



Defensoría del Pueblo

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 091 -2014/DP-PAD

Lima, 22 SET. 2014

VISTO:

El Memorando N° 648-2014-DP/PAD, que adjunta el Memorando N° 0059-2014-DP/ANA, mediante el que se solicita la emisión de la resolución que apruebe el documento denominado: "Lineamientos de Actuación Defensorial Frente a Casos de Violencia Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes"; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con los artículos 161° y 162° de la Constitución Política del Perú se aprobó la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, modificada por la Ley N° 29882, y mediante Resolución Defensorial N° 0012-2011/DP se aprobó su vigente Reglamento de Organización y Funciones, en adelante el **REGLAMENTO**;

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 71° del **REGLAMENTO**, la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia es un órgano de línea que depende de la Primera Adjuntía, que tiene como función principal encargarse de la defensa y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco de las competencias de la Defensoría del Pueblo;

Que, asimismo, de acuerdo a lo señalado por el literal i) del artículo 72° del **REGLAMENTO**, es una función de la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia, entre otras, emitir directivas y lineamientos de actuación, dentro del ámbito de su competencia, para la atención de los casos individuales que se tramitan ante las dependencias desconcentradas de la Defensoría del Pueblo;

Que, según el documento de visto, se solicita que se apruebe el documento denominado: "Lineamientos de Actuación Defensorial Frente a Casos de Violencia Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes";

Que, la finalidad de la aprobación del citado documento es establecer pautas de actuación Defensorial a fin de orientar la intervención de los comisionados y comisionadas frente a casos de delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes tipificados en el Código Penal y de esta manera brindar un mejor y eficaz tratamiento a las solicitudes de intervención presentadas por ciudadanos y ciudadanas, y las investigaciones de oficio realizadas sobre el particular, así como contribuir al mejoramiento de la operatividad de los órganos del sistema de administración de justicia penal, con el pleno respeto de la autonomía de la función jurisdiccional que la propia Defensoría del Pueblo defiende;

Que, mediante Resolución Administrativa N° 069-2011/DP-PAD se aprobó el documento denominado: "Guía para la elaboración de los Lineamientos de Intervención Defensorial", que establece las pautas necesarias para guiar de forma concreta la actuación a seguir respecto a un tema específico dentro del marco de las funciones de la





## Defensoría del Pueblo

Defensoría del Pueblo, guía que será empleada por la Adjuntía o Programa competente según el tema abordado;

Que, el numeral 4 de la citada Guía, señala que los Lineamientos de Intervención Defensorial deberán ser aprobados por la Primera Adjuntía mediante Resolución Administrativa, conforme a los literales c), n) y r) del artículo 14° del **REGLAMENTO**;



Que, en este contexto y por las referidas consideraciones, corresponde aprobar el documento denominado: "Lineamientos de Actuación Defensorial Frente a Casos de Violencia Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes";

Con los visados de la Secretaría General, de la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia y de la Oficina de Asesoría Jurídica;



En uso de las atribuciones conferidas por la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, modificada por la Ley N° 29882 y de conformidad con lo dispuesto por los literales c), n) y r) del artículo 14° del **REGLAMENTO** y estando al encargo de funciones efectuado mediante Resolución Administrativa N° 0038-2011/DP;

### SE RESUELVE:

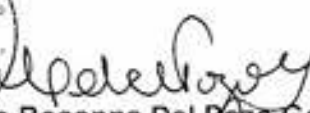
**Artículo Primero.- APROBAR** el documento denominado: "Lineamientos de Actuación Defensorial Frente a Casos de Violencia Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes", los mismos que constan de cuarenta y cuatro (44) páginas; y forman parte de la presente resolución.



**Artículo Segundo.- ENCARGAR** a la Oficina de Tecnología de la Información y Telecomunicaciones de la Defensoría del Pueblo, la publicación de la presente resolución, en el Portal Institucional de la Entidad.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



  
Claudia Rosanna Del Pozo Goicochea  
Primera Adjunta (e)  
DEFENSORÍA DEL PUEBLO



# Lineamientos de Actuación Defensorial Frente a Casos de Violencia Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes

## **Fe de Erratas:**

En el pie de página 10 de la página 12 dice: "...y el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116..."

Debería decir: "...y el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116..."



# **Lineamientos de Actuación Defensorial Frente a Casos de Violencia Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes**

---

Defensoría del Pueblo  
Jirón Ucayali N° 388  
Lima 1, Perú  
Teléfono: (51-1) 426 - 7800, 311-0300  
Fax: (51-1) 426 - 7889  
E-mail: [defensora@defensoria.gob.pe](mailto:defensora@defensoria.gob.pe)  
Internet: <http://www.defensoria.gob.pe>  
Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición: Lima, Perú, diciembre de 2008  
1000 ejemplares

Diseño, diagramación e impresión:  
GMC Digital S.A.C.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-16279

La presente publicación se realizó con el auspicio de una canasta de fondos\* financiada, actualmente, por ACDI, AECID, ASDI y COSUDE, en el marco del programa "La promoción de la equidad e inclusión de los derechos humanos" de la Defensoría del Pueblo.

\* [www.defensoria.gob.pe/canastadefondos](http://www.defensoria.gob.pe/canastadefondos)

# ÍNDICE

---

INTRODUCCIÓN .....	5
PRIMERA PARTE	
PRINCIPALES DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES .....	7
1.1. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes.....	7
1.2. Los delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes previstas en el Código Penal.....	8
1.2.1. Delito de violación sexual o acceso carnal (artículo 170° Código Penal) .....	8
1.2.2. Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (Artículo 171° del Código Penal).....	11
1.2.3. Violación de persona en incapacidad de resistencia (Artículo 172° del Código Penal).....	11
1.2.4. Violación sexual de menor de edad (Artículo 173° del Código Penal) .....	12
1.2.5. Violación de persona bajo autoridad o vigilancia (Artículo 174° del Código Penal) .....	13
1.2.6. Seducción (Artículo 175° del Código Penal) .....	14
1.2.7. Actos contra el pudor (Artículo 176° del Código Penal) .....	15
1.2.8. Actos contra el pudor de menores de edad (Artículo 176-A del Código Penal).....	16
SEGUNDA PARTE	
LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN DEFENSORIAL.....	17
1.1. Criterios generales .....	17
1.2. Pautas específicas.....	18
1.2.1. En sede administrativa (consideraciones sobre el ne bis in idem).....	19
1.2.2. Etapa policial .....	20
1.2.3. Etapa judicial .....	22

## INTRODUCCIÓN

---



Las situaciones que afectan tanto la integridad física y psicológica como el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes constituyen motivo de especial preocupación para la Defensoría del Pueblo. Su situación de especial vulnerabilidad —que se refleja de alguna manera en el incremento del número de denuncias por violencia sexual—, así como la deficiente respuesta por parte de los órganos encargados de la tramitación, procesamiento y sanción de este tipo de conductas delictivas fueron materia de investigación en la Defensoría del Pueblo. Así lo evidencia el Informe Defensorial N° 126, “La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes”.

La dramática evidencia contenida en el referido informe y el lanzamiento de una campaña contra la violencia sexual de niños, niñas y adolescentes promovida por la Defensoría del Pueblo, a través de su Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia, exigen el diseño de instrumentos que guíen la actuación de comisionados y comisionadas de la Defensoría del Pueblo.

En ese sentido, el presente documento contiene lineamientos y pautas de actuación defensorial cuyo objetivo fundamental es orientar la intervención de los comisionados y comisionadas frente a casos de delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes tipificadas en el Código Penal. Su propósito más instrumental es brindar un mejor y eficaz tratamiento a las solicitudes de intervención presentadas por ciudadanos y ciudadanas, y a las investigaciones de oficio realizadas sobre el particular. Contar con

guías de intervención también permitirá contribuir al mejoramiento de la operatividad de los órganos del sistema de administración de justicia penal, con el pleno respeto de la autonomía de la función jurisdiccional que la propia Defensoría del Pueblo defiende.

El presente documento consta de dos partes. La primera contiene una breve descripción de los tipos penales que sancionan estas conductas. Se busca que los comisionados puedan obtener claridad conceptual y, sobre todo, información sistemática sobre los tipos penales aplicables. La segunda parte desarrolla los criterios generales y las pautas específicas que deben orientar la actuación de los comisionados y comisionadas de la Defensoría del Pueblo, teniendo en consideración las normas que regulan estos procesos, así como los problemas de aplicación más comunes sobre los cuales deben incidir y estar atentos durante el desarrollo de sus funciones.

Si bien es cierto que los lineamientos constituyen pautas de actuación para el trabajo institucional en esta materia, ello no impide la flexibilidad que exige la intervención defensorial. Este documento constituye un esfuerzo más de la Defensoría del Pueblo por fortalecer las capacidades del personal y mejorar nuestro servicio al ciudadano.

Su elaboración estuvo a cargo de un equipo liderado por la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia, con el apoyo del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios y la Adjuntía para la Administración Estatal de la Defensoría del Pueblo.

Lima, diciembre del 2008.



## PRIMERA PARTE

### PRINCIPALES DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

---

#### **1.1. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes.**

La configuración del bien jurídico –debido a sus funciones: limitadora del poder punitivo, interpretativa de los tipos penales y legitimadora de las normas penales–<sup>1</sup> adquirió en el ámbito de los delitos sexuales aspectos relevantes que merecen atención y precisión.

Corresponde señalar, en primer lugar, que han quedado de lado las posiciones que postulaban que el objeto de protección en estos delitos eran el honor o la moral sexual, la honestidad y/o las buenas costumbres. A diferencia del Código Penal de 1924, el Código Penal de 1991 ha optado por establecer la libertad sexual como bien jurídico en los delitos sexuales. Ello ha implicado cambios en la orientación político-criminal de la cual se derivan consecuencias en la amplitud de los sujetos protegidos y en el ámbito probatorio al no ser indispensable la obtención de pruebas sobre el daño físico para acreditar los hechos que sean materia de juzgamiento, así como la posibilidad del ejercicio público de la acción penal.

La libertad sexual, en tanto manifestación del derecho a la libertad personal, supone por un lado la libre disposición del cuerpo y sus capacidades sexuales (aspecto positivo) y, por otro, la posibilidad o imposibilidad de tomar parte en actos sexuales en los que no desea intervenir o que han sido impuestos por terceros (aspecto negativo).

Desde la perspectiva del derecho penal, la libertad sexual es protegida en su aspecto negativo esencialmente, esto es, en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado y en ningún caso frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual consentido con otra persona o en solitario (libertad sexual positiva).<sup>2</sup>

Por otro lado se presenta la discusión sobre si el objeto de protección consiste únicamente en la libertad sexual o si ésta se debe complementar con la indemnidad o intangibilidad sexual, básicamente en los casos de menores de edad o incapaces, debido a su falta de capacidad jurídica.

1. HORMAZABAL MALAREE, Hernán. "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho". Lima: Idemsa, 2005. pp.15 y ss.

2. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Comentarios al Código Penal". Parte Especial II, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 224.

La primera posición, denominada "monista", es cuestionada porque en los casos de menores de edad e incapaces tal protección no es posible, básicamente, porque la capacidad cognoscitiva (conocimiento) y volitiva (voluntad) que permite la comprensión significativa de sus actos no es relevante,<sup>3</sup> por criterios políticos criminales determinados por el legislador. De la segunda posición, denominada "diferenciada", se desprende que en los casos de las personas que no pueden consentir jurídicamente, lo que se estaría protegiendo sería la indemnidad o intangibilidad sexual. En estos casos se pretende otorgar seguridad al normal desarrollo físico y psicológico de las personas menores de edad para ejercer su libertad sexual, una vez obtenida su capacidad jurídica o evitar su utilización como objeto sexual, en el caso de los incapaces.<sup>4</sup>

En todo caso, ya sea que se sostenga que las contradicciones son más aparentes que reales<sup>5</sup> o que esta cuestión polémica no es tan decisiva, es importante considerar que lo central de la discusión es el hecho de que el consentimiento de los menores de edad, así como de los incapaces, es jurídicamente irrelevante.



## 1.2. Los delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes previstas en el Código Penal

A los fines expositivos, en primer lugar, realizaremos un examen del llamado tipo básico de los delitos de violación sexual, previsto en el artículo 170° del Código Penal, por cuanto éste contiene los elementos centrales de los demás tipos penales que conforman este capítulo, para luego explicar brevemente las demás figuras relevantes.

### 1.2.1. Delito de violación sexual o acceso carnal (artículo 170° Código Penal)

*"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*

3. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. "Consideraciones dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 14. Lima, 2004. p. 273.

4. Cf. SALINAS SICCHA, Ramiro. Los delitos de acceso carnal sexual. Lima: 2003. p. 34; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. Op. cit., p. 275.

5. MONTOTO VIVANCO, Yván. "Discriminación y aplicación discriminatoria del derecho penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad personal". En: Discriminación sexual y aplicación de la Ley. Vol. IV, Lima: Defensoría del Pueblo, 2000. p. 27.

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 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 dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o 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, 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".

### Sujetos activo y pasivo

En cuanto al sujeto activo y pasivo se considera que pueden serlo tanto el varón como la mujer. Pero, en el caso del sujeto pasivo, debe ser mayor de 14 años.

### Medios típicos

– **Violencia:** es la energía física que un sujeto ejerce sobre otra persona (al golpear o coger violentamente de las manos, etc.) que determina, limita o anula su capacidad de resistencia. No es necesario que sea continua ni permanente en el tiempo. Para su verificación no resulta necesario recabar prueba de oposición o de resistencia, bastando sólo con verificar su idoneidad suficiente o adecuada (puede ser leve o grave) para doblegar la voluntad de la víctima.

– **Amenaza grave:** constituye el anuncio o comunicación de la realización de un mal o perjuicio inminente de gran magnitud contra la víctima o contra algún interés de ésta o de personas vinculadas a ella.

Esta puede provenir del mismo sujeto que accede sexualmente como de un tercero, que en esta ocasión facilita el acceso sexual de otra.

Asimismo debe ser idónea "para provocar en la víctima un estado de temor de tal entidad que lleve a escoger como salida menos gravosa la realización del acto sexual pretendido por el agresor".<sup>6</sup> Tal valoración supone tener presentes las condiciones objetivas y subjetivas concurrentes en el momento de la comisión del hecho delictivo, que en el caso de menores de edad adquieren especial significación (por ejemplo, el hecho de encerrar a niñas en una habitación y apagar la luz para exigirles ciertas conductas sexuales).

Finalmente se pueden dar situaciones en las cuales concurren ambos medios.

6 ORTS BERENGUER, Enrique y SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 49.

## Finalidad

El empleo de los medios antes descritos debe estar orientado a vencer ("obligar") la voluntad de la persona con el fin de tener contacto sexual con ella.

## Modalidades típicas

- **El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal:** es la penetración del órgano sexual masculino ya sea en la vagina, el ano o la boca de una persona.
- **La penetración de objetos o partes del cuerpo por la vagina o el ano:** sucede cuando se introducen instrumentos, objetos contundentes y artificiales (entiéndase, sucedáneos del órgano sexual masculino),<sup>7</sup> o partes del cuerpo (dedos, manos, codos, rodillas, etc.), siempre por las vías vaginal y anal.

## Tipicidad subjetiva

La conducta debe ser cometida a título doloso (conocimiento y voluntad), por lo que no es posible su comisión culposa. Consideramos que, según la descripción típica, **no es exigible** el elemento subjetivo distinto del dolo, como el *animus lubricus* o ánimo libidinoso.

## Consumación y tentativa

Este delito se consuma cuando comienza el acceso carnal, no importando si la penetración es completa o parcial. Tampoco es necesario que se produzca la eyaculación o que haya una rotura del himen. Es posible la tentativa y el desistimiento en los casos en que el agresor ha dado inicio a las acciones dirigidas a doblegar la voluntad para acceder sexualmente a la víctima sin llegar a producirse ésta.

No obstante, debido a que en ocasiones puede ser complicada su delimitación con los actos contra el pudor consumados, es preferible atender al dolo de autor, de forma tal que si falta la intención de acceder sexualmente habrá actos contra el pudor.<sup>8</sup>

## Autoría

Usualmente, este delito es cometido por un solo individuo. Sin embargo es factible la coautoría (art. 23° del C.P.), siempre que exista una decisión común y los actos se realicen atendiendo a una división del trabajo o de roles (por ejemplo, si un sujeto ata a una cama a la víctima mientras que el otro sujeto tiene acceso carnal con ella).

Es admitida la autoría inmediata (aquel que realiza la acción delictiva) y mediata (aquel que aprovecha o utiliza la actuación de un tercero para cometer el acto delictivo), por ejemplo, cuando se produce la utilización de una persona discapacitada mental, y otras formas de participación como la complicidad primaria (por ejemplo, conducir a la víctima a lugar solitario) y secundaria (por ejemplo, vigilar un lugar para que otro tenga el acceso carnal) y la instigación.

## Agravantes y penalidad

En sus formas agravadas se materializa cuando: 1) la violación se realiza a mano armada por dos o más sujetos; 2) el sujeto activo se aprovecha de su posición de autoridad o de

<sup>7</sup> REYNA ALFARO, Luis. "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual". Lima: Jurista Editores, 2005. p. 139.

<sup>8</sup> BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique. Op. cit., p. 152.



su relación de parentesco con la víctima; 3) el hecho es cometido por miembros de la Policía Nacional del Perú (PNP), las Fuerzas Armadas, Serenazgo, la Policía Municipal o vigilancia privada en ejercicio de sus funciones; 4) si el autor tiene conocimiento de que es portador de una enfermedad de transmisión sexual; y 5) si es docente en el centro educativo donde estudia la víctima.

La penalidad es distinta según se realice fuera o no de los supuestos agravados.

### 1.2.2. Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (Artículo 171° del Código Penal)

*"El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años."*

*Cuando el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de doce ni mayor a dieciocho años."*

Lo que caracteriza básicamente a esta figura delictiva es la actuación **precedente** (anterior) del sujeto activo al poner en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir a la víctima menor de edad, en este caso mayor de 14 años (si es menor, la conducta se subsume en la descrita en el artículo 173° del C.P.).

El estado de inconsciencia se produce cuando el menor de edad está impedido de reaccionar y procurarse alguna forma de defensa que permita repeler la agresión sexual (por ejemplo, embriaguez). Por su parte, la imposibilidad de resistir se verifica cuando a pesar de conservar su capacidad de entender y comprender la situación, no tiene la capacidad física (por ejemplo, está atado de manos) para resistirse.

Respecto de las agravantes establecidas en el segundo párrafo, se entiende que se trata *"de aquellas profesiones u oficios que para su ejercicio necesita de la confianza de los demás"*.<sup>9</sup>

Si bien cabe la tentativa, es importante precisar que ésta se concreta cuando se haya dado inicio al acceso sexual, pues el sólo hecho de poner a la víctima en estado de indefensión (inconsciencia o imposibilidad de resistir) constituiría la comisión de actos preparatorios no punibles.

### 1.2.3. Violación de persona en incapacidad de resistencia (Artículo 172° del Código Penal)

*"El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años."*

*Cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años."*

<sup>9</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. "Los delitos de acceso carnal sexual". Lima Idemsa. 2005, p. 135.

Contrariamente, en este caso el tipo penal exige que el estado personal de indefensión de la víctima no haya sido provocado u ocasionado por el sujeto activo, aprovechándose de esta situación para acceder sexualmente a ella (por ejemplo, acceso sexual con mujer en estado de embriaguez).

#### 1.2.4. Violación sexual de menor de edad (Artículo 173° del Código Penal)

*"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 dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua".*

#### Sujetos activo y pasivo

Tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser varón y mujer, debiéndose precisar que, en el caso del sujeto pasivo, éste debe ser, según el texto normativo, un menor de 18 años de edad.<sup>10</sup>

#### Modalidades típicas

En su descripción típica, este delito no requiere de la concurrencia de medios de coacción (amenaza grave y violencia), **bastando sólo el acceso carnal** (vaginal, anal y bucal) con el menor de edad, o por éste a favor del autor o de un tercero, mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías. No obstante, es importante advertir que la existencia de violencia o intimidación debería ser tomada en cuenta a fin de determinar la pena a imponer.<sup>11</sup>

Se debe considerar que el consentimiento del menor de edad es **irrelevante**, por entenderse que la minoría de edad entraña inmadurez psico-biológica, la cual impide la no configuración de los presupuestos (comprensión del hecho y autodeterminación conforme a éste) que le permitan prestar un consentimiento jurídicamente válido para la realización del acto sexual con terceros, inmadurez que, por lo demás, debe ser protegida por el Estado.

10 Con fecha 20 de noviembre del 2007, mediante Ejecutoria Suprema, la Corte Suprema declaró la inaplicación del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal. Por otro lado, en el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 y el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007 y 18 de julio del 2008, respectivamente, establecieron criterios de atenuación y eximente de pena, en determinados supuestos relacionados con este tipo penal.

11 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit., p. 167.

### **Tipicidad subjetiva**

Igualmente se trata de un delito de comisión dolosa, donde cabe la tentativa, pero cuya constatación se debe realizar de manera muy precisa a efectos de **no reconducir indebidamente estas conductas hacia el delito de actos contra el pudor**.<sup>12</sup>

### **Consumación y tentativa**

Asimismo es pertinente subrayar que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la penetración parcial es un acto consumado de violación sexual, mientras que los actos contra el pudor se consuman con el contacto indebido con las partes íntimas o los actos libidinosos contrarios al pudor.

### **Error de tipo y error culturalmente condicionado**

Cabe señalar que respecto de la edad de la víctima es posible, excepcionalmente, el error de tipo –tanto invencible como vencible–, que determina la atipicidad de la conducta, siempre y cuando no hayan concurrido violencia y amenaza, en cuyo caso se configura el delito de violación sexual (artículo 170° del Código Penal).

Del mismo modo puede ser frecuente en nuestro país, dada su pluralidad cultural, la presencia del error culturalmente condicionado (artículo 15° del Código Penal), cuya aplicación en cada caso concreto debe ser objeto de un serio y profundo análisis por parte de los operadores jurídicos, previa realización de un peritaje antropológico.

Se debe considerar que el error de comprensión culturalmente condicionado se produciría en el caso de que la relación sexual con menores de edad sea socialmente aceptada en el entorno cultural e, incluso, cuando se acepten relaciones de convivencia permanente con menores de edad. No estamos ante este error cuando se trata de personas externas a la comunidad, por ejemplo, en los supuestos de profesores de escuela que abusan de adolescentes.

La conducta antes comentada, en los casos en que la víctima tenga más de 10 años de edad, deviene en agravada cuando se presentan las siguientes circunstancias: 1) el agresor posee una posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue especial autoridad ante la víctima o que lo lleve a depositar en él su confianza; 2) sobreviene una lesión grave o la muerte que el agente pudo prever; 3) el sujeto activo actuó con crueldad. Las dos últimas circunstancias agravantes se encuentran previstas en el artículo 173°-A.

### **Autoría y participación**

En este delito caben todas las formas de autoría: mediata e inmediata; asimismo, la coautoría, e igualmente todas las formas de participación: instigación y complicidad, tanto primaria como secundaria.

#### **1.2.5. Violación de persona bajo autoridad o vigilancia (Artículo 174° del Código Penal)**

*"El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida*

<sup>12</sup> Sobre el particular, SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit., pp. 192-195.

*o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de diez años e inhabilitación de dos a cuatro años, conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 3°.*

Respecto del sujeto activo de este delito es preciso señalar que se requiere que tenga una posición de superioridad, autoridad o vigilancia, es decir, que se configure una relación de desnivel entre el sujeto activo y el pasivo a favor del primero<sup>13</sup> (por ejemplo, policía, empleado de hospital o asilo, director de una institución cerrada, etc.), y que el segundo se encuentre dentro de una institución, dependencia policial, hospital, asilo, colegio, etc.

Cabe precisar que no se requiere de violencia o amenaza, dado que lo que el tipo penal exige es el aprovechamiento de la relación de superioridad o dependencia (prevalimiento), que condiciona o limita el ejercicio de la libertad sexual.

#### 1.2.6. Seducción (Artículo 175° del Código Penal)

*"El que mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años".*

##### Sujetos activo y pasivo

Tanto el sujeto activo como pasivo puede ser tanto varón o mujer. En relación con el sujeto pasivo se exige que la edad cronológica se encuentre entre los 14 y 18 años de edad.

La edad del sujeto pasivo debe ser interpretada, en el mejor de los casos, como indicio de la obtención del consentimiento viciado. Es decir, no debe operar por sí sola como prueba concluyente del delito o del engaño.<sup>14</sup>

##### Medios típicos

El medio exigido es el "engaño" que consiste en toda actividad orientada a presentar como verdadero algo falso o a distorsionar la realidad.<sup>15</sup> Éste debe ser de determinada entidad, es decir, realmente esencial, grave e idóneo (verosímil o creíble) para que el sujeto pasivo acceda a la relación sexual.

Para su valoración es importante tener en consideración las circunstancias concretas, especialmente las del sujeto pasivo, como el grado de cultura, experiencia personal, etc.

Es de notar que si bien la promesa de matrimonio constituye una de las formas más frecuentes de engaño, se pueden dar otras manifestaciones como el engaño sobre estado civil, simulación de matrimonio, sustitución de persona, engaño sobre el padecimiento de enfermedad de transmisión sexual, etc.

Por otra parte, resulta indispensable que entre el engaño y el error exista una relación de causalidad, de manera que el segundo sea consecuencia directa del primero.

13 ORTIZ BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 134.

14 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit., p. 194.

15 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit., pp. 194 y 195.





## Finalidad

La situación engañosa debe ser necesariamente el origen del consentimiento, es decir, el engaño o fraude debe haber tenido como objetivo específico la obtención del consentimiento del o de la adolescente para acceder sexualmente.

### 1.2.7. Actos contra el pudor (Artículo 176° del Código Penal)

*"El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170°, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena será no menor de cinco ni mayor de siete;*

1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170° incisos 2, 3 y 4.
2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171° y 172°.
3. Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima".

La conducta típica en este delito se caracteriza, a diferencia del delito de violación sexual, por la intención del sujeto activo de obligar a otro a realizar, sobre sí mismo o sobre terceros, tocamientos en sus partes íntimas o actos libidinosos.

## Sujetos activo y pasivo

Tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser varón y mujer; pero el pasivo debe contar con más de 14 años de edad.

## Conductas típicas

Una característica central en esta figura viene dada por el hecho de que las conductas sexuales son distintas al coito, es decir, otra clase de actos sexuales: tocamientos indebidos en partes íntimas o libidinosos y contrarios al pudor.

En lo que se refiere a tocamientos indebidos o actos libidinosos en las partes íntimas: no necesariamente se circunscriben a los órganos sexuales, debiendo comprender palpación, manoseos o besos, actos de indudable connotación sexual y lúbrica.

En la doctrina, el pudor se debe entender como una situación de recato, decencia o decoro del que gozan todas las personas.<sup>16</sup>

## Medios típicos y modalidades

Los medios empleados están involucrados en la violencia y la amenaza grave, entendidos en los mismos términos que en el caso de violación sexual.

Se pueden presentar distintas modalidades, según el sujeto activo:

- realice sobre el menor las conductas típicas (tocamientos indebidos en partes íntimas o actos libidinosos);

<sup>16</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit. p. 218.

- obligue al menor realizar a sí mismo las conductas típicas antes mencionadas.
- obligue al menor realizar en el cuerpo de otro las referidas conductas típicas.

El texto legal permite también la punición de conductas que no impliquen un contacto corporal directo con la víctima.

### Tipicidad subjetiva

La comisión de este delito es posible a título doloso, no siendo necesaria la existencia del ánimo libidinoso o la intención de satisfacción sexual, no previsto en el tipo penal.

### Finalidad

En este caso, la finalidad del sujeto activo no está orientada, como en los supuestos de violación, a obtener el acceso carnal. Este aspecto es muy importante a los efectos de diferenciar la tentativa de violación con actos contra el pudor.

### Consumación y tentativa

La conducta delictiva se consuma cuando el sujeto activo realiza sobre el menor o lo obliga a efectuar las conductas típicas en las modalidades antes descritas, **bastando un solo tocamiento**. El tipo penal no exige la reiteración de estos actos ni una determinada duración en el tiempo.<sup>17</sup> Es posible la configuración de la tentativa.

### Autoría y participación

Asimismo es posible la autoría, mediata e inmediata, y la coautoría. Igualmente se admiten todas las formas de participación: complicidad e instigación.

#### 1.2.8. Actos contra el pudor de menores de edad (Artículo 176-A del Código Penal)

*"El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170°, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:*

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

*Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad".*

Esta figura se diferencia de la anterior en la edad del sujeto pasivo que debe ser menor de 14 años y en que no es necesaria la utilización de la violencia o de una amenaza grave contra éste.

17 CASTILLO ALVA, José Luis. "Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 443.



## SEGUNDA PARTE

### LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN DEFENSORIAL

---

#### 1.1. Criterios generales

Cabe precisar los criterios básicos de la intervención defensorial en este tipo de delitos sexuales, con la finalidad de fijar su sentido y orientación y, de esta manera, definir con mayor claridad cada una de las intervenciones y relaciones con los operadores del sistema de administración de justicia penal que tramitan estos procesos.



Así, la actuación de los comisionados y comisionadas deben orientar su intervención, básicamente, teniendo en consideración los siguientes criterios:

- a) La intervención defensorial en el trámite de las denuncias y procesos penales por delitos sexuales en agravio de menores de edad tiene como finalidad supervisar el cumplimiento por parte de los operadores del sistema de administración de justicia penal (PNP, Ministerio Público y Poder Judicial) de lo dispuesto en las normas procesales y el respeto de los principios del debido proceso, teniendo en consideración lo previsto en el 14° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.
- b) Las normas procesales que regulan la tramitación de las denuncias y procesos penales por delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes parten del reconocimiento de su situación de vulnerabilidad por lo que establecen una serie de medidas de protección (por ejemplo, la actividad probatoria está condicionada al estado de salud mental del niño, la no participación en diligencias

de confrontación, entre otras). Esto tiene la finalidad de evitar la victimización secundaria.

Se entiende por victimización secundaria a aquellos sufrimientos que las víctimas experimentan por parte de la actuación de instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, esto es Ministerio Público, policías, jueces, peritos y aquellos servidores e instancias públicas con competencia en la materia.<sup>18</sup>

Se trata, en definitiva, de una situación originada por el tipo de respuesta que da el sistema jurídico penal a la víctima, a la que se le hace revivir inútilmente determinada situación dolorosa derivada del hecho delictivo sufrido, de lo que resulta que el sistema le parezca que es burocrático o incomprensible.

- c) De acuerdo con lo sostenido anteriormente, resulta relevante supervisar el acatamiento de las disposiciones legales dirigidas a evitar la revelación de la identidad de la víctima en cualquiera de las instancias del proceso (incluida la etapa policial).
- d) Si bien, en principio, se encuentra vedada la posibilidad de procesar y sancionar a una persona por los mismos hechos y los mismos fundamentos (*ne bis in idem*), en los casos en que los presuntos responsables sean funcionarios públicos, se podrá imponer determinadas medidas cautelares provisionales, a fin de evitar su proximidad o relación con el menor de edad agraviado y otros, sin perjuicio de que, posteriormente, una vez concluido el proceso penal y bajo determinadas condiciones, se establezcan las sanciones administrativas definitivas que correspondan.
- e) En caso de que, en el ejercicio de sus funciones, un funcionario público –director o profesor de una institución educativa, médico de un hospital del MINSA– tome conocimiento de la comisión de un delito sexual en agravio de menores de edad, deberá ponerlo en conocimiento inmediato del Ministerio Público.
- f) En los delitos sexuales en agravio de menores de edad, dado que el ejercicio de la acción penal es de oficio, no cabe la transacción entre el autor y víctima menor de edad.

## **1.2. Pautas específicas**

Una vez establecidos los criterios generales de actuación corresponde señalar las principales pautas de actuación, según las instancias o etapas del proceso penal previstas tanto en el Código de Procedimientos Penales (CdPP) como en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP).

Sin embargo, hemos considerado pertinente efectuar algunas precisiones con relación a la actuación de los comisionados y comisionadas en los procedimientos administrativos disciplinarios, en razón de la especial relevancia que esta instancia pueda tener en este tipo de delitos.

<sup>18</sup> Ministerio de Justicia y Asociación Internacional de Juristas Inter Iuris. "Diagnóstico sobre la victimización secundaria en el Perú", p. 20. Lima, 2007. (versión mimeográfica)

### 1.2.1. En sede administrativa (consideraciones sobre el *ne bis in idem*)

En la práctica puede suceder que de la comisión de conductas que atenten contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad se desprendan responsabilidades de naturaleza penal vinculadas a la potestad sancionadora del Estado, y que tales ilícitos acarreen consecuencias disciplinarias administrativas (frecuentemente, en el ámbito educativo) de quien fuere hallado responsable de éstos.

Es muy importante, en ese sentido, que los comisionados y comisionadas tengan en consideración las directrices que surgen de la vigencia del principio constitucional del *ne bis in idem*, según el cual una **misma persona** no pueda ser procesada o sancionada dos veces por los **mismos hechos** y por **idéntico fundamento**.

Según el Tribunal Constitucional, dicho principio en su versión **material** prohíbe la imposición de doble sanción sobre el mismo sujeto y por una misma infracción, mientras que en su dimensión **procesal** significa que nadie pueda ser procesado y juzgado dos veces por los mismos hechos y con el mismo objeto. Ello impide, bajo estas condiciones, la dualidad de procedimientos, ya sea en un mismo ámbito o separados, uno en cada orden jurídico.<sup>19</sup>

En este sentido, para invocar la aplicación del principio del *ne bis in idem* a las infracciones que pudieran tener consecuencias penales y administrativas se deben considerar los siguientes criterios:

- a) Identidad de la persona;
- b) Identidad del objeto del proceso (hechos);
- c) La identidad de fundamento o interés jurídicamente protegido.

Se debe enfatizar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en donde concurren la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o se persigue bajo el mismo fundamento, pues, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas, dicho criterio es el que define el sentido del principio, y no cabe doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido del injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien o interés jurídico protegido.

De acuerdo a lo establecido por el Tribunal Constitucional se puede afirmar que:

- 1) Es posible instaurar contra una persona simultáneamente un proceso penal y otro disciplinario administrativo e imponer una sanción de esta naturaleza si los hechos o situaciones que dieron origen al mismo **son distintos de los hechos** que dieron lugar al proceso penal (no coinciden con el supuesto típico), y los intereses o bienes jurídicos lesionados son propios de la administración.<sup>20</sup> Por ejemplo, el caso del profesor que cita a una alumno o alumna a su domicilio para tomarle un examen y abusar sexualmente de él o ella, donde el hecho de citar al menor de edad en su domicilio constituye una falta administrativa distinta al hecho delictivo de violación sexual.

<sup>19</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de abril del 2003, Expediente N° 2050-2002- AA/TC. F.J. 19; de 24 de noviembre del 2004, Expediente N° 2868-2004-AA/TC. F.J. 4.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 2004, Expediente N° 1348-2004- AA/TC. F.J. 8.



- 2) Cabe instaurar con posterioridad al proceso penal un proceso disciplinario administrativo e imponer una sanción de esta índole, por ejemplo, la separación del cargo, si ésta tiene un **fundamento distinto**. En tales casos, el Tribunal Constitucional ha precisado que esta sanción necesariamente sea impuesta atendiendo a lo resultado en el proceso penal –**prevalencia de la justicia penal**– cuya sentencia vincula a la autoridad administrativa respecto de la determinación de los hechos alegados y comprobados en el ámbito judicial.
- 3) No obstante, el mismo tribunal se encargó de precisar<sup>21</sup> que a pesar de ello y de la suspensión del procedimiento sancionador es posible adoptar, en el ámbito educativo, las medidas cautelares, a favor de los menores de edad y en contra del presunto responsable, mientras duren las investigaciones judiciales, en orden a la protección de bienes superiores, como el interés superior del niño y la integridad de los menores de edad, en correspondencia con la especial posición de garante que el docente tiene con los educandos o alumnos.

Es posible, en consecuencia, sugerir que los comisionados y comisionadas en los supuestos en que se puedan derivar responsabilidades de naturaleza penal como administrativa disciplinaria deberán verificar las siguientes situaciones:

- a) Que el órgano administrativo competente inicie la investigación preliminar sobre las faltas administrativas cometidas, así como el inicio del procedimiento administrativo correspondiente, verificando que no se vulnere el principio *ne bis in idem*.
- b) Que los funcionarios competentes hayan dictado las medidas cautelares respectivas contra el presunto agresor como, por ejemplo, la separación temporal del servicio o ponerlo a disposición de la oficina de personal para que realice tareas compatibles a su cargo, a fin de que no tenga contacto tanto con el o la menor víctima como con otros menores de edad y en caso de que éstas no se hubieran adoptado, recomendar su realización.

### 1.2.2. Etapa policial

#### a) Admisión de la denuncia

Debido a que la denuncia puede ser presentada ante el Ministerio Público o ante las autoridades policiales, cabe tener en consideración que la denuncia **puede ser verbal**, debiéndose consignarla en un acta (inciso 2 del art. 94° de Ley Orgánica del Ministerio Público), por lo que se debe actuar inmediatamente frente a la renuncia de las autoridades (PNP o fiscales provinciales) para admitir este tipo de denuncias, exhortándolas a recibirla en tanto que se estaría afectando el derecho a la tutela jurisdiccional.

Por otro lado, una vez que se ha verificado que ésta ha sido presentada y admitida es necesario estar atentos con relación a las medidas que deberán adoptar la autoridad policial o el Fiscal Provincial, a fin de guardar la **reserva de la identidad** de la víctima, según lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 3.1 de la Ley N° 27115, y el acápite c) del inciso 1) del art. 95° del NCPP. En este sentido, puede ser útil que las dependencias policiales tengan un registro especial de denuncias y que le asignen una clave a la víctima.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 2004. Expediente N° 1348-2004- AA/TC. F.J. 4.



## **b) Trámite de la denuncia**

Los comisionados y comisionadas de la Defensoría del Pueblo deberán verificar las siguientes situaciones:

- a) Que la autoridad policial, una vez recibida la denuncia, la **comunique** al representante del Ministerio Público; en este caso, al Fiscal Provincial de Familia o Mixto.
- b) Que la declaración policial de la víctima se realice o se haya realizado con la presencia del Fiscal y de un familiar de ésta o una persona de confianza, siempre que no sean los denunciados (inciso "b" del art. 144° del NCNA, e inciso 3 del art. 95° del NCPP). Se debe tener muy presente que la ausencia del representante del Ministerio Público se sanciona con la nulidad de la diligencia. Cabe recordar que, según la normatividad vigente (art. 143° del CdPP), esta declaración tendrá el **carácter de preventiva**.
- c) Que haya estado presente el abogado de oficio (art. 146° del NCNA) a falta de un abogado particular.
- d) Que no se formulen preguntas impertinentes o que atenten contra la dignidad de la víctima. Por ejemplo, constituiría una pregunta impertinente preguntar respecto al número de enamorados que la víctima ha tenido, la indumentaria que llevaba en el momento de la comisión del hecho delictivo. En ese sentido, es importante recordar a las autoridades competentes la necesidad de efectuar el interrogatorio con estricto respeto a la dignidad de la persona y considerar su condición de víctima.
- e) Que el fiscal presente en la declaración de la víctima ordene la realización de los exámenes clínico y psicológico del menor de edad agraviado (inciso "b" del art. 144° del NCNA). Su actuación debe ser inmediata. Sobre el particular es importante verificar que la víctima haya asistido acompañada por un familiar y que haya prestado su previo consentimiento (art. 3.2 de la Ley N° 27115) para la realización de estos exámenes, lo que implica que no se le pueda imponer u obligar a la víctima menor de edad a someterse al examen ginecológico.

No obstante, hay que tener presente que el Nuevo Código Procesal Penal permite el examen corporal de las víctimas, aún sin su consentimiento, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (inciso 1 del artículo 202°). En este caso, resulta atendible que se disponga el reforzamiento de las medidas orientadas a evitar la victimización secundaria del (o de la) menor de edad agraviado (o agraviada) o alguna afectación severa de su estado emocional y psicológico.

Es importante recordar que dichos exámenes se pueden realizar, según lo prescrito en el art. 3° de la Ley N° 27055, tanto en las dependencias del Instituto de Medicina Legal (IML) como en los establecimientos de salud estatales (entiéndase, Ministerio de Salud) y los centros médicos privados autorizados.

- f) La presencia del Fiscal Provincial Penal durante la declaración del denunciado (art. 10° de la L.O.M.P.)

- g) Que en caso de que se presenten determinadas circunstancias (situación de peligro de los menores de edad y/o peligro de fuga) se adopten las medidas de protección a favor de las víctimas (art. 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar) y/o cautelares contra el denunciado (art. 2° Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la PNP y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito) más **idóneas**.

Es importante señalar que, en casos de urgencia y peligro de demora, el Fiscal puede solicitar la detención judicial preliminar hasta por 24 horas, aún cuando no se configure la situación de flagrancia (art. 2°, Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito). En estos casos se debe poner al detenido, inmediatamente, a disposición del Juez.

- h) Que la autoridad a cargo de las investigaciones actúen las diligencias que puedan coadyuvar al mejor esclarecimiento de los hechos como, por ejemplo, la inspección ocular, registros domiciliarios, entre otras. No obstante, es importante velar porque la actuación de las diligencias no implique la dilación injustificada de la investigación policial.

### c) La formalización o no formalización de la denuncia fiscal

Actuadas las diligencias dispuestas por el Fiscal Provincial, se deberá verificar si, adoptada la decisión de formalizar o no formalizar denuncia penal (artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 77° del CdPP), se efectuó una adecuada evaluación respecto de la existencia de indicios mínimos suficientes de comisión de delito, así como de otros requisitos formales previstos en las normas.

Especialmente relevante en los casos de no formalización de denuncia resulta verificar si la subsunción típica o el juicio de tipicidad se ha realizado de manera adecuada.

### 1.2.3. Etapa judicial

#### a) El auto de apertura de instrucción

- 1) Una vez formalizada la respectiva denuncia y emitido (o no emitido) el auto de apertura de instrucción (artículo 77° del Código de Procedimientos Penales y art. 334° del NCPP), al igual que en la denuncia, resulta importante verificar si la subsunción típica y la valoración de los recaudos probatorios se ha realizado en forma adecuada.
- 2) Del mismo modo tiene especial importancia verificar si es que, constatadas determinadas circunstancias, se adoptaron las medidas de protección a favor de las víctimas (art. 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar) y/o cautelares contra el denunciado (arts. 135°, 143° y 144° del Código Procesal Penal de 1991) más **idóneas**. Entre las medidas de protección se pueden mencionar, a manera de ejemplo, el retiro del domicilio del agresor, o el impedimento de acoso a la víctima, orientadas a impedir la proximidad entre ésta y el presunto agresor.
- 3) Resulta conveniente recordar, al respecto, que una vez dictado el auto de apertura de instrucción en los casos de delitos sexuales entre cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de



consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, al Juez Penal le corresponde dictar las medidas de protección y/o cautelares previstas en la misma norma, incluyendo la detención del procesado (arts. 25° y 26° del Decreto Supremo N° 006-97-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar).

- 3) Los comisionados y comisionadas deben tener presente que el Juez Penal puede ordenar que se tome una nueva declaración a la víctima menor de edad.

Al respecto hay que considerar que la realización de esta diligencia, de suyo **excepcional**, se encuentra condicionada a la presencia de las siguientes situaciones:<sup>22</sup>

- a) La declaración no se haya realizado de acuerdo con lo estipulado en el inciso "b" del art. 144° del NCNA;
- b) La primera declaración resultó incompleta o deficiente;
- c) Lo solicite la propia víctima o su abogado defensor;
- d) Luego de emitida la versión del imputado o testigos sea necesario aclarar la información proporcionada por la víctima.

Además, se debe tener en cuenta que la realización de la nueva declaración estará igualmente condicionada al estado físico y emocional de la víctima (artículo 3.3 de la Ley N° 27115).

## **b) Principales actuaciones dentro de la instrucción**

Instaurado el proceso penal se procederá a la actuación de determinadas diligencias, que exigirá que los comisionados y comisionadas verifiquen principalmente:

- 1) Que el (o la) menor de edad acudió a declarar acompañado (o acompañada) de algún familiar, si estuvieron presentes su abogado de oficio (inciso 3 del art. 15° del Decreto Supremo N° 005-99-JUS, Reglamento del Sistema Nacional de Defensa de Oficio, y art. 146° del NCNA) y el representante del Ministerio Público (inciso "b" del art. 144° del NCNA); y si se formularon preguntas impertinentes.
- 2) Si durante la instrucción se ordenaron o actuaron las diligencias de confrontación y/o la reconstrucción con intervención de la víctima menor de 14 años de edad en el primer caso y menor de 18 años de edad en el segundo caso (artículo 143°, segundo párrafo del CdPP, el inciso 3 del art. 182° y el inciso 3 del art. 194° del NCPP), cuya presencia está prohibida, si es que ésta no fue solicitada por la propia víctima, su representante o su abogado defensor.
- 3) Asimismo, a los efectos de recabar la testimonial de los menores de edad afectados por los hechos, se adoptarán las medidas dirigidas a garantizar su estado emocional (inciso 13 del artículo 171° del Nuevo Código de Procesal Penal), pudiéndose ordenar que un psicólogo realice el interrogatorio.

<sup>22</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Lima: Grijley, 2000, pp. 247 y 248.

- 4) Si se actuaron las diligencias de ratificación pericial (arts. 167° y 168° del CdPP y art. 181° del NCPP), y si la demora de actuación se debió a negligencia del órgano jurisdiccional o de la entidad para la cual laboran los peritos, o de los propios peritos.
- 5) Si las actuaciones dilatorias se deben a la falta de impulso procesal por parte de los órganos jurisdiccionales.

### c) Emisión de acusación o del auto de sobreseimiento

Concluida la fase de instrucción corresponde a los órganos del Ministerio Público emitir dictamen fiscal, pronunciándose sobre la existencia de elementos de prueba que permitan formular o no acusación (arts. 221° y 225° del CdPP; arts. 344° y 349° del NCPP, y art. 92° del LOMP).

En el primer caso, el órgano jurisdiccional procederá a emitir auto de enjuiciamiento si se trata de procesos ordinarios (art. 229° del CdPP y art. 353° del NCPP), o a la expedición de sentencia, si se trata de procesos sumarios (art. 6° del Decreto Legislativo N° 124).

En el segundo supuesto, el órgano jurisdiccional puede emitir un auto de sobreseimiento o archivamiento (art. 221° del CdPP, y arts. 346° y 347° del NCPP), que puede ser **definitivo** (no se ha comprobado el delito) o **provisional** (no se ha comprobado la responsabilidad del procesado).

En este momento procesal es relevante que los comisionados y comisionadas verifiquen concretamente la adecuada valoración de los elementos de prueba y la debida fundamentación de esta decisión, en tanto que, siendo una resolución que pone fin al proceso a la cual se le asocian los efectos de la cosa juzgada, podría afectar el derecho a la tutela jurisdiccional (inciso 5 del art. 139° de la Constitución). En estos casos, los comisionados deberán sugerir a las víctimas o familiares la posibilidad de interponer los recursos impugnatorios correspondientes, incluso la eventualidad de interponer una acción de amparo.

### d) Juicio Oral

Durante esta fase del proceso en el que básicamente se actúan las pruebas es fundamental ser vigilantes con relación a la legalidad de su actuación, como a las situaciones que puedan determinar la victimización secundaria de las víctimas (por ejemplo: confrontaciones entre la víctima y el presunto responsable, a pesar del estado emocional y psicológico precario de la primera), y asimismo respecto de la realización reservada del Juicio Oral (art. 218° del CdPP y literal "a" del inciso 1 del art. 357° del NCPP).<sup>23</sup>

### e) Sentencia

Una vez actuadas las pruebas o desarrollada la actividad probatoria, el órgano jurisdiccional estará en condiciones de emitir sentencia de fondo, la que puede ser condenatoria o absolutoria.

<sup>23</sup> Un sector de la doctrina considera que, como consecuencia de la modificación realizada a través de la Ley N° 28704, este tipo penal ha quedado vacío de contenido, ya que si la víctima cuenta con menos de 18 años de edad, se comete el tipo penal de violación de menor de edad (art. 173° del C.P.).



Resulta relevante tener en consideración, a este propósito:

1. La fundamentación y motivación de esta resolución (inciso 5 del art. 139° de la Constitución), concretamente si esta última es suficiente,<sup>24</sup> además de coherente, congruente<sup>25</sup> y lógica<sup>26</sup> (inciso 3 del art. 394° del NCPP).
2. En este marco también es importante estar atentos al proceso de valoración de las pruebas actuadas, si en dicho marco se ha observado debidamente el criterio de conciencia o el principio de la sana crítica (art. 283° del CdPP y art. 158° del NCPP). En este sentido es importante recordar que, como enseña Maier, este principio exige que la valoración crítica de las pruebas (directas y/o indiciarias) sea **racional y completa**.<sup>27</sup>
3. Además, con relación a la valoración de las pruebas, resultará importante tener presente lo siguiente:
  - a) Que, generalmente, estos delitos se cometen en la clandestinidad, es decir, sin la presencia de testigos y/o en lugares solitarios, por lo que adquiere mayor relevancia la valoración de pruebas indirectas o indiciarias.
  - b) En los casos de delitos de violación sexual no es indispensable prueba física de la rotura del himen (por ejemplo, himen complaciente).
  - c) La declaración de un menor de edad víctima de delitos sexuales no debe ser desestimada o subvalorada, sobre la base de su minoría de edad.
  - d) El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre de 2005 (Fundamento 10), establece que la sola declaración de las víctimas puede ser suficiente para destruir la presunción de inocencia y posibilitar la condena del acusado, siempre y cuando se observe la presencia de tres requisitos, a manera de garantías de certeza:
    - a) **Ausencia de incredulidad subjetiva**, es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de las declaraciones;
    - b) **La verosimilitud del testimonio**, basada en la solidez y coherencia de las declaraciones, así como la concurrencia de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo;
    - c) **Persistencia de la incriminación**.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia del 27 de septiembre del 2005, Expediente N° 4289-2004-AA/TC, fundamento 10.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia del 26 de octubre del 2006, Expediente N° 04228-2005-HC/TC, fundamento 1.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia del 20 de enero del 2006, Expediente N° 6712-2005-PHC/TC, fundamento 10.

<sup>27</sup> MAIER, Julio B. J. "Derecho Procesal Penal", Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, p. 871. En igual sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 5 de abril del 2007, Expediente 1014-2007-PHC/TC, ha señalado en el fundamento 22 que: "no se trata de que la formación de convicción jurídica sobre una determinada prueba y, por ende, de la responsabilidad del procesado quede absolutamente a la libre discreción del juzgador, sino que está delimitada tanto por la argumentación e interpretación jurídica que debe realizar, como también sobre la base de argumentos objetivos y razonables...".

- 4) Por último, resulta fundamental observar si las penas impuestas se encuentran dentro de los límites legales fijados en cada tipo penal, si se han tenido en cuenta los criterios de determinación e individualización de las penas (arts. 45° y 46° del Código Penal) y si el monto de la reparación civil es proporcional al daño ocasionado (art. 93° del Código Penal).



## NOTAS

## ANEXOS

**Lineamientos de Actuación Defensorial Frente  
a Casos de Violencia Sexual de Niños, Niñas y  
Adolescentes**

---

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala de Derecho Constitucional y Social**

**CONSULTA N°2224-2007  
AREQUIPA**

---

Lima, veinte de noviembre del dos mil siete.

**VISTOS Y ATENDIENDO:**

**PRIMERO:** Viene en consulta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Resolución de fecha diez de agosto del dos mil siete emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas cincuenta y tres, en el extremo que declara inaplicable al presente caso el artículo 173 inciso 3° del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704, por ser incompatible con la Constitución Política del Estado.

**SEGUNDO:** El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de Fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentra que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

**TERCERO:** En el presente caso, la Sala Superior ha determinado que la Ley 28704 que modifica el artículo 173 del Código Penal vulnera los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1° de la Constitución Política del Estado), derecho a la libertad (artículo 2 inciso 24° literal a) de la Carta Magna), y el principio de la legalidad penal al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes (artículo 2 inciso 24° literal d) de la Constitución de 1993).

**CUARTO:** En efecto, la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la libertad de las personas, sin transgredir los derechos de los demás, por lo que la persona puede disponer de su vida sexual, sin interferencia del Estado, mientras no perjudique a los demás; y si bien es cierto el Derecho Penal, mediante la Ley 28704, establece una sanción para quien comete el acto sexual con menor de edad, dicha norma se contrapone con la Constitución misma, que garantiza el derecho a la libertad de las personas y en este caso de los menores de edad, desde el momento que el ordenamiento legal en materia civil, permite el matrimonio entre menores de edad de dieciséis años en adelante.



**QUINTO:** En los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido es precisamente esta, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad. Mas, cuando se encuentran ausentes de la estructura psíquica del sujeto, el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para ejercer libremente los sentimientos individuales del sexo; razón por la cual se tutela el pudor sexual. De ahí que, si entendemos que la edad en la que se comete el hecho es a los diecisiete años, que existe normatividad en el Orden Civil que permite el matrimonio entre los mayores de dieciséis años y que la Constitución Política del Estado garantiza el derecho a la libertad de las personas, entendiéndose que un menor de dieciséis años en adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, y al castigarse dicha conducta se estaría vulnerando el derecho a la libertad de las personas previsto en la Constitución Política del Estado.

En consecuencia: **APROBARON** la Resolución consultada de fojas cincuenta y tres, de fecha diez de agosto de dos mil siete; en cuanto declara **INAPLICABLE** para el caso concreto el artículo 173 inciso 3º del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704; al procesado Sabino Paraguayo Quispe por el delito de violación de la Libertad Sexual en agravio de J.M.L.S.; y los devolvieron.- **Vocal Ponente.- Sánchez-Palacios Paiva**

S.S.

**SANCHEZ.PALACIOS PAIVA**

**GAZZOLO VILLATA**

**PACHAS AVALOS**

**FERREIRA VILDOZOLA**

**SALAS MEDINA**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA PLENO  
JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES**

**PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

**ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116**

**Concordancia Jurisprudencial**

**Art. 116° TUO LOPJ**

**ASUNTO:** Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173° 3 CP,  
modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

## **ACUERDO PLENARIO**

### **I. ANTECEDENTES.**

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas en las que la aplicación del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal recaía sobre imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas

del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

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. Se designó como ponentes a los señores Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para "...el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".
7. Por otro lado, el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad.

De igual manera, el artículo 179° A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que "...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años". Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien "...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años".

8. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: "...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado" (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima,

al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social–] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: Introducción al Derecho Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal –incluso si se tiene en cuenta delitos de una indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida– es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.
10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad –por lo contradictorio e impicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes– a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.
11. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub judice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:
  - a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
  - b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
  - c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
  - d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.
12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio,

entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento– puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

### III. DECISIÓN.

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias 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; por unanimidad:

#### ACORDARON:

14. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
15. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
16. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SILDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDOÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERÓN CASTILLO

ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES  
PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

**ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116**

**Concordancia Jurisprudencial**

**Art. 116° TUO LOPJ**

**ASUNTO: Aplicación del artículo 173°. 3 del Código Penal**

---

**Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-**

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

## **ACUERDO PLENARIO**

### **I. ANTECEDENTES.**

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
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. Se ratificó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 1. El sub tipo legal agravado del art. 173°.3) del Código Penal.

6. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad–, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173° 3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional–, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma Rubio Correa, Marcial, “...en que si la sociedad tiene dos consideraciones



*simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...*" (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

## **2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso.**

10. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: *"Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción"*. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, *"Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua"*.

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos– invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo.

### **3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.**

12. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción–. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor– cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada– han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

### **III. DECISIÓN**

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial 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; por unanimidad;

**ACORDARON:**

14. Establecer como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.
15. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.
16. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

Gonzales Campos

San Martín Castro

Villa Stein

Lecaros Cornejo

Prado Saldarriaga

Rodríguez Tineo

Valdez Roca

Rojas Maraví

Ponce De Mier

Molina Ordoñez

Santos Peña

Vinatea Medina

Príncipe Trujillo

Pariona Pastrana

Zecenarro Mateus

Calderón Castillo

Urbina Ganvini