

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA DE DERECHO



El enfoque dogmático de la violación sexual de menores de edad

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de Abogado

Autor

Quito Laguna, Raquel Rosy

Asesor

Díaz Ambrosio, Silverio

Huaraz – Perú

2018

DEDICATORIA

Este trabajo esta dedicado a Dios, a mis padres por brindarme su apoyo incondicional día a día para lograr mis objetivos, y a los docentes por educarnos con esfuerzo y dedicación, para lograr nuestras metas.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todas las personas que me brindaron su apoyo incondicional, su asesoramiento en este trabajo tan interesante muchos fueron las personas que en forma directa o indirecta me ayudaron, poniendo a mi disposición el valor incalculable de sus conocimientos, compartiendo mis dudas y ansiedades, o apoyándome e impulsándome para que siguiese adelante y facilitándome los materiales.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO CALIFICADOR DE LA UNIVERSIDAD SAN PEDRO.

De conformidad con lo dispuesto en Reglamento de Grados y Títulos de la Escuela de Post Grado de la Universidad San Pedro, ponemos a su consideración el presente trabajo de suficiencia titulada:

“EL ENFOQUE DOGMÁTICO DE LA VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD ”

En ese sentido, el presente trabajo de suficiencia se realizó para dar a conocer mas sobre el tema de violación sexual en forma especifica; y se realiza un estudio a profundidad sobre el tema de violación sexual en menores de edad, la cual puede ser ejercida en contra de los niños(as) sin importar el genero, la cual se encuentra establecida en nuestro código penal en el artículo 173º, el objetivo del presente trabajo es que en un futuro se retire la palabra violación la que se encuentra establecida en el capítulo IX “violación de la libertad sexual”; del código penal, porque no es la violación la única forma de cometer un delito sexual, ya que dicho capítulo contiene varias modalidades de la violación como por ejemplo: Actos contra el pudor, actos contra el pudor de menores y la seducción. Esperando que el trabajo reúna los requisitos para su aprobación y asimismo estamos libres a recibir las sugerencias y aportes para seguir aprendiendo en éste apasionante mundo del derecho.

Por lo que considero que sus contribuciones teóricas servirán para que el presente trabajo, este a disposición de otros investigadores, sirviendo de aporte a futuras investigaciones.

Atentamente,

QUITO LAGUA Raquel Rosy

Palabras Claves:

| | |
|---------------------|-------------------------------------|
| Tema | Violación sexual de menores de edad |
| Especialidad | Derecho penal |

Keywords:

| | |
|------------------|----------------------------|
| Text | Sexual violation of minors |
| Specialty | Criminal law |

Linea de Investigación: Derecho

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--|------------|
| DEDICATORIA..... | i |
| AGRADECIMIENTO..... | ii |
| PRESENTACIÓN..... | iii |
| PALABRAS CLAVES..... | vi |
| ÍNDICE..... | v |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| II. ANTECEDENTES..... | 2 |
| III. MARCO TEÓRICO..... | 5 |
| IV. LEGISLACIÓN NACIONAL..... | 24 |
| V. JURISPRUDENCIAS O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES..... | 28 |
| VI. DERECHO COMPARADO..... | 49 |
| VII. CONCLUSIONES..... | 51 |
| VIII. RECOMENDACIONES..... | 52 |
| IX. RESUMEN..... | 53 |
| X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS..... | 55 |
| XI. ANEXO..... | 56 |

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un tema super importante en la vida del hombre actual, ya sea en el ámbito personal o dentro de la sociedad y así sobre todo dar a conocer sobre las consecuencias cuando se comete el delito de violación sexual a menores de edad ya que se encuentra sancionado por nuestro código penal en su artículo 173°.

El objeto del estudio se aborda con la metodología propia de la investigación bibliográfica, y se utilizan técnicas como el fichaje, resumen, síntesis para entender el tema planteado.

En la antigüedad, las sanciones eran muy severas con los infractores de los delitos sexuales, pero recordemos que el texto más antiguo es el código de Hammurabi; y se agraviaba a la persona, a la sociedad y a los dioses por esta razón casi todos los delitos que se cometían eran castigados con la pena de muerte; en el Perú también desde la época inca ya se castigaba el delito de violación sexual.

Dentro de la libertad sexual el sujeto pasivo puede ser tanto la mujer como el hombre sin ninguna distinción, por ejemplo el caso de los Cónyuges si uno de ellos utiliza la fuerza para tener relaciones sexuales ya configura un delito de violación sexual simple. La indemnidad sexual es cometida contra menores de 14 años de edad y por más que esta persona haya dado su consentimiento no es válido ya que no tiene la capacidad de decidir sobre su sexualidad.

La violación sexual a menores de edad es que una persona hombre o mujer mayor de edad tenga acceso carnal con un menor de 14 años de edad por vía vaginal, anal y bucal. La cual a tenido varias modificaciones y desglosaremos el tipo penal del artículo 173 del código penal.

Dentro del derecho comparado con otras legislaciones vemos que la sanción por el delito de violación sexual en menores de edad es la pena de muerte y en otros casos consiste que cuando sale un violador de la cárcel tiene vigilancia policial.

II. ANTECEDENTES

En la antigüedad, las sanciones eran muy severas con los infractores de los delitos sexuales, recordemos que el más antiguo de los textos jurídicos fue el código de Hammurabi de los babilonios y caldeos; era pues un código energético y aquel que cometía un delito contra la libertad sexual, no solamente agravaba a la persona, sino también a la sociedad y sobre todo a los dioses, ya que estaban bastante arraigadas las ideas religiosas; por esta razón, la pena de muerte era aplicada en casi todos los delitos.

El delito de violación tenía pena de muerte y no interesaba si la víctima era de condición económica elevada o baja, las autoridades se encargaban de ahorcar al violador en público.

El derecho hebreo también castigaba con pena de muerte al violador, siendo amplia a sus familiares más cercanos, lo cual demostraba que eran leyes mucho más que severas, ya que como sabemos en la actualidad la responsabilidad penal es personalísima y concluye con la muerte de la persona que es la única que responde por el delito que cometió.

La ley Julia del derecho penal romano castigaba con pena de muerte a los violadores, los cuales eran crucificados en un madero y generalmente el pueblo era testigo presencial de estas duras medidas.

El derecho penal canónico también aplicaba la pena de muerte para infractores de los delitos contra la libertad sexual; pero exigía como requisito que el acto sexual cometido produzca la desfloración de la víctima y sea contra su voluntad. Cuando el acto sexual recaía en una mujer ya desflorada, no era considerado como delito de violación y se castigaba simplemente con penas leves.

En Europa, en el caso de España, también eran sancionados con pena de muerte los delitos sexuales y; en general, esta dura medida se aplicó desde la edad media hasta la edad moderna.

En el Perú, nuestros incas sancionaban a los autores del delito de violación de acuerdo con su criterio, aplicándose la expulsión del pueblo, el linchamiento y otras medidas, quedando la pena de muerte para los reincidentes.

Al que obligaba a una mujer soltera, por primera vez, le aplicaban el castigo de apedreamiento y a la segunda vez, la pena de muerte.

El que corrompía a una mujer joven si era considerada como una mujer principal dentro de la comunidad tenía pena de muerte, y si no era considerada así, le daban por ser la primera vez cierto tormento que ellos usaban; y en la segunda oportunidad, moría.

El que era adúltero y tenía relaciones sexuales con una mujer considerada principal dentro de la comunidad, era sancionado junto con ella a la pena de muerte, y si no era principal solo el hombre era castigado atormentándolo.

Por otro lado, cuando alguien era sorprendido en casa ajena con la hija del dueño, si el padre denunciaba el hecho era castigado el sujeto a voluntad del inca o de su gobernador.

Antiguamente, la teresiana de 1768 castigaba al culpable quemándolo junto con el animal en los casos de bestialismo. Ya en la época de la colonia, la cifra negra de la criminalidad aumento ostensiblemente debido al abuso y flagelo del cual eran víctimas nuestros indígenas (los españoles mantuvieron esta actitud abusiva durante casi 300 años de virreynato).

Del mismo modo, recordemos lo señalado por Francisco Muñoz Conde quien afirmaba que, en la edad media, debido a la violencia canónica, es clásica la confusión en esta materia entre delito y pecado sancionándose el homosexualismo, la bestialidad y las relaciones sexuales extramatrimoniales. A medida que avanzó el tiempo nos hemos ido liberando y colocando de acuerdo con los tiempos actuales.

Finalmente, en la época de la república y estando vigente el código penal de 1924, había pena de muerte para el violador que agraviaba a menores de 7 años; siendo

sustituido por la pena de internamiento; para posteriormente con la constitución política del estado de 1979 artículo 235 deja solamente la aplicación de la pena de muerte en caso de traición a la patria en una guerra exterior.

Actualmente la constitución de 1993 establece: “art. 140. La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

El art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica señala que la pena de muerte no puede ser extendida a delitos en los que no se le aplicaba cuando dicho tratado entro en vigor y que tampoco será ampliada a delitos que no la contemplaban.

Con el actual precepto constitucional:

“Estamos ampliando la aplicación de la pena de muerte a los delitos de traición a la patria en caso de guerra interna y también al delito de terrorismo.

Como el artículo señala que la pena de muerte debe ser aplicada conforme a los tratados de los que el Perú es parte obligada, entonces para que se condene a muerte a alguien en el Perú por delito distinto al de traición a la patria en caso de conflicto exterior, tendremos que lograr que se modifiquen las normas restrictivas de la aplicación de la pena de muerte que el contiene”(Noguera, 2015:43.46).

III. MARCO TEORICO

3.1. BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS: “ LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL”

3.1.1. LIBERTAD SEXUAL:

Cuando entro en vigencia el código penal de 1991 y vimos que el bien jurídico protegido, en las infracciones punibles establecidas en los artículos 170 al 178-A, es la libertad sexual, comprendimos que se había avanzado muchísimo, ya que por aquella época los delitos sexuales aún se vinculaban con criterios morales, éticos, como, por ejemplo, la honestidad.

Recordemos que, en el código penal anterior de 1924, la violación sexual de una mujer a un hombre mayor de edad, o la de un hombre a otro hombre, quedaba impune, porque no estaba contemplado como delito sexual, siendo sancionado como delito de coacción.

En cambio, ahora con el código penal de 1991, esas conductas si están contemplados como delito de violación sexual, ya que una mujer o un hombre pueden ser sujetos pasivos de cualquiera de los delitos contra la libertad sexual; en consecuencia, la comisión de estos delitos puede darse de varón a varón, de mujer a mujer, de varón a mujer o de mujer a varón.

Así también, el código penal de 1924 establecía que las mujeres casadas no tenían el derecho a la libertad sexual y, por lo tanto, la violación sexual cometida en su agravio por sus conyugues quedaba impune.

Esta situación, con la legislación vigente, se ha superado, ya que se establece como delito de violación sexual, el que un esposo o esposa, mediante la utilización de la violencia o amenaza, tenga acceso carnal con su consorte.

Actualmente, el acceso carnal con violencia o grave amenaza, practicado al conyugue o conviviente, constituye una circunstancia agravante del delito de violación sexual simple; otra importante innovación, en la legislación penal actual, es que todos los delitos contra la libertad sexual son perseguibles de oficio, es decir, cualquier persona que toma conocimiento de algunas de estas infracciones punibles, puede denunciar el hecho.

En ese sentido, el fiscal sin el consentimiento de la agraviada puede ejercitar la acción penal si toma conocimiento de la *notitia criminis*.

Recordemos que antiguamente, cuando recién entro en vigencia el código penal de 1991, había delitos en que el ejercicio de la acción penal era privado, como, por ejemplo, la violación sexual simple, seducción.

Asimismo, antiguamente el agresor sexual si contraía matrimonio con la víctima quedaba exento de pena, en cambio, con la legislación penal actual, si el agente contrae matrimonio con la agraviada, no tiene ningún tipo de beneficio en cuanto a la pena que se le imponga. Por otro lado, cuando el código penal vigente establece que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, diera la impresión que todos los delitos que agrupa el capítulo IX del código sustantivo, referido a la violación de la libertad sexual, solamente vulneraría la libertad sexual, cuando en realidad no es así: “la libertad sexual no agota ni anuncia de manera suficiente todo el contenido de los delitos sexuales, debiéndose recurrir a una interpretación teleológica con el fin de determinar de manera completa el objeto de protección en este grupo de delitos, el cual se logra a través de la referencia a la indemnidad sexual”. (Salinas, págs.48-49).

Lo correcto sería que, en un futuro, el título del capítulo IX del código penal retire la palabra “violación”, porque no es la violación la única forma de cometer un delito sexual, sino que dicho capítulo abarca otros tipos de delitos distintos a la violación, como, por ejemplo, los actos contra el pudor de menores o los actos contra el pudor de persona, la seducción, etc.

En ese orden de pensamientos, el capítulo IX del código penal debería ser denominado de la siguiente manera: “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”; de esa forma, abarcaríamos también a los delitos que vulneran la indemnidad sexual, como es el caso, por ejemplo, de la violación sexual de una menor de 10 años, en que a la niña no se le vulnera su libertad sexual, porque aún no tiene la facultad de decidir con quien desea tener acceso carnal o no, pero si se lesiona su indemnidad sexual: “la libertad sexual es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de auto determinarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales”(Diez, pág.70). Lo expuesto significa que toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria.

Pero, al mismo tiempo, la libertad sexual comprende también la clase de comportamiento que desea realizar con una persona. Por ejemplo, una mujer desea y acepta tener con un varón acceso carnal por vía vaginal, pero, en pleno acto sexual, el sujeto activo decide practicarle a la mujer el coito anal, lo cual es rechazado por ella, y este con violencia física ejercida contra la víctima, llega a consumir dicha infracción punible.

En ese caso, se estaría configurando el delito de violación sexual simple, ya que se ejerció violencia sobre la víctima para lograr tener acceso por la vía anal, lo que no deseaba el sujeto pasivo. En ese orden de pensamientos, no porque la mujer acepto el acceso carnal vía vaginal, va a significar que quede impune el acto sexual por vía anal que ella rechazo categóricamente.

Asimismo, es necesario tener en cuenta el tiempo, porque una persona puede acceder tener acceso carnal por una hora determinada, por ejemplo, de 4 a 5 de la tarde, pero si uno de los dos, transcurrido el tiempo de un hora, y contra la voluntad de la otra persona, utilizando violencia física contra ella, le obliga a quedarse más horas practicándole el coito vaginal, estaríamos ante un caso de violencia sexual simple.

Es así que la libertad sexual como bien jurídico protegido permite que la persona pueda elegir libremente a la persona adulta con quien desea relacionarse sexualmente, no interesándole a la ley, si es un pariente consanguíneo, como el tío, el padre, el hermano, etc., o pariente por afinidad que nace con el matrimonio, como, por ejemplo, la suegra, la cuñada, etc., o el parentesco legal, como es el caso de la adopción.

Así, por ejemplo, el incesto, que son las relaciones sexuales entre parientes, no es castigado penalmente por nuestra legislación cuando es realizado con personas mayores de edad, con capacidad de discernimiento y en forma voluntaria, quienes deciden tener acceso carnal, como es el caso de un padre con su hija adulta.

La libertad sexual comprende, por ejemplo, el consentimiento es el acceso carnal mediante el uso de violencia física como es el caso de los actos sexuales sadomasoquistas, donde no existe ningún tipo de responsabilidad penal por tratarse de un comportamiento consentido por ambas partes.

Libertad sexual que inclusive permite que la persona pueda realizar cualquier “variante sexual”, que si bien es cierto la sociedad rechaza esos comportamientos, desde el punto de vista moral, jurídicamente no están prohibidos para el derecho penal, por ejemplo, el voyeurismo, el fetichismo, la masturbación, etc.

Claro está, siempre y cuando no se atente con estas conductas contra el derecho de las personas, porque si un sujeto se masturba públicamente, estará incurriendo en el delito de exhibicionismo obsceno. Este derecho a la libertad sexual permite que la persona elija su opción de manera voluntaria, así podrá decidir entre una relación homosexual o heterosexual.

Es así que el derecho penal tampoco le interesa si mediante este derecho a la libertad sexual, una mujer elige libremente a un animal, como, por ejemplo, un perro. Esto, en doctrina, se denomina “bestialismo”.

Aunque la sociedad rechaza moralmente estas conductas sexuales desviadas, desde el punto de vista del derecho penal, no existe ninguna infracción punible y, en consecuencia, al no existir prohibición legal al respecto, la persona podrá desarrollar libremente su actividad sexual.

El bien jurídico que se protege, en varios tipos penales, es la libertad sexual, por ejemplo, en la violación sexual simple, en la violación con alevosía, en el delito de acto sexual con persona dependiente, en la seducción y en el delito de actos contra el pudor de personas, infracciones punibles, establecidos en los arts. 171, 174, 175 y 176 del código penal respectivamente.

El “aspecto positivo dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo pasivo, en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir”(San Martín y Caro, págs. 67-68).

Asimismo, la víctima además de gozar del derecho a elegir libremente con quien desea tener acceso carnal, tiene también el derecho de abstenerse de ejercitar su actividad sexual, si así lo considera conveniente.

3.1.2. INDEMNIDAD SEXUAL

Conforme hemos anotado, el código penal vigente deberá modificarse aproximadamente y como bien jurídico protegido en los delitos sexuales, deberá considerarse además de la libertad, a la indemnidad sexual.

Nos hemos dado cuenta de que el bien jurídico de la libertad sexual no abarca la protección de todos los tipos penales de índole sexual. Sin embargo, equivocadamente el capítulo IX del código penal de 1991, se denomina “violación de la libertad sexual”.

En efecto, hay varios delitos en que no se vulnera la libertad sexual, sino la indemnidad, porque, por ejemplo, nos preguntamos: ¿Cuál es el bien jurídico vulnerado en el delito de acto sexual abusivo y violación de menores?

En esos dos delitos, el sujeto pasivo no tiene libertad sexual, porque se trata de una persona con incapacidad psíquica o física y de un menor de edad.

En ambos delitos, el sujeto pasivo no tiene la capacidad de auto determinación para ejercer su sexualidad.

El bien jurídico protegido es, en esos dos delitos, la indemnidad sexual; como también es la indemnidad sexual lo que se protege en el delito de actos contra el pudor de menores; porque el menor tiene el derecho a un normal desarrollo biológico y psicológico: “la indemnidad sexual creemos debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera mínima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida”(Alva , 2008: 59).

Si bien es cierto, que conforme lo hemos anotado, todos los delitos contra la libertad sexual son perseguibles de oficio, sin embargo, algunos delitos sexuales como el acto sexual abusivo, violación de menores y actos contra el pudor de menores no pueden ser denunciados por la víctima, debido a la falta de capacidad de ejercicio de sus derechos, por lo que merece de parte del derecho penal una protección al respeto a su dignidad como ser humano, es decir, a su indemnidad sexual.

Es así que, en los delitos de acto sexual abusivo, violación de menores de edad, seducción, y actos contra el pudor de menores, establecidos en los arts. 172, 173, 175 y 176-A del código penal respectivamente, el bien jurídico vulnerado es la indemnidad sexual; por tales motivos, la legislación penal ha contemplado penas más drásticas en dichos delitos.

En esos delitos no importa si la víctima emita su consentimiento al acto sexual, porque en el caso de los menores de edad, la aceptación a la práctica del acto sexual no tiene validez, siempre habrá violación o actos contra el pudor.

Ahora en el caso de las víctimas incapaces mentalmente o físicamente del art. 172 del código penal, se entiende que las agraviadas son personas que no se encuentran en la posibilidad de entender el delito sexual que están sufriendo (anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia, retardo mental). Por otro lado, en el caso de las víctimas que se encuentran en la incapacidad física como, por ejemplo, los inválidos, ancianos, etc., no tienen la opción de poder resistir la agresión sexual.

En ese orden de ideas, se sanciona el hecho de que el agente, hombre o mujer mayores de edad, haya tenido una actividad sexual con la víctima, siendo irrelevante para la legislación penal vigente que lo haya o no consentido la agraviada. Por eso reiteramos una vez más que cuando la víctima es un menor de 14 años de edad o un incapaz, no se está vulnerando su libertad sexual, ya que estas personas no tienen la facultad de decidir con quién desean o no tener acceso carnal. Por lo tanto, el “bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual”.

Al estado le interesa proteger la sexualidad de los menores e incapaces, que no están en condiciones de comprender la magnitud de la conducta sexual, lo cual facilita al sujeto activo en la comisión de estos delitos.

La indemnidad sexual “se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual”(García, 1999:43).

La protección a los menores de 14 años se basa en que se evitara las influencias que generen de forma negativa el desarrollo de la personalidad del menor. Por lo que está reservado para cuando sean adultos poder decidir adecuadamente sobre su conducta sexual; y tratándose de los incapaces, se evitara que sean manejados como objetos sexuales por sujetos inescrupulosos que abusen de la inferioridad psíquica o física de la persona, así se lograra prevenir que dichas personas den rienda suelta a sus instintos sexuales.

La jurisprudencia penal peruana ha dicho lo siguiente: “en los delitos de violación sexual de menores se tutela no solo la libertad y el honor sexual, sino principalmente la inocencia de una menor cuyo desarrollo psíquico y emocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbres de la familia y la sociedad; asimismo es conocido que uno de los aspectos más problemáticos en los delitos sexuales son las dificultades probatorias para crear convicción en el juzgador sobre el delito y la responsabilidad del supuesto agresor, es mas en la mayoría de casos el único medio de prueba con que cuenta el magistrado o tribunal es la sindicación de la víctima, aunado a ello la certificación medica que concluye que la menor perjudicada presenta himen complaciente, lo cual no puede servir de fundamento para descartar la violación sexual y dejar en impunidad a los autores”(Reategui, 2016:276-277).

3.2. VIOLACION DE MENORES

3.2.1. DEFINICION:

El delito de violación de menores consiste en que una persona hombre o mujer mayor de edad, tenga acceso carnal con un menor de 14 años de edad

por vía vaginal, anal o bucal, o realice otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las vías vaginal o anal. Pudiendo ser la víctima hombre o mujer, y sin importarle a la ley si hubo o no consentimiento de dicho menor al acceso carnal.

Es por eso, que se presume la existencia de la violencia por la incapacidad de la víctima para el consentimiento válido; con la partida de nacimiento prueba la minoría de edad, también la partida de bautismo o la pericia médico legal (Manuel, 1983, págs. 83,84,91).

El estado considera que el menor de edad no está en condiciones ni capacidad de entender el acceso carnal y, por ello, no puede decidir su comportamiento erótico, porque lo que se protege es su sexualidad. Como medida de protección, sanciona a quienes tengan relaciones sexuales con los menores de edad, así estos consientan el acceso carnal y luego en su referencia declaren que estaban de acuerdo.

No solo se protege la sexualidad del menor, sino se protege a la sociedad de una serie de abusos y evita la proliferación de hijos sin padre.

Es aceptable el criterio de que a los 13 años y aun antes de esa edad, hay mujeres que saben perfectamente las consecuencias de un acceso carnal, pero también es una realidad que en la población donde no llega la televisión, radio, etc., es decir, en la población campesina, hay menos oportunidades de que sus padres les expliquen claramente estos fenómenos.

Los menores de edad son personas más fáciles de convencer y son los más indefensos, sobre todo en la edad de la niñez, presentan menor oposición frente a una agresión sexual, no tienen experiencia sexual, porque tienen inocencia, por ello, el sujeto activo denota una mayor peligrosidad (Noruega, 2015:164-168).

3.2.2. MODIFICACIONES:

- El código penal anterior utilizaba la frase “el que hubiere hecho sufrir un acto sexual o un acto análogo”.

Cuando recién entro en vigencia el código penal de 1991, utilizaba la frase “el que practica el acto sexual u otro análogo”. Posteriormente, el 5 de abril del 2006, se modificó la norma sustantiva y ahora se establece: “el que tiene acceso carnal”.

Terminología que la considero acertada y mejor que el termino antiguo de utilizar la palabra “sufrir” y más amplia que la palabra “practicar”.

Y es que, en la actualidad, se considera violación de menores, al comportamiento no solamente de tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, sino también el de realizar actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por las vías vaginal o anal.

- El código penal derogado de 1924 establecía entre las circunstancias agravantes, el hecho de que la víctima sea “pupilo” del infractor: recordemos que el pupilo es el huérfano o huérfana menor de edad respecto a su tutor. Y que se encuentra hospedado en una casa particular por un precio pactado.

El código penal derogado incluía como circunstancia agravante la violación al hermano menor de 14 años; en cambio, el código penal actual no ha incluido al hermano en forma específica, pero si de manera genérica y abarca un mayor ámbito de protección al señalar: “si el agente tuviera cualquier vínculo familiar”.

- En cuanto a las penas, el código penal anterior sancionaba con pena de internamiento más allá de un mínimo de 25 años a los agentes que cometían el delito de violación de menores de siete años.

Ahora el código penal vigente, establece con mayor severidad que en la legislación anterior de 1924, el siguiente criterio: “a menor edad de la víctima, mayor sanción”. Por estas razones, se han modificado todas las penas en el delito de violación de menores y las últimas modificaciones se encuentra establecida en el artículo 173° C.P.

- El código penal anterior de 1924 no consideraba como violación de menores, el acceso carnal entre un adulto con una persona mayor de 14 y menor de 18 años.

En cambio, el artículo 173 del C.P. de 1991, fue modificado el año 2006, incluyendo como conducta delictiva al adulto que tenga acceso carnal con personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, así haya existido consentimiento.

La ley N° 30076 del 19 de agosto del 2013 derogo el inciso 3 del artículo 173 del código penal que sancionaba los actos sexuales voluntarios y con consentimiento entre un adulto con una adolescente mayor de 14 y menor de 18 años de edad (Ivan, 2015, págs. 168,169,170).

3.2.3. VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD

El artículo 173° del código penal, luego de las modificatorias producidas por las leyes N° 28251 y 28704, ha quedado redactado de la siguiente manera:

Art. 173.- “el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad”:

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

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

(artículo modificado por el artículo 1 de la ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013(Noguera, 2015: 163).

3.2.4. ELEMENTO MATERIAL

El elemento material del delito de violación de menores consiste en tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por las vías vaginal o anal, con un menor de edad.

3.2.5. BIEN JURÍDICO

En esta figura delictiva tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad (SALINAS SICCHA R. , pág. 183), ahora la modalidad de los menores de dieciocho años hasta los catorce años de edad. En principio se trata del normal desarrollo de la sexualidad, en

cuenta esfera que se puede ver gravemente comprometida como consecuencia de relaciones sexuales prematuras; mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí que las penalidades también sean mayores.

En la siguiente ejecutoria recaída en el RN N° 63-04-la libertad, se precisa lo siguiente “el delito de violación sexual de menor de catorce años de edad se encuentra previsto y sancionado por el artículo ciento setenta y tres del código penal, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el “futuro”. De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues este carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente”(Avalos y Robles, 2005:243)..

En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

Se debe evitar que los menores tengan acceso carnal, porque esta práctica a una edad muy precoz, resulta ser perjudicial en el desarrollo psicológico y emocional del menor. El menor debe desarrollar su personalidad sin ningún tipo de traumas que generan la práctica de un acceso carnal, muchas veces cuando un menor de edad tiene acceso canal con un adulto queda una huella imborrable que difícilmente podrá olvidar; lo cual puede repercutir en su personalidad, cuando esta persona sea adulta y se tenga que relacionar con los demás en la sociedad. (Muñoz, pág.197).

3.2.6. TIPO OBJETIVO

A) Sujeto activo:

Comúnmente lo es un hombre, no obstante, la mujer también podrá serlo. Para Logoz, una mujer que dispensa sus favores a un muchacho menor de catorce años es punible con el mismo título que el hombre que abusa de una menor de la misma edad; pues como se ha ido sosteniendo a lo largo de esta monografía, la libertad sexual es privativa tanto del hombre como de la mujer, sin interesar su opción sexual (heterosexual u homosexual), basta que se dé la posibilidad de realización de la conducta descrita en el tipo base. Lo que se incrimina es el abuso sexual, el aprovechamiento de la minoridad del sujeto pasivo, para la configuración del acceso carnal sexual; este abuso puede provenir tanto de un hombre como de una mujer. Si el autor es menor de edad, resulta un infractor de la ley penal, por lo que su persecución será de competencia de la justicia de familia. (Peña, 2015: 357).

B) Sujeto pasivo:

Puede serlo tanto el hombre como la mujer, menores de catorce años de edad, ahora de menores de dieciocho años, luego de la sanción de la ley N° 28704. Puede ser también una persona sometida a la prostitución, siempre y cuando sea menor de catorce años, pues si es mayor de catorce y menos de dieciocho años, la conducta será reprimida según los alcances del artículo 179°-A; si el sujeto activo es el proxeneta, se produce un concurso real de delitos. Y si esta es casada con el agresor, también podría darse esta hipótesis delictiva, al margen de la flagrante antinomia que se produce entre las previsiones del derecho privado con las del derecho punitivo; pues mientras las primeras le confieren la posibilidad de contraer nupcias,

por lo tanto, de convivencia sexual, las segundas reprimen dicha convivencia con penas ya de por si draconianas.

c) Acción típica:

El artículo 173° exige el acto sexual o un acto análogo. Es decir, que para que se realice típicamente esta figura la ley prescribe la realización del yacimiento o de un acto parecido. La noción del acto sexual ha quedado claramente definida en el análisis del artículo 170°; sin embargo, subrayando lo antes dicho, ahora según la nueva descripción típica, normativamente se ha definido que el acceso carnal puede ser vía anal, vaginal y bucal tratándose del miembro viril, pudiéndose perfectamente producir una violación a la inversa.

En principio, la doctrina y nuestra jurisprudencia consideran como “acto análogo” los actos contra natura (coitus per anum) que se hacen sufrir a una niña o a un niño; ahora la amplitud que se desprende de la conducta típica, hace extensible la realización delictiva, al acceso carnal que puede producirse con el ingreso del miembro viril en las vías vaginal, anal y bucal, de otras partes del cuerpo en las dos primeras vías, así como otros objetos.

Como se dijo anteriormente, la modificación efectuada por la ley N° 28251, implica reconocer no solo los actos constitutivos de un acto sexual, sino también de agresiones sexuales, cuando se introducen objetos en las vías vaginal y anal; por lo que la desfloración del himen no solo puede ser producto de la penetración del miembro viril, sino también a consecuencia de dichos objetos. Sin duda, al tratarse de menores, la inexperiencia y el incompleto desarrollo orgánico, pueden provocar afectaciones en suma significativas del menor, tanto en el desgarramiento de ciertos órganos del cuerpo, como en el ámbito estricto de la emotividad. Si

se desencadenan afectaciones visibles en la integridad corporal o fisiológica, se daría un concurso ideal de delitos con lesiones, siempre y cuando sean causados al menos con dolo eventual, pues si fueron causadas de forma negligente, estaríamos ante la figura contemplada en el artículo 173°-A.

A lo antedicho podemos agregar un argumento médico legal: en muchos supuestos, la consecuencia deviene del forzamiento del agente para consumar la penetración, puede ser el desgarramiento perineal e inclusive, el rompimiento del tabique ano – vaginal, por lo que exigir penetración, sería pedir, presencia de lesiones graves o de homicidio, lo que sería a todas luces injusto.

Es indiferente los medios utilizados por el autor para la realización del delito: violencia física, amenaza, engaño, etc. La ley solo pone como exigencia típica, que el sujeto activo dirija su conducta hacia la perpetración del “acceso carnal sexual”, esto es, el acceso del miembro viril a las cavidades vaginal, anal y bucal, y/o introduciendo partes del cuerpo u objetos sustituidos del pene en las dos primeras vías, prescindiendo de todo elemento típico complementario. Tampoco interesa el hecho que el menor sea corrompido e, inclusive, ejerza la prostitución, o que sea virgen. Empero, si se produjo violencia y/o grave amenaza, el disvalor en la acción podrá significar una mayor dureza en la reacción punitiva, en cuanto un mayor grado de afectación también en la antijuridicidad material. (Villa, pág. 191).

3.2.7. TIPO SUBJETIVO

Es la conciencia y voluntad de realización típica, es decir, la esfera cognitiva del dolo, debe abarcar el acceso carnal sexual a un

menor de dieciocho años, claro está, el conocimiento está condicionada a la edad cronológica que se ha previsto en los tres supuestos típicos. Esto implica el conocimiento de la edad de la víctima y la información del carácter delictivo, del hecho, este último refiere en realidad al error de prohibición.

El error de tipo puede ser vencible o invencible. El error invencible incide sobre un elemento esencial del tipo, su presencia en el conocimiento del autor es imprescindible para que pueda configurarse la realización típica de un delito, en cuanto a la incidencia misma del tipo objetivo, no puede haber dolo si el autor yerre sobre un elemento condicionante de la tipicidad. La invencibilidad del error, excluye el dolo y la culpa, por cuanto el autor, a pesar de haber realizado los esfuerzos necesarios le era imposible salir del error en que se encontraba. En tanto, el vencible se presenta cuando el autor no ha tomado la diligencia debida para poder evitar el error, pudiéndolo haber hecho; en consecuencia, el delito será sancionado como culposo, siempre y cuando este se encuentre previsto en la norma penal, de no ser así quedaría impune, toda vez que según los artículos 11 y 12 del C.P, su punibilidad está condicionada a su expresa tipificación por parte del legislador.

3.2.8. CONSUMACIÓN

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

generadora del riesgo y la acusación del resultado lesivo. Hay consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual del ofendido. La siguiente ejecutoria recaída en el RN N°. 1218-2001, al respecto señala lo siguiente:

“(...) se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado, por el delito de violación sexual, aunque por la comisión del delito consumado y no en el grado de tentativa (...) la menor agraviada presenta desforación himenal con lesiones parciales antiguas, esto es que hubo penetración parcial del pene del agresor en la vagina de la víctima y no penetración completa que evidenciaría un desgarramiento total del himen y lesiones tipo desgarramiento en la pared vaginal, pero igual existió penetración y en consecuencia la consumación del delito de violación sexual de menor de edad (...)”.

3.2.9. CONCURSO DE DELITOS

Este delito concurre, generalmente, con los delitos de homicidio, secuestro, robo y lesiones, cuando se afecta en simultáneo la intangibilidad sexual y la esfera corporal, será constitutivo de un delito de lesiones en concurso ideal, así también si se produce la muerte de la víctima. La solución anotada dependerá de si dichos resultados fueron buscados por el autor o, al menos abarcados por su esfera cognitiva, con dolo eventual; pues si se produjeron de forma imprudente, esto es, con culpa, la conducta deberá ser reconducida al tipo del artículo 173°-A. los actos mismos de coerción son constitutivos solo de violación de menor, no entran en concurso con el delito de coacciones; sin embargo, si el autor ha privado de su libertad al menor, a fin de hacerse de un patrimonio, y en el ínterin abusa sexualmente de él, si se producirá un concurso ideal de delitos con el tipo previsto en el artículo 151°, mas no real, en la medida que el secuestro es un delito de naturaleza permanente.

3.2.10. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

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

IV. LEGISLACIÓN NACIONAL

4. LEY N° 28704:

“Ley que modifica artículos del código penal relativo a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena”.

Artículo 1°.- modificación de los artículos 170°, 171°,172°,173°, 173°-A, 174°, 176°, 176°-A, y 177° del código penal.

Modifícanse los artículos 170°, 171°, 172°, 173°, 173°-A, 174°, 176°, 176°-A, y 177° del código penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

Artículo 170°.- violación sexual

El que 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponde:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, conyuge a este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción afines de la víctima.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas armadas, policía nacional del Perú, serenazgo, policía municipal o vigilancia privada.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

Artículo 173°.- violación sexual de menor de edad

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

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce 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 de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

5. LEY N° 28704:

“Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana”.

Artículo 1°.- modificación de diversos artículos del código penal

Modifícanse los artículos 22°, 36°, 38°, 45°, 46°, 46°-B, 46°-C, 57°, 58°, 62°, 64°, 69°, 10°, 102°, 170°, 173°, 186°, 189°, 194°, 195°, 200°, 202°, 205°, 279°, 279°-C- 317°-A- y 440° del código penal, en los siguientes términos:

Artículo 170°.- violación sexual

El que 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violencia se realiza a mano armada.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, conyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicio como trabajador del hogar.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas armadas, policía nacional del Perú, serenazgo, policía municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.

Artículo 173°.- violación sexual de menor de edad

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

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre 10 y 14 años de edad la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza (Codigo Penal, 2017, págs. 179, 186).

V. JURISPRUDENCIAS O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la Libertad Sexual.

Lima, seis de diciembre de dos mil once.

Los jueces supremos en lo penal, integrantes de las salas penales permanentes y transitoria de la corte suprema de justicia de la republica, reunidas en pleno jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el articulo 116° del texto único ordenado de la ley organica del poder judicial, han pronunciado lo siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. las salas penales permanentes y transitoria de la corte suprema de justicia de la republica, con la autorización del presidente del poder judicial mediante resolución administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del centro de investigaciones judiciales, bajo la coordinacion del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII pleno jurisdiccional que incluyo el foro de “participación ciudadana” de los jueces supremos de lo penal, al amparo de lo dispuesto en el articulo 116° del texto único ordenado de la ley organica del poder judicial en adelante, LOPJ, y dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII pleno jurisdiccional se realizo en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a

participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el foro de “participación ciudadana” a través del portal de internet del poder judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda en atención a los aportes realizados para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el pleno de los jueces supremos de ambas salas penales, interviniendo en el análisis del tema del presente acuerdo plenario, la señora Rocio Villanueva Flores (viceministra del ministerio de la mujer y desarrollo social); la señorita Cynthia Silva Tiellacuri del estudio para la defensa de los derechos en la mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.

4. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo

todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes las señoras Barrios Alvarado y Villa Bonilla, con la intervención del señor San Martín Castro, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Planteamiento de la problemática propuesta

6. La propuesta del Foro de “Participación Ciudadana” parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929- 2001/Lima, N° 4063-2008/Apurimac, y N° 3085-2004/Cañete.
7. A modo de propuesta los juristas participantes en el “Foro de Participación Ciudadana” plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de delitos sexuales, los siguientes que tienen su

fuente principal, entre otros, en las Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

- A. Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar: **1.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; **2.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; **3.** Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; **4.** Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

- B. Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

- C. Que no es causal de absolución la denominada “declaración única” y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.

- D. Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

2. Precisiones entorno al enfoque sugerido

- 8.** En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un

atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad.

- 9.** Las “perspectivas de género” -per se- si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).

- 10.** Ahora bien, como apunta Susana Gamba, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

 - A.** Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

 - B.** Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

- C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera [Gamba/¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? Artículo publicado en el “Diccionario de estudios de Género y Feminismo”. Editorial Biblos 2008.<http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: a) la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; b) la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada; y, c) la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado la más grave y la más difícil de solucionar [Olga Fuentes Soriano: El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

3. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual

11. En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

12. La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función si se protege la libertad sexual reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual o la indemnidad sexual contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad.

13. La conducta básica sanciona a aquél que “con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”. Para Donna “... para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente” [Edgardo Alberto Donna: Derecho Penal - Parte Especial I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386]. La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

14. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171° CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172° del CP), o sea menor de edad (artículo 173° CP). Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento

jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.

- 15.** El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, “...entendida en sentido positivo dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir” (Caro, 2000:68.70)

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

- 16.** En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

4. Identificación de los problemas objetos de análisis jurisprudencial

- 17.** Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:
- A.** Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente.
 - B.** Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia.
 - C.** Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.
 - D.** Evitación de una victimización secundaria.

5. Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual

- 18.** Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De ahí que según lo puntualizan autores como Salinas Siccha "...para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se

configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente”(Salinas, 2008: 41) como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

19. Respecto a la primera -la amenaza- “...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido...”. Esto es, “...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá” (Salinas, *ibidem*]. Así también, Caro Coria ha significado que “...para la tipicidad del art. 170° del Código Penal es suficiente una amenaza o compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia”(Caro, *Ibidem*101).

En cuanto a la segunda -circunstancia contextual-, “...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia”.

20. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215° del Código Civil precisa que “hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros”. El artículo 216° del citado Código agrega que “para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”.

21. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material sine qua non para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

6. Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima

22. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): i) Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa

policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y ii) Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116.

23. Se ha establecido anteriormente -con carácter de precedente vinculante que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

24. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente- [Mercedes Fernández López: La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. En: <http://>

www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf. Consultado el 6 de noviembre de 2011]. A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatario, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada.

La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

- 25.** Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad -padrastra, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.
- 26.** La validez de la retractación de la víctima está en función de los resultados tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración inculpataria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su

capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

- 27.** Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: “...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado”.

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

- A) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.
- B) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.
- C) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

7. La prueba en el Derecho Penal Sexual

- 28. El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).
- 29. La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos

medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

- 30.** La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: a) por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; b) por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; c) la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; d) por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; e) por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; f) por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.
- 31.** El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

- 32.** Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la praxis a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.
- 33.** Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya - usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.
- 34.** El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior

al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

35. La regla expuesta, es clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el test de proporcionalidad que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es

desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

36. Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

8. Evitación de la Estigmatización secundaria

37. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

38. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y

fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1. a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3. a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima:

- a) no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa.
- b) resulte incompleta o deficiente.
- c) lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito.
- d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión.
- e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

III. DECISIÓN

- 39.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

- 40.** Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 21° al 38°.
- 41.** Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.
- 42.** Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

**Ss. SAN MARTÍN CASTRO VILLA STEIN LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA RODRÍGUEZ TINEO PARIONA
PASTRANA BARRIOS ALVARADO NEYRA FLORES VILLA
BONILLA CALDERÓN CASTILLO SANTA MARÍA MORILLO**

VI. DERECHO COMPARADO

- a. En Corea del Norte, la violación a menores y mayores de edad se castiga con la máxima pena. Lo sorprendente es que en el país Asiático la pena de muerte aplica también para culpables de robo, actividad religiosa no autorizada, contrabando de drogas, insubordinación y muchos otros delitos que en occidente clasificarían como menores.
- b. Pasa lo mismo con China, donde el abuso sexual a menores de paga con la vida.
- c. En Estados Unidos, la pena de muerte esta vigente en 31 estados para castigar homicidios graves y asesinatos en serie, pero solo en cinco esta permitido para ciertos delitos sexuales, como el abuso contra menores de edad.
- d. En Iran, por ejemplo, el código penal establece condena máxima para los violadores, pero la mujer debe demostrar la agresión con un examen medico y además presentar un testigo del hecho. Si no lleva un testigo, el violador queda libre y la mujer puede terminar incriminada por falso testimonio.
- e. El tribunal supremo de España reviso la doctrina para aplicar castigos mas duros a los pedófilos. Los Españoles aprobaron cadena perpetua revisable para el caso de los violadores que asesinen a sus victimas, y vigilancia policial de 10 años después de que el abusador salga de la cárcel.
- f. En Francia, los condenados a mas de 10 años de cárcel por delitos sexuales son vigilados por la policía tras salir de prisión, siempre y cuando un informe psiquiátrico advierte la posibilidad de reincidencia, y los violadores pueden decidir sin quieren o no la castración química.
- g. En Argentina, donde existe un registro nacional de violadores, sucede algo similar la provincia de Mendoza puso en marcha un plan piloto para inyectar

fármacos a los violadores y, si el caso es muy grave, pueden recurrir a la castración química. Y en cuanto a la prisión, un agresor sexual de menores pueden pagar hasta 20 años de cárcel, aunque también se contempla la cadena perpetua para los violadores en serie.

- h.** En Perú y Chile la prisión vitalicia puede aplicar a los casos mas graves de violación como cuando la victima muere o es un niño.
- i.** Todos estos países tienen en común que han endurecido sus penas a violadores en los últimos años, pero en otros estados, como en Mexico, el abuso sexual a menores no parece ser la preocupación mas urgente.
- j.** Según la senadora mexicana Angelica de la pena, en 25 de los 32 estados de su país no se considera delito grave el abuso sexual de menores, y los violadores pueden salir de la cárcel bajo fianza pagando multas. De hecho, en códigos penales como los de Baja California, Campeche, Durango y Sonora (todos estados de Mexico), la acción penal contra los violadores se extingue si el agresor contrae matrimonio con la victima.
- k.** Colombia, por su parte, tiene uno de los códigos penales mas severos del continente para castigar la violación contra menores y mayores de edad. Esto, sin embargo, no evita que el 12% de los niños colombianos hayan sido victimas de abuso sexual.

VII. CONCLUSIONES

- El delito de violación sexual es un tema que ya se conoce desde la antigüedad como es el caso de los incas y se castigaba según su criterio aplicando ya sea la expulsión del pueblo, el linchamineto etc, la pena de muerte era aplicado para los reincidentes.
- El delito de violación sexual en menores de edad es cuando se tiene acceso carnal por via vaginal, anal o bucal introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. El bien jurídico protegido es la libertad sexual cuando son mayores de 14 años de edad y la indemnidad sexual cuando son menores de 14 años en ambos casos consiste que el individuo obligue al sujeto pasivo a tener acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal. Pero hay que tener en cuenta que es muy importante saber que el sujeto puede ser de ambos generos como vemos en la actualidad este tipo de delitos es cometido por el hombre y mujer.
- El delito de violación sexual en la mayoría de los países son mas drásticas y se aplica la pena de muerte a diferencia de nuestro país que solo se aplica la pena de muerte en casos de traición a la patria y terrorismo la cual se encuentra establecida en nuestra constitución política del peru en su articulo 140.
- En Francia a los violadores que fueron condenados a mas de 10 años y salen en libertad se le tiene vigilados por la policía mediante un informe psiquiátrico donde se advierte la posibilidad de reincidencia y se puede aplicar la castración química por decisión propia del violador.

VIII. RECOMENDACIONES

- En el Perú las sanciones para los violadores son muy leves por lo tanto debería de ser más drásticas como aplicar la castración química, trabajos forzosos y no aplicar la pena de muerte porque sería una condena para erradicar de raíz el problema, pero hay que pensar en la menor agraviada que tendrá traumas por el daño causado quedará marcada de por vida, y por otro lado viendo la realidad hay casos en los cuales se archivan los procesos y no se llegan a concluir con una sentencia condenatoria contra el violador.
- También se debe de capacitar a las personas mediante charlas sobre el delito de violación sexual contra menores de edad para que así tengan conocimiento sobre que deberían de hacer si son víctimas de este delito, porque hay personas que no hacen la denuncia correspondiente ya sea por temor del que dirán o por estar bajo las amenazas del propio violador y, y esto se da por desconocimiento de las personas mayormente esta incidencia lo encontramos en las zonas rurales pero eso no implica que nos olvidemos de las ciudades.
- En un futuro el título del capítulo IX del código penal se debería de modificar y retirar la palabra “violación” porque no es la violación la única forma de cometer un delito sexual ya que dentro del capítulo se abarca los temas de actos contra el pudor de menores o los actos contra el pudor de personas, la seducción etc. Porque se vulnera la indemnidad sexual por lo tanto el capítulo IX debería de ser denominado de la siguiente manera “delitos contra la libertad sexual y la indemnidad sexual”.

IX. RESUMEN

Como antecedente del delito de violación sexual tenemos que las penas eran mas drásticas que consistía en la pena de muerte pero en el perù antiguamente el inca sancionaba al sujeto activo de acuerdo a su criterio aplicando la expulsión del pueblo, el linchamiento no se aplicaba la pena de muerte solo con los reincidentes.

La pena de muerte solo se aplicaba en casos de traición a la patria en caso de guerra y el terrorismo como se encuentra establecido en el artículo 140 de la constitución política del perù de 1993; recién cuando entro en vigencia el código penal de 1991 el bien jurídico protegido de los artículos 170-178-A es la libertad sexual por cual se vio un avance porque con el código de 1924 los delitos sexuales cometidos por uno de los conyugues quedaba impune por ser consortes por lo cual no era considerado un delito.

En el delito de violación de menores consiste en que una persona hombre o mujer mayor de edad, tenga acceso carnal con un menor de 14 años de edad por vía vaginal, anal o bucal, o realice otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las vías vaginal o anal: pudiendo ser la victima hombre o mujer, y sin importarle a la ley si hubo o no consentimiento de dicho menor al acceso carnal. Y la indemnidad sexual se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo carnal en el ámbito sexual de quien aun no ha alcanzado el grado de madurez suficiente en caso de los menores.

En nuestra legislación nacional el delito de violación sexual en menores de edad se encuentra establecida en el articulo 173 del código penal. Y en el derecho comparado como ya analizamos en muchos países las sanciones son

mas duras que es la pena de muerte excepto en el peru que no se da la pena de muerte solo se les condena por un tiempo determinado ya que la pena de muerte solo se aplica a los que cometen el delito de traición a la patria en casos de guerra y al terrorismo.

Tenemos el tipo base del delito de violación sexual donde el elemento material consiste en tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por las vías vaginal o anal, con un menor de edad. el bien jurídico en esta figura es la delictiva tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad, el sujeto activo puede ser cualquier persona al igual que el sujeto pasivo que puede ser cualquier persona menores de catorce años de edad. La acción típica se encuentra establecida en el artículo 173 del código penal dentro del tipo subjetivo es la conciencia y voluntad de realización típica es decir que va a actuar con dolo. El delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal, en cualquiera de las vías descritas en el tipo base, basta para la perfección delictiva que el miembro viril ingrese de forma parcial, así como otra parte del cuerpo y/o objetos sustitutos del pene. No se requiere el yacimiento completo, ni siquiera un comienzo de aquel; así como tampoco la fecundación; menos la desfloración, este será a lo más un dato objetivo para acreditar la relación delictiva, entre la conducta generadora del riesgo y la acusación del resultado lesivo. Hay consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual del ofendido.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alva, C. (2002). *tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad* . Lima : Gaceta Juridico .
- Avalos, C., & Robles, M. (2005). *Modernas tendencias de la dogmatica en la jurisprudencia penal de la corte suprema*.Lima: Gaceta juridica.
- Codigo Penal*. (2017) *Libertad Sexual*. Lima : Juristas.
- Diez, J. (s.f.). *El objeto de proteccion del nuevo derecho penal sexual* . Lima:revista de derecho penal y criminologia.
- Garcia, M. (1999). *los delitos contra la libertad sexual como delitos de accion publica* . Lima : Gaceta Juridica .
- Espinoza, M. (1983). *Delitos Sexuales*. Peru: Marsol.
- Muñoz, , F. (s.f.). *Derecho Penal*.Lima: Gaceta Juridica
- Noguera, I. (2015). *Violacion de la Libertad e Indemnidad Sexual*. lima : Grijley.
- Noguera, I. (2015). *Violacion de la libertad e indemnidad sexual*. Lima : Grijley.
- Peña, A. (2015). *los delitos sexuales*. lima: ideas.
- Reategui, J. (2016). *tratado de derecho penal parte especial*. Lima : Legales .
- Salinas, R. (s/f.). *curso de derecho penal peruano* .Perù.
- Salinas, R. (s.f.). *delitos de aceso carnal sexual*.Perú
- San Martin, C., & CARO, D. (s.f.). *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, aspectos penales y procesales*. Lima : Grijley .
- VILLA, J. (s.f.). *Derecho Penal "Parte Especial"*.Lima

XI. ANEXO

SALA PENAL APELACIONES

EXPEDIENTE: 00407-2015-75-0201-JR-PE-02

ESPECIALISTA: MUÑOZ PRINCIPE YOEL

MINISTERIO PUBLICO: TECERA FISCALIA PROVINCIAL PENAL
CORPORATIVA DE HUARAZ

REPRESENTANTE: BAZAN VALDIVIA, FELIPE MARIANO

TERCERO: TELLO VERA, JAVIER REMIGIO

AZAÑA SAL Y ROSAS, GIOVANI RICHARD

ORDAYA MONTOYA, VDADIMIR FERNANDO

IMPUTADO: AVILEZ ESPINOZA, CARLOS

DELITO: VIOLACION SEXUAL DE MENOR (ENTRE 14 AÑOS Y MENOR DE
18)

AGRAVIADO: J.R.B.F.

RESOLUCION NUMERO: 46

Huaraz, Siete De Junio

Del Año Dos Mil Dieciseis.

ASUNTO:

vistos y oídos, el recurso de apelaciones interpuesto por Carlos Aviles Espinoza, a través de su abogado defensor, contra la sentencia, contenida en la resolución numero siete, de fecha doce de febrero de dos mil dieciséis; que CONDENA a CARLOS AVILEZ ESPINOZA, como autor del delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales JRBF; y le IMPONE la pena privativa de libertad de treinta y cinco años, con el carácter efectivo, contabilizando la fecha de ingreso esto es 17 de julio del 2015, cumplirá el 17 de julio del 2050, fecha

que será excarcelado; y FIJARON: el pago por concepto de reparación civil, en la suma de s/. 5,000.00 (CINCO MIL NUEVOS SOLES) que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; con lo demás que contiene.

ANTECEDENTES:

RESOLUCION APELADA

Que el juzgado colegiado, decidió condenar a Carlos Avilez Espinoza, por la comisión del delito de violación sexual de menor edad, con pena privativa de la libertad de treinta y cinco años, por los siguientes fundamentos:

- a) Que, en el juicio oral, se determinó; a) con las declaraciones testimoniales de Elsa Alejandrina Fonseca Huerta de Bazan, b) la declaración del padre de la menor Felipe Mariano Bazan Valdivia, c) de la hermana Eva Karina Jaimes Fonseca, d) de Deker Diego Bazan Fonseca, de Aquiles Jaime Fonseca quienes en forma coincidente indican que anteriormente nunca tuvieron ningún problema, resentimiento o enemistad con la persona del acusado; por lo contrario de sus declaraciones se puede verificar que también resultan ser coincidentes en cuanto a que el imputado Carlos Avilez Espinoza ingresaba a la casa de los padres de la menor agraviada con toda la confianza debido a que tenían un vínculo de parentesco, lo que en el juicio oral no ha sido enervado de ningún modo por los argumentos sostenidos por la defensa técnica del imputado, se puede verificar y corroborar que no existe ausencia de incredulidad subjetiva que de algún modo invalide las afirmaciones de la menor agraviada, hay permanencia en la sindicación, cuando la menor agraviada narra la forma y circunstancias de como es que en el año 2009 antes de que cumpla los nueve años de edad fue ultrajada sexualmente, imputando estos hechos como autor al investigado Carlos Avilez Espinoza; narra no solo el lugar, día, hora, sino además la forma como le había hecho padecer el acto sexual con violencia y amenaza en reiteradas oportunidades en un aproximado de 15 veces en su casa cuando se quedaba sola, como en el restaurante que el imputado tiene llamado (tip top) cuando esta concurría a ayudar y la esposa de este se ausentaba, detalles y otros que versan en el contenido

de toda esta entrevista de la cámara Gesell que ha tenido una duración de mas de dos horas, cabe agregar que la permanencia de la sindicación se ha producido de manera coherente respecto al hecho, y al autor; circunstancias que no se ven desacreditadas por el tiempo transcurrido, desde que sucedieron los hechos hasta la denuncia, pues como podemos apreciar desde dicho lapso han sido notorios las repercusiones del ultraje sexual, tal es el daño físico que se producía la propia agraviada, el bajo rendimiento académico. Por los demás, no existe evidencia de que la menor haya sido inducida para efectuar una sindicación tan grave; y existe verosimilitud, pues la misma ha sido corroborada con el certificado medico legal N° 008168-EIS de fecha 12 de noviembre del 2014, debidamente ratificado por su emitente en audiencia, en el que concluye que la menor evidencia signos de desfloración himeneal antigua, al haber sido cuestionada por la defensa del acusado y desvanecido por su emitente, donde le indico que el resultado obedece a que el ultraje sexual se produjo desde el año 2009, lo que esta corroborado con la declaración de la menor agraviada; con protocolo de pericia psicológica N° 008192-2014-PSC del 12 de noviembre del 2014, debidamente ratificado en juicio oral que concluye que la menor “ha sido vulnerada en su intangibilidad sexual y que incluso requiere apoyo psicoterapéutico; grado de afectación emocional, que ha sufrido la menor como resultado del ultraje sexual al que fue objeto; el certificado medico legal N° 00125-L del 08 de enero del 2015 conclusiones: la menor presenta cicatrices hipocromicas en numero de tres de 1cm, 1 cm. Y de 2 cm en la cara anterior tercio distal del antebrazo derecho, presencia de cicatricez atrófica hipocromica en numero de cuatro de 0.5cm, 1cm, 2cm y 5cm en la cara anterior del tercio proximal del antebrazo izquierdo; lesiones ocasionadas por agente cortante y no son recientes”. Que de acuerdo a la psicologa al estar conmocionada la menor agraviada por los hechos en contra de su indemnidad sexual se habría realizado cortes en los brazos; grado de afectación emocional de la menor y que de alguna manera ha buscado un desfogue ocasionándose cortes en los antebrazos con un objeto cortante (vidrio) que de acuerdo a lo narrado en la entrevista de la cámara Gesell llevaba en su mochila, afectacion emocional que no solo incidio en el aspecto físico, sino también al

aspecto académico; pues como se tiene en documentos introducido a juicio, situación académica de la menor de iniciales J.R.B.F. emitido por la dirección del centro educativo Mariscal Toribio de Luzuriaga, donde al haberse oralizado se tiene que la menor repitió el cuarto grado de primaria durante los años 2009, el cuarto grado de primaria y en el año 2010 nuevamente repitió el cuarto grado de primaria en forma consecutiva, fechas estas, cuando la menor agraviada estaba siendo víctima de ultraje sexual y también guarda relación con el relato histórico y la sindicación de la menor agraviada por cuanto indica que la primera vez que fue vulnerada sexualmente fue en el año 2009; resultando por ende corroborante con la sindicación. Todo ello permiten corroborar la verosimilitud de la versión de la víctima, la persistencia en la incriminación y la ausencia de incredibilidad subjetiva en la medida que el supuesto móvil de la denuncia que alego el procesado no fue acreditado con medio de prueba idóneo, consideraciones por las que objeciones de la defensa deben ser desestimadas la declaración o sindicación directa de la agraviada a las garantías de certeza, tanto de ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del relato incriminador que resulta ser sólido y existen corroboraciones periféricas y finalmente en cuanto a la persistencia de la incriminación, que se denota no solo de la declaración en la entrevista única de la menor, sino además de la declaración de Maximiliano Rolin Bazan Valdivia (tío de la menor agraviada) cuando narra la forma y circunstancia de como es que tuvo conocimiento de los hechos que son materia de investigación y que viene a ser el mismo relato histórico y acontecimiento narrado por la menor al momento de su entrevista única; la versión sindicatoria tiene virtualidad jurídica al punto de poder concluir que las corroboraciones jurídicas constituyen elementos graves y fundados, pues no solo sustentan la presunta comisión del delito de violación sexual, sino además la vinculación del imputado en los hechos, con excepción de los que el órgano jurisdiccional ha indicado como referenciales; concurriendo por ende el primer presupuesto procesal.

- b) Que, el protocolo de la pericia psicológica practicado al acusado, debidamente ratificado por su emitente en juicio oral, que respecto al perfil psicológico del acusado, ha concluido que en el área afectivo psicológico presenta indicadores

psicológicos de inmadurez emocional asociado a escaso control de sus impulsos, presentando rasgos de inmadurez en su área psicosexual; aspectos que definitivamente inciden en su probable comportamiento en los aspectos evaluados como el sexual y que serían compatibles con los hechos, al tratar de saciar sus impulsos sexuales con menores como la agraviada.

- c) Asimismo desde la perspectiva objetiva, el colegiado conforme a lo anotado encuentra no solamente creíble la imputación de la agraviada por su coherencia y solidez en el relato inculpativo, si no que a través de la inmediación ha formado convicción que la sindicación de la agraviada cumple las exigencias que exige el acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116.

PRETENSIONES IMPUGNATORIAS:

Que, el sentenciado, a través de su abogado defensor objeta la sentencia, señalando que la menor agraviada ha tenido enamorado, y debe ser este, quien ha mantenido relaciones sexuales con la agraviada; que no hay instrumento que pueda determinar con exactitud la desfloración que presenta la agraviada; que solo existe la declaración de la agraviada y las demás diligencias no se han realizado durante el desarrollo del presente proceso, como la declaración del testigo Juan Mendoza Ramirez, que no ha sido valorado el certificado suscrito por las autoridades y ciudadanos de San Juan de Viscas – distrito de Singa – provincia de Huamalies; que la denuncia efectuada por la menor tardía, que se debe tener en cuenta al resolver el acuerdo plenario N° 02-2005-CJ/116, sobre la declaración de la víctima como prueba idónea, si cumple los presupuestos; que se ha vulnerado los artículos 178 y 158 del código procesal penal ya que el certificado médico legal N° 8168 – EIS no contiene los requisitos establecidos por la norma; y se ha omitido observar las reglas de la lógica la ciencia y las máximas de la experiencia al momento de valorar tal certificado médico legal, el acta de entrevista que se realizó a la menor en cámara Gesell, como las conclusiones de la pericia psicológica N° 008112-2014-PS, por lo que debería declararse nula la sentencia. Alegaciones que serán materia de pronunciamiento en el acápite correspondiente.

FUNDAMENTOS:

Tipología De Violación Sexual De Menor De Edad

Primero: Que por temporalidad el artículo 173¹ del código penal, vigente para la fecha de los hechos (acontecidos el 1 de setiembre de 2012), tipificaba el delito de violación de menor de edad, señalando: “*el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:*

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

Consideraciones Previas:

Segundo: Que, el principio de RESPONSABILIDAD, previsto por el art. VII del título preliminar del código penal, establece “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva”, prescripción de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, que dispone que para la determinación de una sanción penal se hace imprescindible, que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el actor haya querido causar la lesión que se le imputa, en el caso del dolo; y en el caso de la culpa, de haber tenido la posibilidad de prever el resultado; en este sentido, la **responsabilidad penal** es la consecuencia jurídica cuando existe una violación de la ley, realizada por un sujeto imputable que lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas. En derecho significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito como autor del mismo, o de haber participado en este. La responsabilidad penal la impone el estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir; en este orden de ideas, resulta necesario que se acredite

en forma indubitable, que el imputado haya intervenido en la comisión de un delito ya sea como autor o participe del mismo, para merecer condena.

Tercero: Que, en el delito de violación sexual, la conducta básica sanciona aquel que “con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”. Para Donna “...para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o solo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente”, (EDGARDO ALBERTO DONNA: derecho penal – parte especial I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386). La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo;... y también se tipifican como **violación sexual sea menor de edad** (artículo 173 del código penal), tornándose en irrelevante los medios típicos antes descritos, esto es la violencia o amenaza.

Cuarto: Que, en esta clase de delito el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual. Al respecto Raul Peña Cabrera Freire, sobre la acción típica, manifiesta que “esta determinada por la **realización del acto sexual por parte del agente y contra la víctima...** El acto sexual debe ser entendido en su aceptación normal, vale decir como la penetración total o parcial del miembro viril: pene en la vagina u otro análogo”, pero que además desde la nueva perspectiva normativa, ya no solo la conjunción del miembro viril en las cavidades vaginal y anal resulta ser un acto sexual, sino que también dará lugar con el 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, hecho que requiere la conciencia y voluntad de realizar los elementos que dan realización a la acción típica. Dolo, que en su dimensión cognitiva debe recorrer todos los factores y circunstancias que se encuentra abarcados en la tipicidad objetiva, en tal sentido el agente debe saber que esta **quebrantando la esfera sexual de una persona**, dolo que consiste en el genérico **propósito y conocimiento de**

realizar un acto de significado sexual. En la concurrencia del tipo subjetivo, entonces se exige que el agente dirija su conducta con **conciencia y voluntad de hacer sufrir el acto sexual al sujeto pasivo;** y su consumación se da en el momento y lugar en que se cumple el acceso carnal; basta que se produzca la introducción por lo menos parcial del miembro viril o de otro objeto en el conducto vaginal, anal o bucal, sin que se exijan ulteriores resultados como eyaculación, rotura de himen, lesiones o embarazo (bajo Fernandez). Siendo que la **tentativa,** es admisible como forma imperfecta de realización del tipo, como por ejemplo cuando los órganos del agente y la víctima se tocan, pero sin producirse introducción, o cuando el sujeto activo inicia el contacto con el cuerpo de la víctima, pero no consigue realizar los contactos que pretendía por impedírsele el sujeto pasivo, por lo que no son suficientes los actos de acercamiento o tocamientos superficiales con los genitales que no importe una **verdadera penetración en el orificio del otros sujetos.** Por tanto, habrá tentativa de violación cuando la acción del autor tenga, desde un punto de vista objetivo, un déficit, que en el caso consiste en la falta de penetración por razones ajenas al autor, **acción que debe encuadrar en el comienzo de ejecución del acto** (Dona E.A. Derecho Penal, Parte Especial. T.I, cit, p.552).

Quinto: Por otra parte, en el acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116, del treinta de setiembre del dos mil seis, se acordó como requisito de la **sindicación,** que “tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba valida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serian las siguientes: **a) ausencia de incredibilidad subjetiva.** Es decir, que **no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el oído, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b)** verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que **debe estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas, de caracter objetivo que le doten de aptitud probatoria.** c) persistencia

en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

Sexta: Así también, el acuerdo plenario N° 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre del dos mil once, sobre la prueba en el derecho penal sexual, en su numeral 29, se señaló que “ *la selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba de expresa relevancia convencional, así como los principios de necesidad que rechaza la prueba sobreabundante o redundante, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógica jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpativa objeto de prueba*”.

ANÁLISIS DE LA IMPUGNACION:

Séptimo: Que, viene en apelación, por parte de Carlos Avilez Espinoza por intermedio de su defensa, la sentencia, que lo condeno por el delito de violación sexual de menor de edad, imponiéndole pena privativa de libertad de treinta y cinco años, solicitando que se declare nula la sentencia; y deliberada la causa en sesión secreta, produciéndose la votación, correspondiente expedirse la presente resolución, que se lea en acto público, conforme al artículo cuatrocientos veinticinco numeral cuatro del código acotado.

Octavo: Que, asimismo debe recordarse, que el principio de **limitación o taxatividad** previsto en el artículo 409 del código procesal penal determina la competencia de la sala penal superior solamente para resolver la materia impugnada, en atención a los agravios que se esbocen; lo que ha sido afianzada en la **casación N° 300-2014-** lima (del trece de noviembre del dos mil catorce), señalando que el citado artículo “delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del tribunal revisor. La regla general ha sido establecido en el numeral 1, según ella el **tribunal revisor solo podrá resolver la materia impugnada. Dicha regla se basa en el principio de congruencia. Este**

principio determina que exista una correlacion directa entre el ámbito de la resolución y segunda instancia y el objeto de la apelación planteado por las partes”.

Noveno: de esta forma, el objeto de la apelación determina el ámbito de actuación del tribunal revisor, el cual en principio debe limitarse solo a los extremos que han sido materia de impugnación.; ello quiere decir que, el examen del **ad quem** solo debe referirse a las únicas peticiones promovidas o invocadas, por el impugnante en su recurso de apelación salvo que le beneficie al imputado; por tanto, tampoco merece pronunciamiento, las pretensiones que las partes **no** han formulado en su escrito de apelación, ni el fundamento oral impugnatorio que se hace en la correspondiente audiencia; teniéndose también en consideración, que la sala superior, **no puede otorgarle diferente valor probatorio a la prueba personal** que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia lo que no ha ocurrido en el caso de autos, conforme lo estipula el artículo 425, numeral 2 del código procesal penal.

Decimo: Que, el ministerio publico sustentó su requerimiento acusatorio señalando, que el acusado CARLOS AVILEZ ESPINOZA aprovechando la familiaridad que existe entre el padre de la agraviada primo hermano, además de tener su domicilio contiguo a la casa de la agraviada, abusaba de la menor desde los nueve años de edad hasta los catorce años de edad que el acusado le empieza a violar desde que esta tenía solo nueve años hasta que alcanzó los catorce años de edad en el 2014, en más de quince oportunidades. La primera vez que abuso sexualmente de la menor agraviada, el día 29 de enero del 2009, un día antes de su cumpleaños número nueve, en el interior de su domicilio, ubicado en el asentamiento humano estrella del nuevo amanecer mz. C lte.24-Chalhua, cuando se quedó sola fue aprovechado por el imputado para ingresar a su vivienda y bajo amenaza de muerte, le amarró las manos con una correa y la sujetó a un estante, le metió dentro de la boca una ropa para evitar que grite; luego se bajó el pantalón y dio rienda suelta a sus impulsos violentándola sexualmente mientras ella solo lloraba, luego se bajó, se vistió y se fue, no sin antes amenazarla que no sería la última vez y si hablaba o decía algo la mataría. Así, se

repitieron estos actos hasta quince veces tanto en la vivienda de la agraviada como en el restaurante de propiedad del investigado de nombre tip top a donde la agraviada iba los días sabados por cuanto trabajaba como ayudante en dicho lugar, aprovechando que la esposa del investigado salía al mercado y abusaba sexualmente de ella. Los hechos materia de denuncia han ocurrido en mas de quince oportunidades, siendo la ultima vez en el mes de junio del 2014, cuando la agraviada se quedo sola en su casa, en donde se presento el imputado, sometiéndola con amenazas e insultos la amarro y violo una vez mas. Es el caso que, estas vivencias negativas causaron grandes transtornos en el desarrollo de la menor quien en los años 2009 y 2010 repitio el cuarto grado de primaria, bajo drásticamente su rendimiento y se convirtió en una niña triste, sin expectativa; por lo que agobiada de los tormentos que provoco esta situación el dia 10 de noviembre del 2014 confeso a su madre y hermanos que su tio Carlos Avilez Espinoza, abusaba de ella desde que tiene nueve años de edad hasta el año 2014, en mas de quince oportunidades.

Decimo primero: Que, en el caso de autos, el sentenciado impugnante Timoteo Carlo Avilez Espinoza, por intermedio de su abogado defensor, alega **cinco** cuestiones centrales en su apelación, a fin que se de absuelva de los cargos imputados del delito de violacion sexual de menor; siendo la **primera**, que en el séptimo fundamento de la setencia se señala que se ha probado que la menor agraviada fue ultrajada sexualmente por el agraviado cuando apenas tenia nueve años de edad, lo cual no tiene fundamento factico ni jurídico, puesto que como se ha demostrado en juicio en su declaración única **la menor agraviada ha manifestado que tenia enamorado**, como también lo ha referido en su declaración ampliatoria, con lo que quedaría demostrado que la menor ha tenido acceso carnal con persona diferente al del sentenciado, desde luego cuando ha sido examinado por el medico legista ha determinado que tiene **desfloración antigua**, porque si en verdad ha mantenido relaciones con persona distinta, tal hecho no ha sido investigado por el ministerio publico, no ha averiguado el nombre del supuesto enamorado, en que tiempo ha sido ello, y de esa forma descartar si también ha mantenido relaciones sexuales con esa persona.

Que, como se observa el apelante, objeta que la menor ha tenido enamorado, y por esa razón concluye que la menor ha tenido acceso carnal con persona diferente como es el sentenciado; sin embargo, tal conclusión es muy subjetiva, ya la menor agraviada a quien indica directamente como su agresor sexual, es al sentenciado, y no a una tercera persona, que la ultrajo sexualmente en mas de quince oportunidades, cuando tenia nueve (un día antes de su cumpleaños, el veintinueve de enero del dos mil nueve) y catorce años de edad. Pues al efectuar su declaración en cámara gesell, dijo que ninguna otra persona la ultrajó sexualmente.

Decimo segundo: Como **segunda** cuestión, el apelante señala que si bien el examen medico legal concluye con desfloración antigua, pero al efectuarse el interrogatorio, el medico legista durante el juicio oral, si puede determinar con exactitud la antigüedad de la desfloración manifestó que no; por lo que no habría instrumento que pueda determinar con exactitud la antigüedad de la desfloración, por ende no se puede determinar desde cuando ha tenido acceso carnal la supuesta menor agraviada, maxime si indico que ha tenido enamorado, y puede haber sido este quien haya ocasionado la desfloración a la agraviada.

Al respecto debe mencionarse que el objeto del examen medico legal, esta orientado a verificar si por el acto sexual (con la introducción del pene, objeto o partes del cuerpo) se ha producido compromiso en las orquillas anal o vaginal, en este ultimo caso con la ruptura o desgarro del himen de la mujer, por lo que su objeto no es determinar con exactitud la antigüedad de la desfloración, sino teniendo en cuenta la cicatrización de la zona afectada, da una referencia si esta es reciente o antigua; y a determinarse desde cuando ha sido ultrajada sexualmente la agraviada, ello es labor del juzgador, que lo hace en base a la compulsión de todos los medios de prueba. Por lo que debe desestimarse este agravio planteado.

Decimo tercero: Como **tercero** cuestión, el apelante señala que solo se tiene la declaración de la agraviada y de sus familiares pero que **no se ha tomado la declaración de Juan Mendoza Ramirez**, quien ha sido propietario del restaurante Elsam, en el que el apelante trabajaba como cocinero, desde el 2005 al 2009 durante la fecha que supuestamente ha sido ultrajada la agraviada, como **tampoco se ha**

valorado el certificado suscrito por las autoridades y ciudadanos notables de san juan de viscas, Distrito de Singas, provincia de Huamalies Huanuco, donde certifican que la señorita Jina Bazan Fonseca ha permanecido en dicha localidad, desde el 01 de junio del 2014 hasta días antes de las elecciones municipales y regionales, lo que desvirtua que el supuesto ultimo día de la violación sufrido haya sido la citada fecha, lo que esta fuera de la verdad porque ese supuesto día se encontraba en el centro poblado de san de viscas y no en esta localidad, que tampoco se ha llevado a cabo la inspeccion en el lugar de los hechos, con ello tambien se desvirtuaría la versión de la agraviada, toda vez que ella indica que fue ultrajada cuando tomaba su ducha, cuando se encontraba en su sala viendo el programa “el chavo del ocho”, lo que es falso, puesto que como declaran los padres de la menor agraviada que no tiene sala, ducha y cocina en forma separada, sino en un solo ambiente, que no hay cortinas plásticas y divisones, y que a esa hora, tampoco se transmitia tal programa televisivo.

Respecto a que no se ha tomado la declaración de **Juan Mendoza Ramirez**, quien ha sido propietario del restaurante Elsam, debe mencionarse que el código procesal penal, ha previsto las oportunidades en que deben ser ofrecidas los medios de prueba, como es en el traslado de la acusación, en el juicio oral, y en segunda instancia, al efectuarse el tramite de apelacion, conforme lo prevé los artículos 350, 373 y 422 del código procesal penal, por lo que no resulta atinado mencionarse que no se ha tomado la declaración de Juan Mendoza Ramirez, si el mismo no fue ofrecido en el juicio oral, ante su inadmisión de defensa tecnica del sentenciado, no objeto ni efectuo su reserva para presentarse ante esta segunda instancia; como tampoco lo ofrecio ante esta instancia, cuando se requirió a las partes que presenten medios de prueba. Por lo que debe desestimarse este agravio.

Asimismo, el apelante señala que tampoco se ha valorado el certificado suscrito por las autoridades y ciudadanos notables de san juan de viscas; sin embargo, como se aprecia en acta de audiencia de control de acusación, asi como del acta de juicio oral, sobre el ofrecimeinto de nuevos medios de prueba (inserta a folios 01 al 07, y de folios 62), no se observa que tal medio de prueba haya sido ofrecido, por lo que no se puede emitirse pronunciamiento al respecto, y menos puede valorarse.

Que, respecto a que no se ha llevado la inspección judicial; debe indicarse que tal diligencia no ha sido ofrecido como medio de prueba por las partes procesales; y el sentenciado si consideraba que era indispensable para sustentar su tesis, debio ofrecerlo, y al no haberlo hecho, ello, es de su entera responsabilidad. Asimismo, respecto a la escena de los hechos que alega el sentenciado, debe indicarse que en el juicio oral la madre de la menor agraviada, señora Alejandrina Fonseca Huertas, ha indicado que su vivienda tenia tres camas en un solo ambiente, con sala, al costado estaba su cocina; lo que también ha sido indicado por el padre de la menor, señor Felipe Mariano Bazan Valdivia, que la vivienda era una sola habitación; sin embargo, no se les pregunto a dichos testigos sobre la existencia y ubicación de la ducha al que se refiere la agraviada, por lo que no puede decirse, que no había ducha; pues por las máximas de la experiencia, nos indica que aunque sean viviendas de un solo ambiente, se cuenta con espacio de aseo personal, ya sea en el interior o exterior de la vivienda, y no por ello, puede relativizarse la declaración de la menor; maxime si al ser un delito clandestino, y que se produce contra menores de edad, no podemos esperar que los agraviados efectúan detalles de los hechos y de los ambientes en que se produce la ilícita conducta; pero lo que no cambia y sigue firme es la sindicación de la menor agraviada, imputándole al sentenciado como su agresor sexual.

Decimo cuarto: Como **cuarta** cuestion, se objeta que se interpuso denuncia pasado cinco años, y **no debio existir un intervalo de tiempo considerable y pronunciado entre el ultimo acto comisivo del delito y la fecha de denuncia;** y para el primer hecho delictivo imputado han pasado mas de cinco años y mas de cinco meses desde el supuesto hecho delictivo y la denuncia de parte lo ha interpuesto la madre de la menor, lo que debe ser apreciado por la sala penal, asi como la ejecutoriada suprema N° 1676/2004; que tambien se debe tener en cuenta el acuerdo plenario N° 02-2005-CJ/116, que establece que la declaracion de la victima resulta prueba idónea para enervar la presunción de inocencia si se cumplen los presupuestos, pero el caso de autos no existe pruebas que desvirtúen ello.

Que, si bien el primer acto delictivo tuvo lugar el 29 de enero del 2009, temporalmente distante a la fecha de denuncia (09 de noviembre del 2014); sin embargo debe

considerarse, que para tal fecha de los hechos la menor aun contaba con nueve años de edad, y la misma también ha relatado, que culminado el ultraje sexual, el sentenciado se vistió y antes de salir la amenazo diciéndole que esta no seria la priema vez y si hablaba o decía algo que su mama va a llorar y sufrir. Entonces, es entendible por la edad de la menor, que por temor no haya efectuado la denuncia respectiva cuando se suscitaron los hechos, por lo que justifica su denuncia tardia; lo que también ocurre con el hecho acontecido el 01 de junio del 2014, pues la menor ha relatado que para hacerla sufrir del acto sexual, la sorprendio por la espalda le agarro la cintura, mientras le decía que se dejara o la mataria, para producirse el abuso sexual, y que luego al cabo de tres horas regreso su mama y quien no le conto nada por temor.

Que también el apelante menciona que debe tenerse en cuenta el acuerdo plenario N° 02-2005-CJ/116, sobre la declaración de la victima, que en el caso de autos no existe pruebas que desvirtúen ello, y las pruebas que han sido excluidos demostraban su inocencia. En ese sentido, siendo que el sentenciado manifiesta su inocencia para con los cargos o hechos facticos que se le imputan; pero los medios de prueba que obran en autos acreditan su responsabilidad penal. Asi se tiene el testimonio de la menor agraviada, cuya declaración resulta prueba idónea para enervar la presunción de inocencia, pues se cumplen los criterior de valoración señalados en el numeral 10 del acuerdo plenario N° 2-2005/ CJ-116, también es oportuno citar a San Martin Castro, quien señala “podemos enumerar los siguientes requisitos impuestos por nuestros tribunales, a modo de **control de credibilidad** de la declaración de la victima en delitos sexuales: en primer lugar, exigen que no exista un tiempo considerable, no justificado, entre la fecha de comisión del delito y fecha de denuncia del mismo. En segundo lugar, que la sindicación de la **agraviada sea uniforme**. En tercer lugar, imponen la existencia de una **pericia medico legal** que revele la posibilidad del atentado sexual denunciado y corrobore la incriminación de la victima.en cuarto lugar, sancionan que el **relato de la victima debe ser verosímil** y que, en todo caso, la pericia debe apoyar su versión, asi como deben ser circunstanciadas detallando la forma y circunstancias de la comisión delictiva”.

Entonces, analizando los medios de prueba, se advierte que la imputación efectuada por la agraviada en contra del encausado, es uniforme y persistente, pues en su declaración efectuada en la cámara gesell (perennizada con video filmico), sindicó al sentenciado como la persona que la ultrajo el veintinueve de enero del dos mil nueve y el primero de junio del dos mil catorce. Efectivamente, en el acuerdo plenario N° 02-2005-CJ-116, se pautan las reglas de valoración respecto de la declaración de un agraviado, incluso cuando es el único testigo de los hechos, para ser considerada prueba válida de cargo o por ende tener virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado; y en el caso particular de autos se constata que la declaración de la menor si reúne los requisitos exigidos para sustentar una sentencia condenatoria, así se tiene **a) ausencia de incredibilidad subjetiva**, debe darse validez al dicho de la menor por cuanto no se ha demostrado que existan relaciones o situaciones entre la menor agraviada, o su entorno familiar y el imputado, que nieguen aptitud para no generar certeza en el relato; dado a que antes de la denuncia de la menor, no manifiestan a que se haya producido algún problema entre las partes, pues el propio imputado también refirió que no existió problemas. Entonces, no hay ninguna evidencia de una enemistad grave entre ambos, como para efectuar una imputación tan seria por venganza u otro móvil; y sobre la denuncia tardía, como se ha expresado precedentemente, existe justificación de su denuncia tardía, como es que por la edad de la menor, fue atemorizada para no denunciar las vejaciones sexuales; **b) persistencia en la incriminación**, en el caso materia de autos, en el proceso penal la menor ha mantenido una persistencia tenaz de imputar los hechos delictivos a Avilez Espinoza Carlos, como la persona que la ultrajo, como se desprende de su declaración en la cámara gesell, que se halla perennizada en video, y también al examen del perito Giovanni Azaña Sal Rosas, que la menor ha sido vulnerada en su intangibilidad sexual; **c) verosimilitud**, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas **colaboraciones periféricas** de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, y la versión inculpatória de la menor no pierde virtualidad, al estar rodeada de colaboraciones periféricas, pues además de habérsela hallado con signos de ultraje desfloración himeneal antigua lo que se corrobora con el examen del médico legista (respecto al certificado médico legal

N° 008268-EIS de fecha 11 de noviembre del 2014), quien se raifica de su contenido y concluye que la menor evidencia signos de desfloración himeneal antigua, lo que acredita la versión de la menor que el sentenciado en varias oportunidades la sometió al acto sexual. Además, coincide en el tiempo, la vivencia, las relaciones de cercanía que tenía la agraviada y el sentenciado, siendo el acusado vecino de la agraviada, quien ingresaba y salía de la casa de la menor el sentenciado como lo ha señalado también su madre la testigo Alejandrina Fonseca Huertas; y no debe olvidarse que estos hechos son clandestinos, y en muchos de los casos, como en el presente, no hay la presencia de testigos, y debe tenerse en cuenta que la edad de un menor (como la de la menor, que cuando se suscitaron los hechos contaba con nueve años), la amenaza lo toma como cierto y es que cuando sale del espacio físico de donde se hallaba sometida al visitar a su tío Maximiliano Bzan Valdivia, en san juan de Viscas, Huanuco, se sintió en la libertad de comunicar los ultrajes sexuales que venía sufriendo por parte del sentenciado, manifestando que ya no quería volver a Huaraz, teniéndola amenazada, pudiéndose colegir de los sucesos narrados por la menor, el poder de influencia que mantenía el sentenciado sobre la menor.

Decimo quinto: Sumado a estas corroboraciones periféricas también esta la declaración de Elsa Alejandrina Fonseca Huertas De Bazan, madre de la agraviada; quien señalo que luego de tomar conocimiento de los hechos recurrió a la autoridad competente del ministerio publico para denunciar, ya que su propia hija le conto que su tío Carlos Avilez Epinoza había abusado sexualmente de ella desde que tenía nueve años de edad, al observar el constante cambio de carácter y comportamiento de la menor, rebeldía, desobediencia, frente a sus padres y hermanos, lo atribuían a su edad o desarrollo propia de la adolescencia. Así también Eva Karina Jaimes Fonseca (hermana de la agraviada), también tomo conocimiento de los hechos materia de investigación, ya que se encontraba en compañía de su madre en el momento que la agraviada confeso de los hechos a su mama, asimismo manifestó que noto el constante cambio de carácter, comportamiento de la menor agraviada, por su rebeldía, desobediencia, frente a sus padres y hermanos, en la fecha en que la menor estaba siendo abusada sexualmente por su tío. Que, Maximiliano Rolin Bazan Valdivia, tío de la agraviada, indico que cuando la familia y la menor agraviada fueron a visitarlo

al lugar donde el imputado vive la menor señaló que no quería volver a la ciudad de Huaraz y cuando le pregunto el porque, la menor le conto los hechos que son materia de investigación, esto es que el sentenciado Carlos Avilez Espinoza le venia ultrajando desde los 9 años edad. Asi también Albina Carmen Obregon Deztre, cuñada de la menor agraviada, señaló que en una oportunidad la agraviada le narro como el acusado le había tocado y deseo suicidarse por esta situación. Que, en el caso de Deker Diego Bazan Fonseca, hermano mayor de la agraviada, este señala que en una oportunidad presencio ciertos actos que venia realizando el imputado Carlos Avilez Espinoza a su hermana, le encontró tocándole las piernas y este disimulo al ser descubierto; si bien esta declaración perdería credibilidad debido a que según los actuados fiscales, dicho testigo mantiene una investigación como agraviado, por la presunta comisión del delito de lesiones leves, que se imputa al ahora sentenciado; sin embargo, la menor al rendir su declaración en la cámara gesell, también coincide en señalar que el sentenciado le toco su cuerpo en noviembre del dos mil doce, y que su hermano le reclamo a la agraviada porque le tiene que estar tocando su cuerpo (registro de audio horas 41:40 y sgts). Con lo que se aprecia, la persistencia de la menor en declara que el sentenciado la ultrajo sexualmente, desde que tenia nueve años de edad.

Que asimismo, se observa una gran afectación emocional en la menor, por los actos sexuales padecidos, como lo han expuesto los magistrados del juzgado colegiado que el psicólogo Giovani Richard Sal y Rosas, sobre el protocolo de pericia psicológica N° 008192-2014-PSC del 12 de noviembre del 2014, en el juicio oral, señaló que la menor ha sido vulnerado en su intangibilidad sexual y que incluso requiere apoyo psicoterapéutico; y la menor también ha señalado que se hacia cortes en el brazo, por estar en esta situación de los ultrajes sexuales y trata de desahogarse; versión que se acredita con el examen del medico legista Tello Vega Javier Remigio (referente al certificado medico legal N° 00125-L del 08 de enero del 2015, con conclusiones: “la menor presenta cicatrices hipocromicas en numero de tres de 1cm, 1cm y de 2cm en la cara anterior tercio distal del antebrazo derecho, presencia de cicatriz atrófica hipocromica en numero de cuatro de 0.5cm, 1cm, 2cm y 5cm en la cara anterior del tercio proximal del antebrazo izquierdo; lesiones ocasionadas por agente cortante y no son recientes”). Que de acuerdo a la psicóloga al estar conmocionada la menor

agraviada por los hechos en contra de su indemnidad sexual se habría realizado cortes en los brazos; grado de afectación emocional de la menor y que de alguna manera ha buscado un desfogue ocasionándose cortes en los antebrazos con un objeto cortante (vidrio) que de acuerdo a lo narrado en la entrevista de la cámara gesell llevaba en su mochila. Que tal afectación emocional también incidio en el aspecto académico; pues como se tiene de documentos introducido a juicio, sobre situación academica de la menor agraviada (de iniciales J.R.B.F) emitido por la dirección del centro educativo mariscal Toribio de Luzuriaga, esta remitió el cuarto grado de primaria durante el año 2009 y en el año 2010 nuevamente repitió el cuarto grado de primaria en forma consecutiva, fechas estas cuando la menor agraviada estaba siendo víctima de ultraje sexual y también guarda relación con el relato histórico y la sindicación de la menor agraviada por cuanto indica que la priemra vez que fue vulnerada sexualmente fue en el año 2009; resultando por ende corroborante con la sindicación. Todo ello permiten corroborar verosimilitud de la versión de la víctima, la persistencia en la incriminación y la ausencia de incredibilidad subjetiva en la medida que el supuesto móvil de la denuncia que alego el procesado no fue acreditado con medio de prueba idóneo. Por estas consideraciones, las objeciones de la defensa deben ser desestimadas, ya que la declaración o sindicación directa de la agraviada a las garantías de certeza, tanto de ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del relato incriminador resulta ser solido y existen corroboraciones periféricas y finalmente en cuanto a la persistencia de la incriminación, que se denota no solo de la declaración en la entrevista única de la menor, sino además de la declaración de Maximiliano Rolin Bazan Valdivia (tio de la menor agraviada) cuando narra la forma y circunstancias de como es que tuvo conocimiento de los hechos que son materia de investigación y que viene a ser el mismo relato histórico y acontecimiento narrado por la menor al momento de su entrevista única. Siendo que la testigo Margarita Jaimes Espinoza, profesora de la agraviada, señalo que el comportamiento de la menor desde el año 2009 es diferente, ingreso como una niña normal alegre, juguetona, le gustaba cantar, para luego bajar en su rendimiento escolar repitiendo de grado en dos oportunidades. Asimismo, la profesora de la agraviada **Edultrides Obregon De Ayala**, en el cuarto grado de primaria, señalo que la menor bajo drásticamente su rendimiento, incluso no quería

estudiar, arrancaba las hojas de sus cuadernos, repitió el cuarto grado de primaria, y que además se orinaba en clase.

Decimo sexto: Pruebas con las que se acredita que el sentenciado pese a que este se considera inocente, si ultrajo a la agraviada. Lo que ha sido realizado mediando el dolo, pues dicho imputado ha actuado con conocimiento y voluntad, teniendo la intención de tener el acto sexual con la menor, dándose cuenta de sus actos, con el animo de lesionar la esfera sexual de la menor; ello se colige tanto de la forma y circunstancias de como se produjo los hechos delictivos, aprovechando que para el 29 de enero del 2009, la madre de la menor la dejó sola, para que el sentenciado ingrese a su casa y ultrajarla amarrándole las manos a un estante, repitiéndose tal conducta el primero de junio del dos mil catorce, y tener una posición dominante frente a la menor, como persona adulta que es, y por lo indicado en el protocolo de la pericia psicológica practicado al acusado, debidamente ratificado por su emitente el psicólogo Giovanni Richard Sal y Rosas en juicio oral, que respecto al perfil psicológico del acusado, ha concluido que en el área afectivo psicológico presenta indicadores psicológicos de inmadurez emocional asociado a escaso control de sus impulsos, presentando rasgos de inmadurez en su área psicosexual; aspectos que definitivamente inciden en su probable comportamiento en los aspectos evaluados como el sexual y que serian compatibles con los hechos, al tratar de saciar sus impulsos sexuales con menores como la agraviada. Del que se infiere que como toda persona de nivel promedio, sabe y entiende que esta prohibido mantener relaciones sexuales con menor de edad; por tanto el acusado si conocía de tal prohibición, y mas aun si en el caso concreto la menor para el veintinueve de enero del año dos mil nueve, contaba con nueve años de edad.

Decimo séptimo: Entonces, hay pluralidad de pruebas que conlleven a dar firmeza a la imputación de la menor agraviada que el acusado la ultrajo sexualmente, lo que revienten la negación de su responsabilidad; con lo que queda establecido la responsabilidad penal del sentenciado, por el delito de violación sexual, ello por los hechos acontecidos el 29 de enero del 2009 y el 01 de junio del dos mil catorce. Por el cual el fiscal provincial, atendiendo a estas conductas señalo que se presentaba un concurso real de delitos al advertirse la ocurrencia de hechos diferentes, por lo que en

aplicación del artículo 50 del código penal, que regula la sumatoria de penas, solicito se le imponga la pena privativa de libertad de cadena perpetua, siendo que el juzgado colegiado hallando responsabilidad penal al acusado por ambos hechos, ha impuesto la pena privativa de libertad de treinta y cinco años, y siendo el sentenciado el único apelante, entonces no puede haber reforma en peor.

Sin perjuicio de mencionarse que este delito al ser de clandestinidad, y al efectuarse a menores de edad, no podemos esperar conocer el mínimo detalles de todos los hechos, que ya de por sí tales actos toman de sorpresa a los agraviados, y que en muchos de los casos incluso no pueden comprender la afectación que les está ocurriendo; por lo que en todo caso, la uniformidad y firmeza del testimonio inculpatario, en los delitos sexuales, ha de flexibilizarse razonablemente, como se ha expuesto en el acuerdo planario N° 1-2011-CJ-116, pero persiste la imputación del ultraje sexual a la agraviada por parte del sentenciado, hecho sancionable penalmente; siendo también, que incluso se sanciona tales conductas efectuadas contra un menor, aunque exista tolerancia o permisión por parte de la víctima, ya que una norma penal, como ficción legal, trata de proteger la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad.

Decimo octavo: Como **quinta** cuestión, el apelante señala que se ha vulnerado el artículo 178 del código procesal penal, puesto que el certificado médico legal 008168 EIS de fecha 12 de noviembre de 2015, no contiene los requisitos establecidos en dicha norma, lo que le resta eficacia probatoria, omitiendo el juez observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia; y que al momento de valorar dicho certificado médico legal, así como el acta de entrevista de la cámara gesell y las conclusiones de la pericia psicológica N° 008192-2014-PSC, atendiendo que los referidos elementos de convicción no demuestran en forma objetiva la comisión del delito de violación sexual, por haber una serie de vacíos en su contenido lo que le resta eficacia probatoria tal es el caso que el acta de entrevista única de la menor indica fechas y horas en las que fue violada pero las pruebas que se han aportado desvirtúan ello.

Que, debe de indicarse que tanto el certificado médico legal 008168 EIS, así como el protocolo de pericia psicológica N° 008192-2014-PSC, no han sido ofrecidos como

medios de prueba, sino que se ofreció el examen de sus emitentes como se aprecia en autos; y también debe indicarse que dicho certificado médico, tampoco viene a ser un informe pericial, por lo que debe de desestimarse, dicho agravio planteado.

Decimo noveno: que al haberse determinado que el imputado fue quien efectuó el ultraje sexual a la menor agraviada, es que se ha impuesto la pena privativa de la libertad de treinta y cinco años, más una reparación civil a favor de la agraviada; y al no haberse objetado el quantum punitivo ni reparatorio, no se hace necesario abordarse tales extremos por lo que debe confirmarse la resolución materia de grado, pudiendo el juez de ejecución efectuar el control de la duración del periodo de carceraria, impuesta por el juzgado colegiado.

Por los fundamentos de hecho y de derecho expuesto y en aplicación de los artículos doce y cuarenta y uno del texto único ordenado de la ley orgánica del poder judicial; la sala penal de apelaciones de la corte superior de justicia de Ancash, por unanimidad, emite la siguiente:

DECISION

- I. DECLARARON**, infundada el recurso de apelación, interpuesto por el sentenciado **CARLOS AVILEZ ESPINOZA**; consiguientemente **CONFIRMARON** la sentencia contenida en la resolución número siete, de fecha doce de febrero de dos mil dieciséis; que **CONDENA** al acusado **CARLOS AVILEZ ESPINOZA** como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales **JRBF**; y le **IMPONE** la pena privativa de libertad de treinta y cinco años, con carácter efectivo, contabilizando la fecha de ingreso esto es 17 de julio del 2015, cumplirá el 17 de julio del 2050, fecha que será excarcelado; y **FIJARON** : el pago por concepto de reparación civil, en la suma de s/. 5,000.00 (**CINCO MIL NUEVOS SOLES**) que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; con lo demás que contiene.

- II. DEVUELVA** al juzgado de origen, para su ejecución, **notifíquese**. Vocal ponente **juez superior Silva Violeta Sanchez Egusquiza**.

S.S.

MAGUIÑA CASTRO

SANCHES EGUSQUIZA

ESPINOZA JACINTO

**ANALISIS DE LA SENTENCIA N° 00407-2015-75-0201-JR-PE-02
(VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD)**

Dentro del acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116, del treinta de setiembre del dos mil seis, se acordó como requisitos de la sindicación que tratándose de la declaración de un agraviado aunque sea el único testigo de los hechos es considera prueba valida de cargo y por ende virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado pero esto se da siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones : las garantías de certeza son las siguientes; a) ausencia de incredibilidad subjetiva que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la disposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza; como se puede leer en todas las declaraciones entre el imputado y la agraviada no existía relaciones negativas con las matizaciones que se señala en el literar a) del párrafo anterior sino todo lo contrario existia una relación de parentesco y de confianza ya que era el esposo de la prima del señor Felipe Mariano Bazan Valdivia padre de la agraviada y se llevaban bien hasta antes de la interposición de la denuncia; b) verosimilitud la declaración de la agraviada debe ser coherente y solida y estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria; a) persistencia de la incriminación dentro de todas las declaración la agraviada sindicó como el único autor del hecho delectivo al imputado Carlos Aviles Espinoza la cual se colaboro en la diligencia de la cámara de gesell.

El acusado Carlos Avilez Espinoza aprovechando la familiaridad con los padres de la agraviada y tener su domicilio contiguo a la casa de la agraviada el imputado abusaba

de la menor desde los nueve años de edad hasta los catorce años de edad en el año 2014, en mas de quince oportunidades la primera vez que abuso de ella fue el 29 de enero del 2009 un día antes de su cumpleaños dentro de su propia casa de la agraviada cuando se quedo sola y siendo aprovechado por el imputado para ingresar al domicilio y dar riendas sueltas a sus impulsos violentándola sexualmente mientras ella solo lloraba y no retirarse sin antes amenazarla de muerte si le contaba a alguien y que esta no seria la ultima vez, asi sucedieron los hechos consecutivamente algunas de las violaciones se cometio en el restaurante del imputado donde la agraviada iba a ayudar cuando la esposa del imputado salía hacer las compras al mercado y se quedaban solos. Estas vivencias negativas causaron grandes trastornos en el desarrollo de la menor quien en los años 2009 y 2010 repitió el cuarto grado de primaria, bajo drásticamente su rendimiento y se convirtió en una niña triste, sin expectativas, inclusive se provocaba cortes en ambos brazos con un vidrio por la impotencia que sentía al no poder hacer nada; por lo que agobiada de los tormentos que provoco esta situación el día 10 de noviembre del 2014 confeso a su madre y hermana que su tío Carlos abusaba de ella desde que tenia nueve años de edad.

La agresión que sufrió la agraviada es un daño irreparable que ya se cometio y lo va a recordar para toda su vida por mas que vaya a terapias para que lo pueda superar; en los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo asi nuestro ordenamiento jurídico bajo el criterio de interpretación sistematico protege a las personas menores de catorce años. En este caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psiquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción de iuris et de iure de la ausencia del consentimiento valido. Y cuando el imputado cometia el hecho delictivo era consciente de lo que hacia por lo tanto actuo con dolo con toda la intención de dañar a la agraviada.

El apelante señala que solo se tiene la declaración de la agraviada y de sus familiares pero no se tomo la declaracion del señor Juan Mendoza Ramirez quien ha sido propietario del restaurante Elsam donde el imputado trabajo desde el año 2005 al 2009 durante la fecha que supuestamente ha sido ultrajada la agraviada; lo cual es ilógico ya que la violación en agravio de la menor empieza desde el año 2009 al 2014. Respecto el porque no se tomo en cuenta la declaración del señor Juan debe mencionarse que en el código procesal penal, ha previsto las oportunidades en que deben ser ofrecidas los medios de prueba, como es en el traslado de la acusación, en el juicio oral, y en segunda instancia, al efectuarse el tramite de apelación conforme lo prevé los artículos 350, 373 y 422 del codigo procesal penal lo cual no resulta atinado decir que no se tomo en cuenta la declaración del señor Juan; si el mismo no fue ofrecido en su oportunidad ante el traslado de la acusación tampoco en el juicio oral y tampoco lo ofrecio ante la segunda instancia cuando se requirió a las partes que presenten medios de prueba.