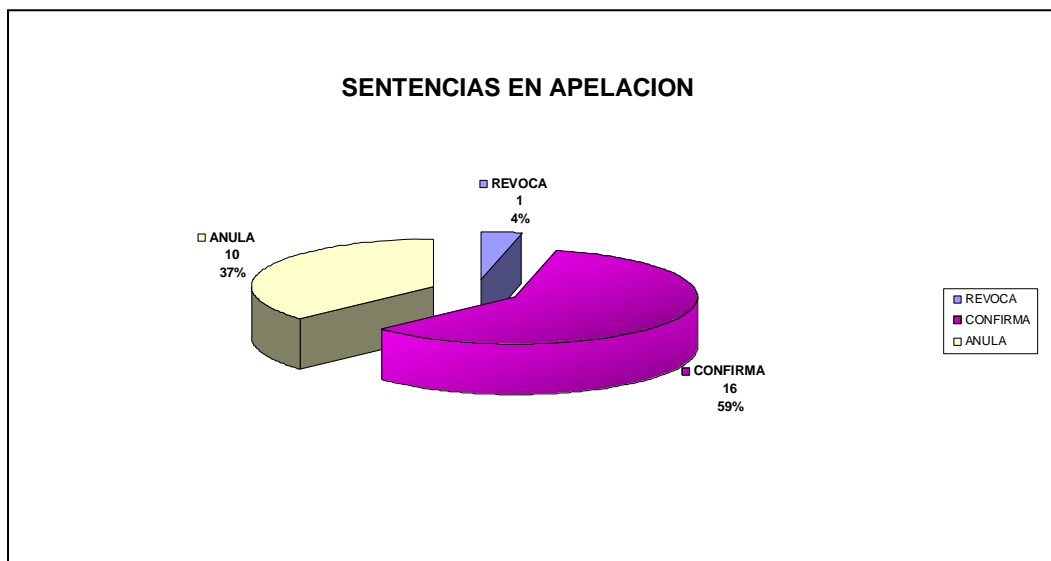


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En las sentencias condenatorias tenemos que las mismas fueron aceptadas por los sentenciados en un 77% mientras que un 23% fueron impugnadas. El alto porcentaje de sentencias no impugnadas tienen que ver con el hecho que los mismos condenados han quedado convencidos de la justeza de la misma y aceptan su responsabilidad. No se puede alegar que hay insuficiencia de la defensa en cuanto a interponer recursos sin embargo todos cuentan por ley con abogados defensores y también abogados privados. Los letrados que provienen del Ministerio de Justicia pese a sus desniveles contribuyen en que se garantice el derecho de defensa de los acusados. La alta tasa de condenas no impugnadas abona en la eficacia del poder judicial, tantas veces golpeado por la opinión pública puesto que está dentro del sistema de administración de justicia y tiene entre sus funciones la tutela de los bienes jurídicos afectados en este tipo de causas de abuso de menores.

31.- Sentencias apeladas y resultado en segunda instancia



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

De la muestra de sentencias impugnadas tenemos que el pronunciamiento de segunda instancia sean las salas superiores en juicios sumarios o la corte suprema en proceso ordinario mayoritariamente en confirmar la decisión judicial, mientras que un 37 % fue declarado nulo y sólo un 4% fueron revocadas.

Finalmente pese al panorama dramático a partir de la muestra analizada considero que con las dificultades propias que tiene el Poder Judicial carente de recursos, la Corte del Callao y sus magistrados tienen el compromiso de impartir justicia a favor de este sector de la comunidad que es el futuro del país.

CONCLUSIONES

1.- Todavía la doctrina, la dogmática jurídica y la jurisprudencia tiene que delimitar con mayor claridad los tipos penales que afectan a los niños y adolescentes.

2.- Los cambios de la normativa muchas veces con fines de obtener réditos políticos a los parlamentarios ocasiona una sobre criminalización de conductas para recibir el aplauso de sus votantes, por lo que vía la interpretación jurisprudencial se busca aplicar la ley penal con justicia sin llegar a la arbitrariedad.

3.- El género femenino es el más afectado por ese tipo de conductas por lo que es necesario que en aras de la prevención se pueda focalizar con intensidad las actividades de prevención, de educación yendo a los colegios para dar orientación y el Poder Judicial tiene que apoyar en esa tarea.

4.- Es necesario articular desde la sociedad civil y el sistema de administración de justicia y gobiernos locales una política de prevención de los niños y adolescentes pero sobre la base del conocimiento científico de la realidad, por lo que este trabajo pretende ser un aporte para el estudio de la problemática de abuso sexual de menores.

INDICE

Introducción 2	
Perfiles psicológicos, educativos, laborales y sociales de la víctima.....	2
Perfiles psicológicos, educativos, laborales y sociales del agresor	4
Aspectos Procesales	5
Debido Proceso y Derecho de Defensa.....	5
Resolución de los Casos.....	6
Justificación y Metodología	6
Muestra en el Trabajo de Campo	7
Primera Parte	
Capítulo I	
El Delito contra la Libertad Sexual	8
Delitos de Abuso Sexual	9
Capítulo II	
Delito de Seducción de Menor	32
Capítulo III	
Delito de Actos Contra el Pudor	39
Capítulo IV	
El Delito de Proxenetismo.	45
Capítulo V	
Exhibiciones Obscenas	51
Segunda Parte	
Capítulo I	
Perfiles psicológicos, laborales, educativos y sociales de agraviados y víctimas	53
Capítulo II	
Actividad Probatoria en los Delitos de Abuso Sexual	72
Conclusiones	90
Bibliografía	94

BIBLIOGRAFÍA

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen "Manual de Derecho Penal: Parte Especial", 4ta Edición, Lima Editorial San Marcos

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", 2da Ed. Edit. Ariel, Barcelona 1991.

CALDERÓN CERESO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001

CERESO MIR, José..."Curso de Derecho Penal Español P.G. II. Teoría Jurídica del Delito, Editorial Tecnos, Madrid 1990.

EDWARDS, Carlos Enrique, "Delitos contra la Integridad sexual", Ed. Depalma, Buenos Aires., 1999

EZAINE CHÁVEZ, AMADO. Diccionario de Derecho Penal. Editorial AFA. Tomo 2 Perú. 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco..."Derecho Penal Parte Especial", Undécima Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

OXMAN VILCHEZ, Nicolás. ¿Qué es la Integridad sexual? Revista de Justicia Penal. Numero 3 setiembre. Santiago de Chile. 2008

PEÑA CABRERA. Raúl Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Grijley. Lima. 1999.

PEÑA CABRERA, Raúl..."Tratado de Derecho Penal» Parte Especial I 2o Edición, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú 1994.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. IDEMSA. Tomo I. Lima. 2008

SALINAS SICCHA, Ramiro. Los delitos de Acceso carnal Sexual. IDEMSA. 2005.

SAN MARTIN CASTRO, César. Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales) en delitos contra la Libertad sexual y delitos contra la Familia. Poder Judicial de Perú y Banco Mundial - Proyecto de Mejoramiento de Justicia. Perú.2007

SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. TEA. Buenos Aires. 1978

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES DE LAS CORTES SUPERIORES. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000. p. 186

FUENTES DIGITALES

- 1.- Página Web Del Poder Judicial. Jurisprudencia Suprema. www.pj.gob.pe
- 2.- Edición Electrónica de Gaceta Jurídica 2005 – 2006
- 3.- Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008.