

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**UPAGU**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**INCREMENTO DE LA PENA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL  
EN MENOR DE EDAD Y EL CUMPLIMIENTO DEL FIN DE LA PENA EN  
EL PERÚ**

**POR**

**Isaías Vijay Valdivia Meléndez**

**Leocadio Joel Malca Vassallo**

**ASESOR**

**Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión**

**Cajamarca – Perú**

**Marzo – 2021**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**UPAGU**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**INCREMENTO DE LA PENA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL  
EN MENOR DE EDAD Y EL CUMPLIMIENTO DEL FIN DE LA PENA EN  
EL PERÚ**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el  
Título Profesional de Abogado**

**Bach. Isaías Vijay Valdivia Meléndez**

**Bach. Leocadio Joel Malca Vassallo**

**Asesor: Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión**

**Cajamarca – Perú**

**Marzo – 2021**

COPYRIGHT © 2021 DE

**Isaías Vijay Valdivia Meléndez**  
**Leocadio Joel Malca Vassallo**

Todos los derechos reservados

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

INCREMENTO DE LA PENA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN  
MENOR DE EDAD Y EL CUMPLIMIENTO DEL FIN DE LA PENA EN EL  
PERÚ

Presidente: Dr. Fernando Tantaleán Odar  
Secretario: Mg. Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla  
Asesor: Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión

A:

A Dios, por estar y porque ha estado con nosotros a cada paso y momento de nuestras vidas, cuidándonos y dándonos fortaleza para continuar.

A nuestros padres, pilares fundamentales en nuestra vida, porque sin ellos, jamás hubiésemos podido conseguir lo que hasta ahora hemos conseguido. Su tenacidad y lucha insaciable han hecho de ellos el gran ejemplo a seguir y destacar en nuestra vida profesional.

A nuestras familias, quienes durante el transcurso de nuestra vida han cuidado por nuestro bienestar y educación siendo nuestro apoyo en todo momento. También por su entera confianza en cada reto que se nos presentaba.

La UPAGU, por albergarnos en sus aulas hasta alcanzar nuestro objetivo, hacernos profesionales. A ellos esta investigación, que, sin ellos, no hubiésemos podido alcanzar esta meta.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>ÍNDICE DE FIGURAS Y DE TABLAS .....</b>	<b>i</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>i</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>i</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>1</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
1.1. Planteamiento del Problema.....	2
1.1.1. Descripción de la realidad problemática .....	2
1.1.2. Definición del problema .....	5
1.1.3. Objetivos .....	6
Objetivo General .....	6
Determinar la medida en que el incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad permite cumplir con los fines de la Pena en el Perú 1991-2020. ....	6
Objetivos Específicos.....	6
a) Explicar la relación entre el incremento de la pena privativa de libertad en los delitos de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena	6
6	
b) Establecer si el tipo de relación entre el incremento de la pena privativa de libertad en los delitos de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena reduce la incidencia de estos casos delictivos.....	6
1.1.4. Justificación e importancia .....	6
<b>2. CAPÍTULO 2.....</b>	<b>8</b>
<b>MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>8</b>
2.1. Antecedentes teóricos .....	8
2.2. El delito de Violación Sexual de Menor de Edad en la legislación peruana .....	10
<b>a. Tipo Objetivo.....</b>	<b>14</b>
<b>1. Sujeto Activo.....</b>	<b>14</b>
<b>2. Sujeto Pasivo.....</b>	<b>14</b>
<b>3. Acción Típica .....</b>	<b>15</b>
<b>4. Tipo Subjetivo .....</b>	<b>15</b>
<b>5. Consumación .....</b>	<b>15</b>
<b>6. Concurso de Delitos.....</b>	<b>16</b>

2.3.	Teoría general del delito .....	16
2.3.1.	<b>Funciones de la teoría del delito</b> .....	17
2.3.2.	<b>Elementos del delito</b> .....	18
2.4.	Teoría de la pena .....	21
2.4.1.	Las teorías positivas de la pena .....	23
A.	<b>Las teorías Absolutas, de la Retribución, de la Expiación o de la Justicia</b> .....	23
B.	<b>Las teorías Relativas o Preventivas</b> .....	24
2.5.	Respecto de los Fines de la pena.....	28
2.5.1.	<b>La teoría garantista de Ferrajoli</b> .....	29
2.5.2.	<b>El Derecho Penal del enemigo</b> .....	30
2.5.3.	<b>Principio de proporcionalidad</b> .....	31
2.6.	Marco conceptual .....	32
2.6.1.	Fin de la pena .....	32
2.6.2.	Incremento de la pena .....	32
2.6.3.	Violación sexual de menor de edad.....	32
2.6.4.	Pena tasada .....	33
2.7.	Hipótesis.....	33
<b>3.</b>	<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>33</b>
	<b>METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>33</b>
3.1.	Tipo de investigación.....	33
4.1.	Diseño de investigación.....	34
4.2.	Área de investigación .....	34
4.3.	Dimensión temporal y espacial .....	34
4.4.	Unidad de análisis, población y muestra .....	36
4.5.	Métodos .....	37
4.6.	Técnicas de investigación .....	37
4.7.	Instrumentos.....	37
4.8.	Limitaciones de la investigación .....	40
<b>4.</b>	<b>CAPÍTULO 4.....</b>	<b>42</b>
	<b>Análisis del incremento de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad y su incidencia en los fines de la pena. ....</b>	<b>42</b>
4.1.	Evolución del incremento de la pena en las modificatorias al Artículo 173° del código penal.....	42
4.2.	Evolución del índice delictivo del delito de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena.....	45

1. Respecto a la relación entre el incremento de la pena y el cumplimiento de los fines de la pena.....	47
<b>5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>50</b>
<b>6. LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>52</b>



## ÍNDICE DE FIGURAS Y DE TABLAS

<b>1.1. TABLA 01</b> : modificatorias al artículo 173° del código penal.....	35
<b>1.2. TABLA 02</b> : ficha de recolección de datos y análisis.....	38
<b>1.3. TABLA 03</b> : modificatorias y cumplimiento de características jurídicas.....	47
<b>1.4. FIGURA 01:</b> índice de penas por modificatoria.....	42
<b>1.5. FIGURA 02:</b> denuncias por violación sexual a personas menores de 18 años de edad, según sexo de la víctima, 2011-2019.....	45
<b>1.6.FIGURA 03</b> : denuncias y sentencias por violación sexual a menor de edad 2011-2020.....	46
<b>1.7.FIGURA 04:</b> incremento de denuncias en número y porcentaje por año.....	46

## **RESUMEN**

La presente investigación gira en torno al incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad y el cumplimiento del fin de la pena en el Perú, teniendo como punto de partida el texto original del Artículo 173° del Código Penal de 1991, donde se regulaban penas de entre 5 hasta 15 años de pena privativa de libertad, llegando así a la actual modificatoria realizada mediante la Ley N.º 30838 de fecha 04 de agosto del 2018, donde se establece una pena privativa de libertad de cadena perpetua.

Se aprecia de esta manera la evolución del aspecto normativo a través del tiempo de los tipos penales en este tipo de delito, los cuales han sufrido mayores modificaciones legislativas con el correr de los años, teniendo en cuenta que estas modificaciones no han sido relevantes para evitar o prevenir el delito de violación sexual en menores de edad. Más por el contrario en estos últimos tiempos se ha incrementado el índice delictivo, por lo que, se conocerá dónde se encuentra el verdadero problema, teniendo en cuenta las distintas políticas que ha implementado el estado, una de ellas el de incrementar la pena privativa de libertad, bajo el entendimiento de que a mayor pena se conseguirá disuadir de cometer este delito, sin embargo, se verá que esta estrategia ha resultado poco eficiente.

**Palabras Clave:** Fin de la pena, Incremento de la pena, Violación sexual de menor de edad, pena tasada.

**Línea de investigación:** Criminología y eficacia del derecho penal en la sociedad.

## **ABSTRACT**

The present investigation revolves around the increase of the penalty in the crimes of rape in minors and the fulfillment of the end of the sentence in Peru, taking as a starting point the original text of Article 173 of the Penal Code of 1991, where penalties of between 5 and 15 years were regulated, thus reaching the current amendment made by Law No. 30838 dated August 4, 2018, which establishes a custodial sentence of life imprisonment.

In this way, the evolution of the normative aspect over time of the criminal types in this type of crime is appreciated, which have undergone major legislative modifications over the years, taking into account that these modifications have not been relevant to avoid or prevent the crime of rape in minors. On the contrary, in recent times the crime rate has increased, so it will be known where the real problem is, taking into account the different policies that the state has implemented, one of them increasing the private sentence of freedom, under the understanding that the greater the penalty it will be possible to dissuade from committing this crime, however, it will be seen that this strategy has been inefficient.

**Keys Word:** End of sentence, Increased sentence, Underage sexual assault, assessed sentence.

# **1. CAPÍTULO I**

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación comenzó al analizar las distintas modificatorias, que ha tenido el artículo 173° del Código Penal peruano, toda vez que en la actualidad es el Estado quien ha venido adoptando políticas criminales de autoritarismo, es decir, legislando desde una perspectiva errónea que busca reducir los altos índices criminológicos, bajo el entendimiento de que a mayor pena se conseguirá disuadir de cometer este delito, sin embargo, esta estrategia ha resultado poco eficiente.

Es por ello que éste trabajo está referido al “Incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad y el cumplimiento del fin de la pena en el Perú”, poniendo en tela de juicio el ineficaz incremento de la pena en este delito y de cómo éste significativo incremento no va de la mano con los fines de la pena.

En el presente capítulo se aborda la problemática existente en cuanto al incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena en el Perú, desarrollando así objetivos que llevaron a determinar la verdadera causal de esta problemática.

En el capítulo II se trata los antecedentes normativos para este delito, desarrollando de esta manera las distintas teorías que existen y tratan sobre Teoría de delito y el Fin de la Pena, además de se analizó trabajos que tienen relación con el tema tratado, por lo cual son considerados como antecedentes.

En el capítulo III se establecen los aspectos metodológicos del presente trabajo.

El capítulo IV denominado “Análisis del incremento de la pena privativa de libertad en el delito de violación sexual en menor de edad y su incidencia en los fines de la pena”, se estableció los resultados y discusión a lo que se arribó luego de realizar un análisis en cuanto a tres aspectos importantes: el primero referido a la Evolución del incremento de la pena privativa de libertad en las modificatorias al Artículo 173° del código penal, el segundo, concerniente a la Evolución del índice delictivo del delito de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena y finalmente el análisis del incremento de la pena en el delito de violación sexual en menor de edad y el cumplimiento con los fines de la pena

En el capítulo V se ha considerado conclusiones y recomendaciones que son de mucha importancia.

## **1.1.Planteamiento del Problema**

### ***1.1.1. Descripción de la realidad problemática***

En los últimos años la violación sexual de menor de edad se ha incrementado con más frecuencia, siendo este un delito enmarcado en el tipo penal en el artículo 173° del Código Penal, cuyo texto se ha modificado en ocho oportunidades, teniendo como punto de partida el texto original del Artículo 173° del Código Penal de 1991, donde se regulaban penas de entre 5, 8 y 15 años de pena privativa de la libertad, hasta la actual modificatoria realizada con Ley N.º 30838 de fecha 04 de agosto del 2018, donde se establece una pena privativa de libertad de cadena perpetua.

De esta manera se puede notar que el Estado a lo largo de los años ha venido implementando varias políticas criminológicas, de tal forma que una de ellas ha sido incrementar las penas (específicamente en el delito de violación sexual en menor de edad),

pensando quizá que con esto se podría evitar y resolvería este ilícito penal; pero grande ha sido la sorpresa al notar que el delito se incrementa cada día más, y es que, las estadísticas demuestran que en el Perú los índices delictivos respecto a este delito han incrementado con el correr de los años, de tal forma, el Centros de Emergencia Mujer (CEM) (2010), ha atendido 44,242 casos de violación sexual en menores de edad en lo que corresponde al periodo comprendido entre los años 2002 a 2010, mientras que durante el año 2010 se atendió a 11,611 menores de 18 años de edad víctimas de este delito.

A su vez el Ministerio del Interior (MININTER) –a través de la Dirección de Estadística y Monitoreo de la Oficina de Planeamiento Estratégico Sectorial (2011), en su estudio de Denuncias por violencia sexual a personas menores de 18 años de edad, según sexo de la víctima y departamento realizado entre los años 2011 – 2019, recopila el número de denuncias realizadas denuncia por violencia sexual a personas menores de 18 años de edad a nivel nacional, y nos muestra lo siguiente:

- Año 2011, un total de 4045 denuncias, con un total de 2000 sentencias
- Año 2012, un total de 4567 denuncias, con un total de 1894 sentencias
- Año 2013, un total de 4295 denuncias, con un total de 2313 sentencias
- Año 2014, un total de 4043 denuncias, con un total de 2171 sentencias
- Año 2015, un total de 4088 denuncias, con un total de 2137 sentencias
- Año 2016, un total de 4090 denuncias, con un total de 2656 sentencias
- Año 2017, un total de 4872 denuncias, con un total de 3031 sentencias
- Año 2018, un total de 5055 denuncias, con un total de 3237 sentencias
- Año 2019, un total de 5276 denuncias, con un total de 3800 sentencias

**Fuente: Poder Judicial - Registro Nacional de Condenas.**

De esta manera, se nota que, nuestro país estadísticamente muestra un incremento considerativo respecto a este tipo de delito convirtiéndose en uno de los principales problemas que aqueja a la sociedad peruana.

Es por ello que, en los últimos años se ha puesto en discusión cuál es el verdadero fin de la pena al aplicar e incrementar penas a delitos, penas que aplica el Estado como castigo a los miembros de la sociedad que han cometido algún delito, y, que de ninguna manera estas penas impuestas van a lograr cumplir con los principios y objetivos establecidos por y para los fines de la pena.

Así, el artículo 139° inc. 22 de la Constitución Política del Perú expresamente señala: “el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación, reincorporación del penado a la sociedad”, además de ello este principio es recogido en el Art. IX, del Título Preliminar del Código Penal Peruano que establece: “La Pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”.

Considerando así lo dicho por Prado (2008), quien establece que, “son múltiples las funciones asignadas al fin de la pena, así ésta debe ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para determinar cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible” (p.52).

A su vez, respecto a lo señalado en el párrafo anterior se establece que:

Por regla general, el fin con el cual justifican los legisladores y magistrados la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan (Meini, 2013, pp. 141-167).

Pues bien, no solamente se trata de llegar a una determinación formal para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente, ya que éstas exigencias no se logran cumplir con las penas impuestas ante la comisión del delito de violación sexual en menor de edad, delito que con el correr de los años ha sido objeto de varias modificaciones en sus marcos penales, y, es que desde la entrada en vigencia del Código penal de 1991, a la actualidad en 29 años en que se ha venido aplicando este cuerpo legal, el delito de violación sexual en menor de edad tipificado en el artículo 173° del Código Penal, ha sido modificado en ocho oportunidades, llevándonos de penas que variaban de entre 5, 8, 12, 15, 20 años (anteriormente), hasta la aplicación de cadena perpetua en la actualidad.

Razón por la cual se debe conocer cuáles fueron las razones para que legislador incremente las penas para el delito de violación sexual en menor de edad sin respetar el fin de la pena, para de esta manera dar respuesta a nuestra pregunta de investigación planteada.

**¿En qué medida el incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad permite cumplir el fin de la Pena en el Perú 1991-2020?**

***1.1.2. Definición del problema***

Según la investigación, se plantea la siguiente interrogante: ¿En qué medida el incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad permite cumplir los fines de la Pena en el Perú, 1991-2020?



### ***1.1.3. Objetivos***

#### ***Objetivo General***

Determinar la medida en que el incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad permite cumplir con los fines de la Pena en el Perú 1991-2020.

#### ***Objetivos Específicos***

- a) Explicar la relación entre el incremento de la pena privativa de libertad en los delitos de violación sexual en menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena
- b) Establecer si el tipo de relación entre el incremento de la pena privativa de libertad en los delitos de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena reduce la incidencia de estos casos delictivos

### ***1.1.4. Justificación e importancia***

La presente investigación es importante y encuentra su relevancia científica que la justifica, en el hecho de poner en tela de juicio el ineficaz incremento de la pena en el delito de violación sexual en menor de edad y de cómo éste significativo incremento no va de la mano con los fines de la pena.

De allí que el presente trabajo de investigación se justifica, debido a que nos permitirá conocer dónde se encuentra el verdadero problema, teniendo en cuenta las distintas políticas que ha implementado el estado, una de ellas el de incrementar la pena privativa de libertad, bajo el entendimiento de a mayor pena se conseguirá disuadir de cometer este delito, sin embargo, esta estrategia ha resultado poco eficiente.

Y es que, como se sabe la dogmática penal, prescribe cuáles son los fines de la pena y que ésta tiene que estar de acuerdo y en proporción al daño ocasionado, respetando además sus principales objetivos, los mismos que consisten en la adecuada reeducación, rehabilitación y reincorporación del reo a la sociedad, cumpliendo así adecuadamente con

la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, lo que, aparentemente nuestro cuerpo jurídico no tiene muy claro, por ello es necesario desarrollar un estudio científico para determinar exactamente en qué medida el incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad permite cumplir el fin de la pena en el Perú 1991-2020.

Es por ello que, el presente trabajo de investigación es importante y se justifica en el cambio que puede darse en el ámbito del delito de violación sexual en menor de edad respetando los fines de la pena, llegando a considerar la ineficacia al incrementar las penas, para de esta manera considerar que no solo se debe pretender imponer el ius puniendi, sino que se hace necesaria tratar de cambiar esa perspectiva que tiene el legislador al momento de emitir una norma, ya que, como siempre, legisla desde una visión parcial y fragmentada, sin entender que las normas forman parte de una unidad sistemática.

## **2. CAPÍTULO 2**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes teóricos**

Es importante considerar en esta sección diferentes proyectos e investigaciones encontradas, las cuales están directa o indirectamente relacionadas con el objeto de estudio del presente trabajo y es que, estas investigaciones se relacionan tanto con el problema de investigación como con los objetivos que se espera alcanzar, por lo que, dentro de estos antecedentes, citamos a los siguientes:

Vásquez (2003), quién en su estudio titulado “La pena aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos”, concluye que:

- 1.** El incremento del índice delictivo en el delito de violación sexual refleja que las penas severas últimamente legisladas no han jugado su rol preventivo general intimidando a los potenciales violadores
- 2.** El Estado debe elaborar y operativizar una política criminal eficiente y eficaz para afrontar la criminalidad de los delitos sexuales, la que debe asentarse en un profundo estudio criminológico del problema y abarcar el ámbito familiar, económico, educativo, la comunicación social y recreativo, etc (p.64).

Con estas conclusiones el autor nos da a entender que, si bien existen penas considerables para el delito de violación sexual en menor de edad, éstas en ningún momento van a lograr reconducir y disuadir al delincuente para que pueda no cometer el ilícito penal, es por ello que se hace necesaria la elaboración de una política criminal que permita cumplir con los fines de la pena.

Peña (2009), al estudiar “Pluricausalidad criminógena en los delitos contra la libertad sexual: violación de menor, artículo 173° del código penal”, en sus conclusiones sostiene que:

1. El agresor sexual ha padecido una socialización deficiente y que por lo general ha sufrido violación sexual en su niñez o adolescencia, que no ha podido superar ni recibir tratamiento especializado, asimismo la exposición a la obscenidad y la propia actividad sexual proporciona una base para las fantasías sexuales futuras.
2. Los elementos endógenos, exógenos y/o la combinación de ambos intervienen preponderantemente en la comisión de los delitos de violación sexual de menores de edad;
3. Asimismo, en la comisión del delito influye la falta de educación razonable que navega en la profunda crisis social que vive nuestro país (p. 166).

En esta investigación se hace evidente el déficit que existe en el sistema penal peruano, toda vez que no se logra cumplir adecuadamente con la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, teniendo en consideración que si se sentencia a una persona a cadena perpetua por la comisión del delito analizado, el mismo sistema penitenciario no va a poder realizar una adecuada reeducación, rehabilitación y reincorporación del reo a la sociedad, o quizá de alguna manera las dos primeras se logren cumplir, pero con la pena de cadena perpetua el tercer indicador de ninguna manera se va a poder efectuar.

A su vez, Zavaleta (2014). Al realizar un estudio que denominó “La Sobrecriminalización en el Ordenamiento Penal Nacional”, en donde se planteó como objetivo general determinar si la sobrecriminalización de las conductas tipificadas en el

Código Penal peruano, como herramienta de control social, resulta eficaz para alcanzar la seguridad y la convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país (p. 14), de esta manera concluye que:

Muchos de nuestro legisladores no brindan soluciones reales al problema de la delincuencia, es decir, no atacan las verdaderas causas que originan la criminalidad en nuestro país, como son las carencias sociales y económicas, las mismas que condicionan las conductas de las personas, es por ello que ésta inseguridad ciudadana puede ser superada si el Estado creara un sistema educativo que disminuya las cifras de deserción escolar que inciden en la criminalidad, y que, además, ofrezca oportunidades laborales a todos los sectores de la sociedad; ya que como se refleja con el pasar de los años que sobrecriminalizando los delitos y las penas no se ha detenido el avance del delito, por el contrario, se constata un aumento progresivo ya que el derecho penal se ha divorciado de los valores y principios que inspiran una política criminal, satisfaciendo metas más bien inmediatas, postergando una solución integral al problema de la delincuencia (p. 126).

En este caso se hace evidente que en la actualidad el Derecho Penal viene siendo utilizado como *prima ratio*, al incrementar penas a delitos sin obtener ningún resultado, más aún cuando es el Estado quien debe desempeñar un rol Preventivo, Protector y Resocializador, y debe ser quien garantice el bienestar social de sus ciudadanos.

## **2.2. El delito de Violación Sexual de Menor de Edad en la legislación peruana**

Desde la vigencia del Código Penal de 1991, a la actualidad en 29 años de aplicación de este cuerpo legal, el delito de violación sexual de menor de edad el que se encuentra tipificado en el artículo 173° del Código Penal, ha sido modificado en ocho oportunidades y

es que al no encontrar solución al incremento del índice delictivo en este delito, se ha tratado de incrementar la pena, sin considerar que éstas penas deberían estar acorde a los fines de la pena, por lo que, a continuación detallamos las distintas modificatorias que ha tenido el presente artículo:

1. Artículo 173° del Código Penal 1991, con aplicación de penas no menor a 5 ni mayor a 15 años.
2. Ley N° 26293, de fecha 14 de febrero de 1994, establece penas entre 10 a 25 años, siendo una Ley que modifica el código penal y el código de ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.
3. Decreto Legislativo N° 896, de fecha 24 de mayo de 1998, establece penas de 20 a 30 años o cadena perpetua según sea la agravante.
4. Ley N° 27472, de fecha 05 de junio del 2001, establece penas de 10 a 25 años, retirando la pena de cadena perpetua, a través de esta Ley se deroga los Decretos Legislativos Número 896 y 897, que elevan las penas y restringen los derechos procesales en los casos de delitos agravados; es decir, establece rebajas en las penas de diversos delitos, entre ellos los delitos contemplados en el artículo 173 y 173 - A del Código Penal, los cuales establecen las penas para los delitos de violación sexual en menores de catorce años.
5. Ley N° 27507, de fecha 13 de julio del 2001, donde se establece penas de 20 hasta 30 años, es aquí donde se reincorpora la pena de cadena perpetua, de esta manera esta Ley restablece el texto de los Artículos 173 y 173- A del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 896.

6. Ley N° 28251, de fecha 08 de junio del 2004, se implementan penas concernientes a 20 y 30 años, se sigue incorporando la cadena perpetua, a su vez, se amplía los delitos de violación sexual e incluye la trata de personas y delitos sexuales contra menores de edad.
7. Ley N° 28704, de fecha 05 de abril del 2006, se establecen penas de entre 25 a 35 años, considerando de igual forma la cadena perpetua, a su vez, esta Ley modifica artículos del código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena.
8. Ley N° 30076, de fecha 19 de agosto del 2013, esta Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, se estableció penas de 30 a 35 y se sigue incorporando la pena de cadena perpetua según sea el agravante.
9. Ley N°30838, de fecha 04 de agosto del 2018, ley que modifica el código penal y el código de ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, siendo la última modificatoria realizada al presente artículo se establece la pena de cadena perpetua sin importar el agravante.

De esta manera se precia el cambio sustancial que ha tenido el presente artículo respecto al incremento de las penas, claro está que se buscó dar solución a un conflicto que a la fecha parece no tener solución.

De tal forma que en la actualidad el artículo 173° - “VIOLACIÓN DE MENOR DE EDAD” señala:

*El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua.*

Según esta última modificatoria, basta que la víctima tenga una edad menor a catorce años, por otro lado, no se ha regulado la situación o posición del agente respecto al cargo o vínculo familiar que pueda dar un grado de autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, es decir, ahora si el violador de un menor de siete años de edad, es un familiar directo o una persona extraña del seno de la familia, cualquiera sea la situación la pena a imponerse al violador será de cadena perpetua.

### **2.2.1. Bien Jurídico Protegido**

Según Salinas (2005), señala que en esta figura delictiva se tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad (p.183).

Y es que en principio se habla de que debe existir un normal desarrollo de la sexualidad del menor, ya que éste puede verse afectado como consecuencia de las relaciones sexuales prematuras; y es por ello que mientras a más corta edad de la víctima, los efectos serán más perjudiciales para ella y por ende las penalidades impuestas también serán mayores.

Avalos (2005), precisa en la ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 63-04-La Libertad, lo siguiente:

“El delito de violación sexual de menor de catorce años de edad se encuentra previsto y sancionado por el artículo ciento setentitres del Código Penal, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina



penal: “En el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico en el futuro. De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues éste carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure<sup>1</sup> de la incapacidad de los menores para consentir válidamente” (p. 243).

En este caso se precisa que el ejercicio de la sexualidad con menores está prohibido ya que ésta puede afectar el desarrollo de su personalidad y a su vez producir serias alteraciones que pueden incidir en su vida y psicología.

### **a. Tipo Objetivo**

#### **1. Sujeto Activo**

En este caso comúnmente este tipo de delito es cometido por un hombre, no obstante, una mujer también puede cometer este tipo de delito, de esta manera una mujer que alega haberle hecho un favor a un menor de catorce años, será reprimida con la misma pena que el hombre que abusa de un menor, pues como se ha precisado la libertad sexual es la privativa tanto del hombre como de la mujer, esto sin interés de su opción sexual.

#### **2. Sujeto Pasivo**

Puede ser tanto hombre como mujer menor de catorce años, es más en este aspecto entra a tallar los menores de 18 años, ya que luego de la sanción de la Ley N° 28704. Puede ser también una persona sometida a prostitución siempre y cuando este inmersa en una edad menor a los catorce años, de lo contrario si es menor de dieciocho años, ésta figura típica será reprimida según el artículo 179°-A.

---

<sup>1</sup> loc. adj. Der. Dicho de una presunción legal: Que no admite prueba en contrario.

### **3. Acción Típica**

El comportamiento típico del delito de violación sexual de menor de edad, consiste en realizar el acceso carnal con un menor de edad, si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.; dicho acceso puede ser por vía vaginal, anal o bucal. También se configura el delito si el agente realiza un acto análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vagina o el ano de la víctima.

### **4. Tipo Subjetivo**

Es la consecuencia y voluntad de la realización típica, es decir, la esfera cognitiva del dolo, debe abarcar el acceso carnal sexual a un menor de dieciocho años, claro está, el conocimiento está condicionado a la edad cronológica que se ha previsto en los tres supuestos típicos. Esto implica el conocimiento de la edad de la víctima y la información del carácter delictivo del hecho, éste último refiere en realidad al error de prohibición.

El error de tipo a su vez puede ser vencible e invencible. El error invencible radica sobre un elemento esencial del tipo, así su presencia en el conocimiento del autor es imprescindible para que pueda configurarse la realización típica de un delito. En tanto el error vencible, se presenta cuando el autor no ha tomado la diligencia debida para poder evitar el error, pudiéndolo haber hecho; en consecuencia, el delito será sancionado como culposo, siempre y cuando esté previsto en la norma penal.

### **5. Consumación**

El delito de violación sexual en menor de edad se consuma con el acceso carnal, en cualquiera de las vías descritas en el artículo, y es que basta para que se perfeccione el hecho delictivo con que el miembro viril ingrese de forma parcial, así como otra parte del

cuerpo y/o análogos al pene. De esta manera hay consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual de la víctima.

## **6. Concurso de Delitos**

En este caso el delito de violación sexual de menor de edad concurre principalmente con los delitos de: Homicidio, Secuestro, Robo y lesiones, cuando se afecta en simultaneo la intangibilidad sexual y la esfera corporal, se constituye el delito de lesiones en concurso ideal, así también si se produce la muerte de la víctima.

Esto también dependerá de la intención que haya tenido el sujeto activo en querer realizar todas las acciones, teniendo el conocimiento de sus actos o si fueron realizados de manera imprudente.

### **2.3. Teoría general del delito**

Según Zaffaroni (1998) la “teoría del delito” es la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir cuáles son las características que debe tener cualquier delito (p. 389). Asimismo, para Muñoz (1990) “la teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito” (p.1).

De esta manera la teoría general del delito comprende un conjunto de proposiciones sistemáticas organizadas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del delito, es decir es la más moderna construcción dogmática que permite establecer si el hecho realizado por una persona es o no delito, al verificar si concurren o no en él sus elementos constitutivos tales como la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La utilidad de esta teoría radica en que ofrece al jurista como al operador jurídico una propuesta metodológica, un modelo de análisis que sirve para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una

responsabilidad penal para sus autores, finalmente se considera como un obstáculo a la arbitrariedad en la interpretación de la ley.

El jurista Bacigalupo (1999) acota sobre la teoría del delito y señala que: “es, en primer lugar, el medio técnico jurídico para establecer a quién se deben imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente. (...), la teoría del delito cumple con una doble función mediadora. Por un lado, media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la concreción de éste en una norma particular que decide sobre el caso concreto. Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley” (p. 195).

De esta manera se sabe que la definición más básica de delito es: “Todo hecho, típico, antijurídico y culpable o responsable penalmente” (Soler, 1992, p.276).

Debido a ello, la teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que se puede ser prohibido y penado por el derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya al Derecho penal y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio (Mir Puig, 2005, p. 145).

### **2.3.1. Funciones de la teoría del delito**

Para Peña (2011) la teoría del delito, no puede ser concebida como una construcción científica, de orden hermenéutica, todo lo contrario, como un método capaz e idóneo, de

poder ser remplazado para la resolución de casos concretos, que involucren supuestos actos delictivos. Entonces las posturas doctrinarias de los juristas, para ser útiles deben ser susceptibles de aplicación por los operadores jurídicos. Asimismo, la teoría del delito cumple un rol fundamental: primero, como criterio interpretativo de la norma jurídico-penal, a fin de fijar la relevancia jurídico-penal del comportamiento conforme a los alcances normativos del tipo penal (creación del riesgo jurídicamente desaprobado) y, segundo como método lógico-deductivo dirigido a resolver un determinado grupo de casos, como interdicción a la arbitrariedad judicial y como mecanismo garantizador del principio de igualdad. Así también la dogmática jurídico-penal cumple una destacada labor a fin de reforzar la seguridad jurídica en la administración de justicia, asegurando la confiabilidad y predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales (p. 49).

### **2.3.2. Elementos del delito**

Conforme se ha señalado, tradicionalmente se define delito como la acción y omisión penada por ley, a su vez tiene que reunir tres elementos o características: típica, antijurídica y culpable.

De esta manera, el Código Penal define al delito como las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por Ley (La acción activa o pasiva es la base de la conducta punible).

#### **a. Tipicidad**

Para Muñoz citado por Villa (2001), la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Asimismo, para Hurtado (2005) la tipicidad es la característica de una acción de adecuarse a un tipo legal,

mientras que, a la acción legislativa de elaborar un tipo legal, se le designa con el término tipificar (p.219).

Mientras que para Peña (2011), la tipicidad es la conciencia plena entre el hecho cometido con la descripción abstracta descrita en el tipo penal, que es presupuesto de pena. En suma, la tipicidad es la característica que debe tener la conducta (acción u omisión) para poder adecuarlo a un determinado tipo penal (p.90).

**a.1. Tipo penal:** es la descripción que hace el legislador de la conducta que considera delito. El tipo penal tiene una estructura dual: tipo objetivo y tipo subjetivo.

- **Tipo objetivo**

Peña (2011), señala que la parte objetiva se describe el suceso factico, en cuanto a la descripción de una serie de hechos que dan lugar a la realización típica. Los elementos del tipo objetivo son:

- a. Descripción legal
- b. Los sujetos: sujeto activo y sujeto pasivo.
- c. La acción: acción propiamente dicha u omisión
- d. El resultado
- e. El bien jurídico: bien jurídico individual, supraindividual, especial, propios, de terceros, entre otros.
- f. El objeto materia del delito
- g. El nexo causal
- h. Los medios
- i. El momento de la acción
- j. El lugar de la acción (p.99).

- **Tipo subjetivo**

Según Hurtado (2005), el aspecto subjetivo del tipo penal está constituido por las referencias al mundo interno del autor utilizadas para describir el acto criminal (p.447).

También Peña (2011), señala que el legislador de acuerdo a lo normado en los artículos 11 y 12 del Código Penal, ha establecido que el tipo puede cometerse a título de dolo o de culpa, no obstante, el reconocimiento del principio de culpabilidad, ha incorporado en algunos tipos de la parte especial, los delitos cualificados por el resultado (preterintencionales) (p.100).

- a. **El dolo**, es el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal, asimismo el dolo tiene dos elementos: el cognitivo (conocimiento) y el volitivo (voluntad). El sujeto conoce los elementos del tipo penal (elemento cognitivo). El sujeto realiza voluntariamente los elementos del tipo penal objetivo (elemento volitivo).
- b. **La culpa**, como ya se ha señalado el art. 11 Código Penal establece que los delitos y las faltas pueden estar constituidos por acciones u omisiones tanto dolosas como culposas. La culpa se configura cuando el sujeto activo infringe un deber objetivo de cuidado, el deber objetivo de cuidado puede surgir de la ley, contrato, reglamento o del sentido común. Por lo tanto, existirá culpa cuando el agente actué con negligencia, imprudencia o impericia.

- b. **Antijuricidad**

Según Hurtado (2005), la palabra antijuricidad se utiliza para señalar una característica de la acción: no ser conforme al orden jurídico. También refiere que la antijuricidad es una valoración negativa de la acción en relación con todo el orden jurídico. En definitiva, la antijuricidad en nuestro país es entendida como la acción contraria al orden jurídico, sin que concurran alguna causa de justificación (p.513).

### **c. Culpabilidad**

Respecto a la culpabilidad existen diversas teorías para definir la culpabilidad, tales como: concepción psicológica, psicológico-normativo, el normativismo, la teoría finalista de la acción.

Según Hurtado (2005) de acuerdo a la teoría finalista de la acción que es aceptada en nuestro país la culpabilidad consiste en un juicio de reproche dirigido contra el autor. El objeto de este reproche es la actitud incorrecta del autor ante las exigencias del orden jurídico, actitud que se concreta en el hecho típico e ilícito. Esto supone que el agente se haya decidido a actuar violando su deber de conformarse a los mandatos del orden jurídico.

En consecuencia, se le juzga negativamente porque, en el caso concreto, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal. La evitabilidad subjetiva de la violación del deber jurídico constituye, la condición fundamental del juicio de culpabilidad. En síntesis, la culpabilidad es la reprochabilidad que se hace al sujeto, por haber actuado de una manera determinada, pudiendo haber actuado de una manera distinta. Además, son tres requisitos que se exigen para determinar la culpabilidad de un sujeto: la determinación si el sujeto es imputable, conocimiento de lo antijurídico y exigencia de una conducta distinta (p.605).

#### **2.4. Teoría de la pena**

Según Zaffaroni y Nino, quienes fueron citados por Alegría (2008) refieren que desde tiempos antiguos se ha tratado de justificar la imposición de penas. Así ya Platón y otros filósofos de la antigua Grecia precisaban que ante un acto dañoso era necesario reaccionar mediante la sanción a su autor. Sin embargo, no sería sino hasta mediados del siglo XIX que se trataría a profundidad el tema ya desde la reciente dogmática penal. Debemos recordar que sería con la ilustración y con las ideas de Beccaria que el derecho penal



iniciaría un camino de asimilación de principios que lo llevarían a evolucionar hasta el actual derecho penal, ya que Beccaria asimiló la sustancia de las ideas de Montesquieu, Rousseau, Marat, Voltaire, entre otros, acerca de un nuevo modelo de sociedad basado en la libertad del individuo. Beccaria en su libro *Del Delitti e delle pena*, sentó las bases del derecho penal liberal, pues fue un texto de política criminal que propugnaba el principio de legalidad, la humanización de las penas, la abolición de la tortura, el principio de igualdad ante la Ley, el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, entre otros. Estas ideas iniciales de Beccaria generarían una corriente que en el derecho penal se llegaría a conocer como la Escuela Clásica, surgida principalmente en Italia, siendo sus principales figuras Filangieri, Romagnosi, Carmignani, Rossi y Carrara, y en Alemania Feuerbach.

Todos ellos realizaron importantes aportes a la dogmática penal, aunque realmente no formaron una escuela homogénea, sino que simplemente bajo este rótulo se congregó a los juristas surgidos entre la Ilustración y el advenimiento del Positivismo. Es en esta escuela que como se ha dicho, no constituyó una corriente homogénea, pues entre sus miembros existirían incluso posiciones contrapuestas surgirían los primeros intentos de justificar la pena. Así, Rossi se adscribiría a una teoría retribucionista de la pena mientras que Carmignani postularía una teoría preventiva. Sin embargo, posteriormente el Positivismo generaría un viraje en el derecho penal hacia posiciones que posteriormente serían consideradas como sumamente peligrosas para los individuos de la sociedad, dado que las corrientes positivas en el derecho penal propusieron y positivaron legislaciones que contenían un derecho penal de autor en vez de un derecho penal de acto, abandono de las tesis retribucionistas por la adopción de posiciones preventivas que fomentaban penalizaciones incluso hasta la inocuización de los delincuentes sustentado en su potencialidad de daño por características de su personalidad, esto por influencia de la

criminología reinante en dicho momento que recogía los postulados de Lombroso, Ferri y Garófalo, principalmente, quienes crearon a través del Positivismo Criminológico las bases para la existencia de un Estado extremadamente intervencionista. El positivismo jurídico, en derecho penal, daría origen a dos corrientes de interpretar dicha sección del derecho: El positivismo jurídico normativista y el positivismo jurídico sociológico. Sin embargo, dentro de este panorama sombrío generado por el Positivismo se generaría un instrumento de tal importancia como lo es la dogmática de la teoría del delito, de la cual se desprendería posteriormente el Neokantismo, el Finalismo y, más actualmente, el Funcionalismo. Contemporáneamente, podemos encontrar las llamadas Teorías Positivas de la pena, es decir, aquellas que proponen que la pena debe existir, mientras que, por otro lado, propugnado por la Criminología Crítica y la Escuela Crítica del Derecho Penal, se tienen las Teorías Negativas de la pena, que proponen desde la desaparición del Derecho Penal y en consecuencia de la pena y su consiguiente reemplazo por alternativas de solución de conflictos, hasta la minimización del mismo.

Dentro de la primera clasificación encontramos las Teorías Absolutas, las Teorías Relativas y las Teorías Mixtas. Dentro de la segunda clasificación se aprecia, principalmente, las Teorías Abolicionistas y las Tendencias del Derecho Penal Mínimo o de Intervención Mínima (pp. 76-77).

#### **2.4.1. Las teorías positivas de la pena**

Para la presente investigación haremos referencia a las siguientes teorías:

##### **A. Las teorías Absolutas, de la Retribución, de la Expiación o de la Justicia**

Retrocediendo en este panorama tenemos que referir que sería la Escuela Clásica la que propugnaría las Teorías Absolutas de la pena, que se sustentan en el valor justicia, es

decir, esencialmente propugnan que la pena tiene como función hacer justicia al retribuir el daño causado por el autor del delito, de tal manera que, con Kant y Hegel, afirmarían que “la pena es legítima si es la retribución de una lesión cometida”. Así, mediante la pena se produce al autor del delito un mal que compense el mal que ha causado. Contra esta posición se ha argumentado que afirmar que la pena compensa el daño causado por el delincuente no tiene sustento empírico, es decir, tal afirmación no es demostrable y es una simple especulación.

Asimismo, se afirma que no es cierto que la pena impuesta compense el daño que el delincuente ha causado, sino que al mal originado por el delito se le sumará el mal que causa la imposición de la pena. En consecuencia, sustentar la pena, refieren los críticos de estas teorías, en el valor justicia no genera ninguna consecuencia social positiva, es decir, per se no permite combatir la criminalidad, entendiendo esto como reducirla lo más posible, lo cual es inaceptable en un sistema jurídico que pretenda tener visos de legitimidad. Es decir, una teoría de la pena basada en el concepto o valor justicia no podría justificar la intervención estatal pues no genera ningún resultado de importancia para variar las condiciones que generan la delincuencia. Así, deben descartarse las teorías absolutas como sustento de la pena.

### **B. Las teorías Relativas o Preventivas**

Por otro lado, es la Escuela Positiva la que postularía las teorías preventivas, las cuáles pretenden tener fines de utilidad social. Es decir, pretenden hacer disminuir la incidencia en el delito mediante la prevención al encontrar una función social a la pena: un sector propugna que dicha función es la protección de bienes jurídicos, mientras que otro sector refiere que la función de la pena es la de reafirmar la norma vulnerada a través de la desautorización que de ella hace el infractor de la ley penal con su conducta. De esta forma,

refieren sus defensores, se logra justificar la intervención del Estado en la esfera de libertad de las personas que cometen delitos, dentro de estas teorías encontramos a:

**a. Las teorías de Prevención General**

Quien es Propuesta inicialmente por Paul Ansel Feuerbach, éstas pretenden prevenir el delito mediante la intimidación de la generalidad de los integrantes de la sociedad, inhibiendo los impulsos delictivos de indeterminados potenciales autores de delitos. Es decir, plantean que el tipo penal, entre otras funciones, tiene la de motivación, ya sea a través de un mensaje que fomenta los valores positivos al hacer conocer las conductas prohibidas (Prevención General Positiva), o mediante la intimidación que genera la imposición de una pena (Prevención General Negativa).

Estas teorías también han recibido cuestionamientos y críticas. Así, al igual que las posiciones retribucionistas, también se sostiene que el efecto desincentivador de la pena, es decir, su efecto motivador de no cometer delitos, tampoco ha sido demostrado pues no existe prueba empírica de tal motivación o desincentivación del delito. Igualmente se critica que el intentar disuadir mediante la amenaza permite y fomenta la elevación indefinida de las penas ya que responde a la lógica de que cuanto más grande es la amenaza más fuerte será el efecto intimidante y en consecuencia se disminuirá el delito, lo cual la realidad ha demostrado no ser acertado, pues inclusive la imposición de pena de muerte como pena conminada no ha determinado que los delitos sancionados con dicha pena disminuyan sustancialmente, con lo cual sí se puede concluir que los que se intimidan con la prevención general son, usualmente, el mismo sector de la población que siempre respeta la ley y que no comete delitos. Entonces, con estos argumentos también, dicen sus detractores, se debe descartar las teorías relativas como sustento de la pena.

## **b. Teorías de la prevención especial**

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social.

Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según este punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; “sólo la pena necesaria es justa.” Se habla de “relativa” porque su finalidad está referida a la “evitación del delito”.

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

Es dentro de los estudios de Franz Von List quien fue uno de los principales representantes de la Escuela Positivista en el derecho (más específicamente del Positivismo Jurídico Sociológico) refería que “La pena es prevención mediante represión”. Posteriormente, se recurriría al concepto de “Tratamiento” a fin de obtener un resultado en el delincuente a fin de que no reitere su conducta lesiva de bienes jurídicos protegidos por la ley penal, intentando su resocialización, readaptación y resocialización (Prevención Especial Positiva) y finalmente, en casos incorregibles, proceder a su inocuización, es decir, a su inutilización a fin de privarlo de su capacidad de daño (Prevención Especial Negativa).

Se han hecho también diversas críticas que descalifican a estas posiciones. En primer término, se constata que se utiliza al ser humano para obtener fines sociales, esto es, la disminución de la delincuencia, lo cual, se dice, lesiona la dignidad humana, pues el ser humano no puede ser utilizado como objeto para la búsqueda de fines. Asimismo, también se verifica que el tratamiento no tiene el éxito esperado en la gran mayoría de casos, teniendo presente que más bien los centros de reclusión son sensiblemente criminógenos en vez de rehabilitadores.

### **c. Las teorías de la Unión, Mixtas**

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, éstas "teorías de la unión" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el "ius puniendi" estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan".

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías.

## **2.5. Respecto de los Fines de la pena**

Se ha precisado líneas arriba que, las teorías que asignan un fin a la pena se conocen como teorías relativas de la pena. Quedando así establecida una regla general la que establecería que el fin con el cual se justifica la pena es lo que el estado tiene denominado como prevención del delito, por lo que, dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre prevención especial, en el caso de que se pretenda evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y prevención general, si se busca por otro lado prevenir que terceros no delincan.

De tal forma que el Estado juega un papel importante dentro de lo que se podría considerar una política penitenciaria, toda vez que es quien interviene en la protección de los intereses más relevantes de las personas, asumiendo un rol en el ordenamiento legal, de tal forma que los ciudadanos se convierten en bienes jurídicos, tal como lo señala Villavicencio (2006), una de las finalidades que persigue el Estado es buscar la convivencia satisfactoria para, así, poder lograr un curso armónico de socialización (p.52).

De esa manera, la sanción penal, a tenor de lo que dice Alcácer (1998), viene a constituir “la carta de presentación del Derecho penal, así como su factor diferenciador esencial frente a otras instancias de control.

Además, la restricción coactiva de derechos esenciales que la pena conlleva (...). En consecuencia, la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal” (p. 369).

### **2.5.1. La teoría garantista de Ferrajoli**

En esta teoría Ferrajoli (2006), señala que una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, ya sea este público o privado, nacional o internacional. Esto a razón de que el garantismo no se genera falsas ilusiones en cuanto a la existencia de los denominados Poderes buenos, los que pueden en su momento dar un cumplimiento espontáneo a los derechos, es por ello que el garantismo prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales (p.31).

Es así que el garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la garantía. Ferrajoli nos muestra una definición general sobre garantía señalando que esta es “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (p.29).

Se precisa de esta manera el concepto que se ha citado, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse a “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones) (p.33).

Aunque este concepto de garantía tenga un origen vinculado al derecho civil, en donde se establece la existencia de garantías de tipo real y personal, su utilización se ha visto extendida a las distintas ramas del derecho, más en particular al derecho constitucional.

De esta manera se puede considerar que el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos, por lo que nos encontraríamos ante una garantía negativa, la que obliga a abstenciones a los sujetos obligados; por otro lado, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estaremos frente a una garantía positiva, que obliga a acciones o comisiones a los sujetos obligados.



### **2.5.2. El Derecho Penal del enemigo**

El discurso actual sobre el Derecho penal del enemigo ha sido puesto de relieve por el penalista alemán Jakobs (2005), inicialmente en base a su confrontación frente a un Derecho penal del ciudadano, pero ambos como partes de un solo contexto jurídico penal (p.12).

De esta manera el desarrollo de Jakobs (2005), por identificar el Derecho penal del enemigo como tal, es impedir precisamente su superposición con el Derecho penal del ciudadano, evitándose así una aplicación del primero en ámbitos que no le son propios (p.12).

A su vez este autor observo tres características centrales del Derecho penal del enemigo: incremento del ingreso del Derecho Penal a lo que podría llamarse una fase previa al hecho, incremento del nivel punitivo de las penas y disminución o supresión de las garantías procesales reguladoras de la intervención penal. Ello ha alertado seriamente a la doctrina, al punto de denominar al modelo del Derecho penal del enemigo como una potencia diabólica, en la medida en la que expande las excepciones a las garantías penales difuminando la seguridad jurídica con la que debe intervenir el Estado, lo que, en definitiva, expresaría que sólo para el ciudadano y no para el enemigo rige el principio del debido proceso (p.17).

De esta manera Jakobs señala que el Derecho Penal del Enemigo se construye a partir de una previa distinción estipulativa, que es “la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos.” A partir de ella, propone la configuración y vigencia de secciones del Derecho Penal inspiradas en paradigmas diversos.

Una de ellas, el Derecho Penal del Ciudadano, quien define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho. La otra, el Derecho Penal del Enemigo, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por individuos que, en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento (p.37).

### **2.5.3. Principio de proporcionalidad**

Según Bernal (2003), una decisión judicial acertada es la que da su dictamen en base al principio de proporcionalidad, llamado también prohibición de exceso, para ello se debe tener en cuenta la culpabilidad, que a última hora limita la configuración del legislador en materia punitiva, porque debe estar acorde a las premisas constitucionales respecto a los derechos fundamentales y en lo referente a la constitucionalidad, por tanto toda norma que incluya sanciones debe ceñirse a estos postulados teniendo en cuenta el acto cometido. Bajo este criterio, el legislador aplicará sanciones de acuerdo a ley (p.45).

El principio de proporcionalidad no se aplica solo en derecho penal sino de todo el ordenamiento jurídico, así podemos hablar de proporcionalidad en materia civil, laboral, etc., se puede aplicar en cualquier campo jurídico. Por tanto, corresponde a los operadores judiciales tomar sus decisiones bajo el principio de proporcionalidad considerando en todo momento que, además de ser proporcional (no excesiva), debe ser razonable (igualitaria) y

racional (objetiva); en consecuencia, la pena corresponderá a lo que haya cometido el sujeto activo.

## **2.6.Marco conceptual**

Para una adecuada comprensión del presente trabajo de investigación, se ha desarrollado la siguiente definición de términos: **Fin de la pena, Incremento de la pena, violación sexual de menor de edad, pena tasada.**

### ***2.6.1. Fin de la pena***

En la actualidad, se ha incorporado un nuevo punto de vista que legitima la imposición de una pena desde la prevención general positiva. Su máximo representante es Jakobs, que asigna a la pena una función preventiva positiva que persigue reafirmar la vigencia de la norma (Jakobs, 2001, p.13)

A su vez, el Art. IX del Título Preliminar del Código Penal señala: “la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora (...)”

### ***2.6.2. Incremento de la pena***

Es el aumento sustancial de los marcos penales de un delito, en este caso el legislador aumentará la pena según sea las circunstancias agravantes en la comisión del delito.

### ***2.6.3. Violación sexual de menor de edad***

El término violencia sexual hace referencia al acto de coacción o amenaza hacia una persona con el objetivo de que lleve a cabo una determinada conducta sexual.

A su vez, la violación es una forma de control y sometimiento que usa el sexo como un instrumento para vencer y para hacer daño, maltrata el derecho al respeto, la libertad y la integridad física y moral de los seres humanos que sufren la agresión, es un acto en el que

un individuo reduce a un estado de desamparo a su víctima, mediante violencia física o psicológica, para acariciar sus partes íntimas, tener acceso carnal y satisfacerse sexualmente hasta llegar al orgasmo.

Según lo prescrito por el Código Penal Art. 173°, señala: “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 líneas (...)”

#### **2.6.4. Pena tasada**

El numeral 3 del artículo 45-A del CP establece que: “Cuando concurren circunstancias (...) agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: (b). Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior”; en ese orden, se fija un nuevo marco legal, en el que el nuevo mínimo legal es el anterior máximo legal; y el nuevo máximo legal límite corresponde al **porcentaje legal tasado** a cada circunstancias agravante cualificada ya sea por condición del sujeto (art. 46-A), reincidencia (art. 46-B), habitualidad (art. 46-C), uso de menores en la comisión de delitos (art. 46-D), por abuso de parentesco (Art. 46-E). (el resaltado es nuestro).

#### **2.7.Hipótesis**

El incremento de la pena que ha tenido el delito de violación sexual en menor de edad en ninguna medida ha permitido cumplir con los fines de la pena.

### **CAPÍTULO 3**

## **3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **4.1.Tipo de investigación**

Como se señala, no pretendemos modificar el ordenamiento jurídico, sino interpretarlo mediante la adecuación a una realidad para así llegar a proponer soluciones, para de esta manera determinar en qué medida el incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad permite cumplir el fin de la Pena en el Perú 1991-2020. Por estas razones la investigación es de *lege data*.

#### **4.2. Diseño de investigación**

Es *no experimental*, en tanto no existe manipulación de variables, restringiéndose esta investigación al tratamiento de fenómenos que se han producido ya en la realidad y sobre los cuales no se pueden incidir de otra forma que no sea a lo mucho, mediante la descripción, análisis y explicación (Hernández, 2010, p. 148); por lo que solo se analizará en qué medida el incremento de la pena en los delitos de violación sexual en menor de edad permite cumplir el fin de la Pena en el Perú 1991-2020.

#### **4.3. Área de investigación**

La investigación se encuentra en el área académica de Ciencias Jurídico Penales- Criminológicas y dentro de ésta en la línea de Criminología y eficacia del derecho penal en la sociedad.

#### **4.4. Dimensión temporal y espacial**

La investigación se realizó en el periodo comprendido de 1991-2020, por lo que su diseño es longitudinal (solo estudiamos el periodo indicado).

Considerando de esta manera las distintas modificaciones que ha tenido el Código Penal Peruano, toda vez que, desde su entrada en vigencia en 1991, a la actualidad en 29 años de aplicación de este cuerpo legal, el delito de violación sexual de menor de edad tipificado en

el artículo 173°, ha sido modificado en ocho oportunidades, tal y como a continuación detallamos en el siguiente cuadro:

**Cuadro 01. Modificatorias al artículo 173° del código penal**

LEY QUE APRUEBA EL CÓDIGO PENAL Y SUS MODIFICATORIAS	EDAD DEL AGRAVIADO				AGRAVANTE  ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 173°
	MENOR DE 7 AÑOS	MENOR	MENOR DE 10	MENOR DE 14 Y	
		ENTRE 7 AMENOS DE 10 AÑOS	A MENOS DE 14 AÑOS	MENOS DE 18 AÑOS	
<b>Artículo 173° del Código Penal 1991 (Texto Original)</b>	No menor de 15 años	No menor de 8 años	No menor de 5 años	No se reguló	Si el menor es un discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años, para cada uno de los casos previstos en los tres incisos anteriores.  Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le
<b>Ley N.° 26293 (14/02/1994)</b>	No menor de 20 ni mayor de 25 años	No menor de 15 ni mayor de 20 años	No menor de 10 ni mayor de 15 años	No se reguló	impulse a depositar en él su confianza, la pena será respectivamente no menor de 25 ni mayor de 30 años, no menor de 20 ni mayor de 25 años y no menor de 15 ni mayor de 20 años para cada uno de los supuestos previstos en los incisos 1, 2 y 3 del párrafo anterior.  Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o
<b>Decreto Legislativo N.° 896 (24/05/1998)</b>	Cadena Perpetua	No menor de 25 ni mayor de 30 años	No menor de 20 ni mayor de 25 años	No se reguló	vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.
<b>Ley N.° 27472 (05/06/2001)</b>	No menor de 15 ni mayor de 25 años	No menor de 15 ni mayor de 20 años	No menor de 10 ni mayor de 15 años	No se reguló	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 será no menor de veinticinco años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

<b>Ley N.º 27507</b> <b>(13/07/2001)</b>	Cadena Perpetua	No menor de 25 ni mayor de 30 años	No menor de 20 ni mayor de 25 años	No se reguló	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 será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.
<b>LEY N.º 28251</b> <b>(08/06/2004)</b>	Cadena Perpetua	No menor de 25 ni mayor de 30 años	No menor de 20 ni mayor de 25 años	No se reguló	Si el agente tuviere cualquier posición, (...) la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.
<b>Ley N.º 28704</b> <b>(05/04/2006)</b>	Cadena Perpetua	Cadena Perpetua	No menor de 30 ni mayor de 35 años	No menor de 25 ni mayor de 30 años <b>Inciso 3) del</b> <b>Artículo 173º del</b> <b>C.P. declarado</b> <b>Inconstitucional</b> <b>por el Resolutivo 1</b> <b>de la Sentencia del</b> <b>Tribunal</b> <b>Constitucional,</b> <b>recaída en el</b> <b>Expediente N.º</b> <b>00008-2012-PI</b> <b>TC, publicada el</b> <b>24 enero 2013</b>	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.
<b>Ley N.º 30076</b> <b>(19/08/2013)</b>	Cadena perpetua	Cadena perpetua	No menor de 30 ni mayor de 35 años	No se reguló	En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.
<b>Ley N.º 30838</b> <b>(04/08/2018)</b>	Cadena Perpetua	Cadena Perpetua	Cadena Perpetua	No se reguló	No se reguló

**FUENTE: Cuadro elaborado por los autores**

#### **4.5.Unidad de análisis, población y muestra**

La unidad de análisis es el artículo 173° del Código Penal peruano. Por lo cual no se tendrá ni población ni muestra, sin embargo se analizó las modificaciones realizadas al presente Artículo.

Los índices criminológicos generados por la comisión de este delito, considerando de esta manera a estudios realizados por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en el año 2010 y la Oficina de Planeamiento y Estadística del Ministerio del Interior (MININTER, 2011).

#### **4.6.Métodos**

En el presente tema se ha recurrido a una investigación Hermenéutica - Jurídico, ya que analizamos el artículo 173° del Código Penal y sus distintas modificatorias, de esta manera se considera que el análisis e interpretación de esta norma es fundamental para determinar cuál es el fin que persiguen nuestros legisladores al momento de implementar penas.

Es así que el análisis de las fuentes documentales mediante esta técnica permitirá iniciar la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación; es decir mediante las distintas modificaciones que ha tenido el artículo 173° del Código Penal (Hernández, 2010, p. 418).

Se usó de apoyo métodos para el recojo de información, como son fichas, libro, hojas de recojo de datos y libretas de apuntes.

#### **4.7.Técnicas de investigación**

Se utilizó la técnica de observación documental, la que se sirvió para analizar los índices criminológicos y la legislación necesaria para fundamentar el presente trabajo.

#### **4.8.Instrumentos**



El instrumento que se utilizó para la investigación es la ficha de recolección de datos y ficha de análisis con el fin de abordar a esta problemática en nuestro país.

Cuadro 02. Ficha de recolección de datos y análisis

**MATRIZ DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

ARTÍCULO 173° C. P Y MODIFICATORIAS	TEORÍAS REFERENTE A LOS FINES DE LA PENA			CUMPLE CON LOS FINES DE LA PENA (SI/NO)		
	TEORÍA DE LA PENA SI / NO	TEORÍA DEL DELITO SI / NO	PRINCIPIO DE PROPORCIONAL IDAD SI / NO	Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal – Fin de la pena		
				Función preventiva	Función protectora	Función resocializadora
Ley N.° 26293 (14/02/1994)	SI	SI	SI	SI	SI	SI
D. L. N.° 896 (24/05/1998)	NO	SI	NO	SI	SI	SI
Ley N.° 27472 (05/06/2001)	NO	SI	NO	NO	NO	NO
Ley N.° 27507 (13/07/2001)	NO	SI	NO	NO	NO	NO
Ley N.° 28251 (08/06/2004)	NO	SI	NO	NO	NO	NO
Ley N.° 28704 (05/04/2006)	NO	SI	NO	NO	NO	NO
Ley N.° 30076 (19/08/2013)	NO	SI	NO	NO	NO	NO
Ley N.° 30838 (04/08/2018)	NO	SI	NO	NO	NO	NO

Respecto al cuadro presentado, se percibe que en un inicio las penas impuestas permitían el cumplimiento de los fines de la pena, esto a raíz de que dichas penas estaban acorde a la realidad social de aquellos tiempos; en cambio, es desde el año 2001 en adelante que al imponerse penas entre 10 a 25 años incluso implementándose la pena de cadena

perpetua, que las penas impuestas en las diferentes modificatorias no van a lograr cumplir con los fines de la pena. Es así que se señala que del 100% de modificatorias que ha tenido el artículo 173° del Código Penal, el 70% no cumple con los fines de la pena, teniendo en cuenta que dentro de este número se encuentran las modificatorias efectuadas a partir del año 2001 en adelante; mientras que, el 30% de modificatorias pudo cumplir vagamente con los fines de la pena.

El texto original del Artículo 173° del Código Penal 1991, donde se establecen la aplicación de penas de 5 a 15 años de pena privativa de libertad, para el momento de su aplicación se considera que de una u otra manera, estas penas permitían lograr reeducar, resocializar y reintegrar al penado a la sociedad, a razón de que permitían realizar una adecuada labor dentro del sistema penitenciario o en la aplicación de una política criminal adecuada.

De tal forma, dando énfasis al artículo 173° del Código Penal se establece que, éste mismo ha sido objeto de varias modificaciones a través del tiempo. En primer orden, fue modificado por la Ley N° 26293 del 14 de febrero de 1994, y es través de esta modificatoria que se incrementó sustancialmente la penalidad prevista en los incisos 1, 2 y 3 del citado artículo; y, por otra parte, sustituyó la agravante del último párrafo por la “posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza”<sup>2</sup>, previendo una penalidad máxima de treinta años de pena privativa de la libertad.

---

<sup>2</sup> Texto antes modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 896 – Ley contra los Delitos Gravados del 24 de mayo de 1998, expedido con arreglo a la Ley N° 26950. Este texto fue restablecido por disposición del Art. 1° de la Ley N° 27507, publicada el 13-07-2001, que había sido modificada por la Ley N° 27472, publicada el 06-06-2001. Anteriormente este delito había sido modificado por la Ley N° 26293 del 14 de febrero de 1994

En este caso se puede observar que, el legislador, determinó la circunstancia agravante en base a responsabilidades de carácter institucional entre el agente delictivo y el sujeto pasivo, que consecuentemente, revisten un mayor grado de reprochabilidad ético-social. Luego, mediante el Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1996, “*Ley contra Delitos Agravados*”, que mediante la Ley N° 26950 se otorgó al Poder ejecutivo facultades legislativas en materia de Seguridad Nacional, se incrementaron drásticamente la penalidad de los incisos 1, 2 y 3; llegándose al extremo de poner cadena perpetua al agravante del último párrafo del artículo 173° *in fine*<sup>3</sup>.

De esta manera la dosimetría penal fue en principio aminorada por la Ley N° 27472 del 05-06-2001 tanto en los incisos 1-3, así como en las circunstancias agravantes. No obstante, por disposición del Art. 1° de la Ley N° 27507, publicada el 13-07-01, fueron restituidos los marcos penales aminorados, salvaguardándose la sobrecriminalización defendida por los diversos sectores políticos y sociales de la sociedad peruana. Orientación de acorde con las nuevas tendencias excesivamente punitivas de las legislaciones europeas en lo referente a los delitos sexuales (*das Sexualdelikten*). Tal postura surge ante el creciente desencanto de las posibilidades de una intervención efectiva resocializadora del Estado sobre el delincuente (crisis prevención especial) y la obsesión de seguridad que muestran algunos sectores de la sociedad: feministas, centro-izquierda, etc, (gestores atípicos de la moralidad). Parece estar sentada así la base ideológica de los planteamientos inocuizantes; uno de los más significativos es el que se refiere al ámbito especialmente sensible de los delincuentes sexuales (Silva, 2000, p. 236).

#### **4.9.Limitaciones de la investigación**

---

<sup>3</sup> “*in fine*” es un adverbio que significa al final, en la parte final. Usualmente se lo emplea para indicar que el aspecto de un texto que se invoca se encuentra en la parte final del mismo.

La presente investigación tiene como limitación el poco acceso a casos de violación sexual de menor de edad, siendo éste restringido, por lo que se ha tomado en cuenta todos los casos denunciados a nivel nacional, según nos muestra las páginas del Ministerio de la Mujer y Ministerio del interior.

## CAPÍTULO 4

### 4. Análisis del incremento de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad y su incidencia en los fines de la pena.

Según la información recogida se puede destacar la concierne a la evolución del incremento de la pena en las modificatorias al art 173° del código penal y la evolución del índice delictivo del delito de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena, por lo que para mayor objetividad se explica a continuación.

#### 4.1. Evolución del incremento de la pena privativa de libertad en las modificatorias al Artículo 173° del código penal

Figura 01. Índice de penas por modificatoria

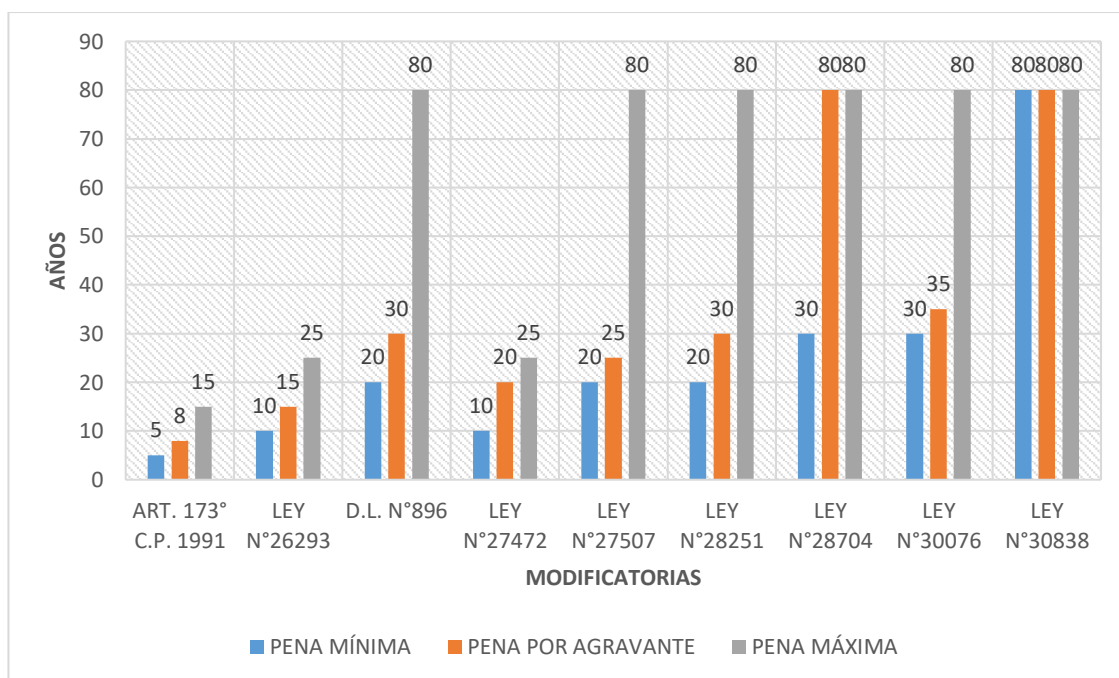


Figura muestra la pena por años, teniendo como pena máxima cadena perpetua por lo que se tomó como edad máxima promedio de la población peruana la de 80 años.

En la figura se muestra que el aspecto normativo respecto al delito de violación sexual en menor de edad ha evolucionado significativamente a través del tiempo, y es que, en sus inicios el Artículo 173° del Código Penal 1991, aplicaba penas de entre 5 a 15 años de pena

privativa de la libertad, no considerando alguna agravante en ese entonces, ahora bien, yendo a las modificatorias en primer orden el citado artículo fue modificado por la Ley N° 26293, de fecha 14 de febrero de 1994, Ley que modifica el código penal y el código de ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en donde se incrementó la penalidad que estaba prevista en los incisos 1,2 y 3, del presente artículo y, por otro lado, se sustituyó el agravante establecida en el último párrafo por “(...)posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza (...)”, previendo de esta manera una penalidad máxima de 30 años de pena privativa de libertad

Por lo que se entiende que en este caso los legisladores de aquel entonces, determinaron esta circunstancia gravante en base a una serie de responsabilidades de carácter institucional (dicho esto sobre el carácter o poder que posee una determinada persona sobre otra) entre el agente delictivo y la víctima, que consecuentemente, revisten un mayor grado de reprochabilidad ético-social. Luego, surgiría el Decreto Legislativo N° 896, de fecha 24 de mayo de 1998, la misma que no es más que la Ley contra los Delitos Agravados, es a través de la misma que se otorga facultades al Poder Ejecutivo en materia de seguridad nacional, quienes, por supuesto incrementaron severamente las penas a los mismos incisos que la ley anterior es decir 1,2 y 3, llegando así a imponer la pena máxima de cadena perpetua para el agravante del último párrafo del artículo 173° in fine. Cabe precisar que en este caso se desconoce las razones del porque se incluyó al artículo 173° dentro del paquete legislativo concerniente a Seguridad Nacional, si dentro del mismo se encontraban delitos de secuestro, asesinato y robo utilizando armas o municiones utilizados por las fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Posteriormente, éste incremento considerable que hubo, fue aminorado tras la implementación de la Ley N° 27472, de fecha

05 de junio del 2001, Ley que deroga los Decretos Legislativos Número 896 y 897, que elevaron las penas y restringieron los derechos procesales en los casos de delitos agravados; es decir, establece rebajas en las penas de diversos delitos, entre ellos los delitos contemplados en el artículo 173 y 173 - A del Código Penal, los cuales establecen las penas para los delitos de violación sexual de menores de catorce años, esto en un principio, ya que posteriormente tras disposición del artículo 1° de la Ley N°27507 de fecha 13 de julio del 2001, se restablece las penas que fueron aminoradas anteriormente por el Decreto Legislativo N° 896, volviendo de esta manera a la sobre criminalización que para entonces entendemos era defendida por cierto grupo político.

Es en el año 2004, en el mes de agosto se implementa la Ley N° 28251, Ley que a nuestro parecer surge más por una presión mediática que por criterio lógico, pues se implementó por hechos sucedidos que conmovieron a la opinión pública al referirse a violaciones a niños menores de tres años y hasta bebés de apenas meses de nacidos y es entonces que tras la presión de imponer una mayor dureza punitiva a este delito, en donde se implementa penas concernientes a 20 y 30 años, a su vez se incorpora la pena de cadena perpetua, se amplía los delitos de violación sexual e incluye la trata de personas y delitos sexuales contra menores de edad.

La Ley N° 28704, de fecha 05 de abril del 2006, donde se establecen penas entre 25 a 35 años, considerando de igual forma la cadena perpetua, a su vez, esta Ley modifica artículos del código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena.

En la Ley N° 30076, de fecha 19 de agosto del 2013, donde se establece la pena de 30 a 35 y cadena perpetua, esta Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código

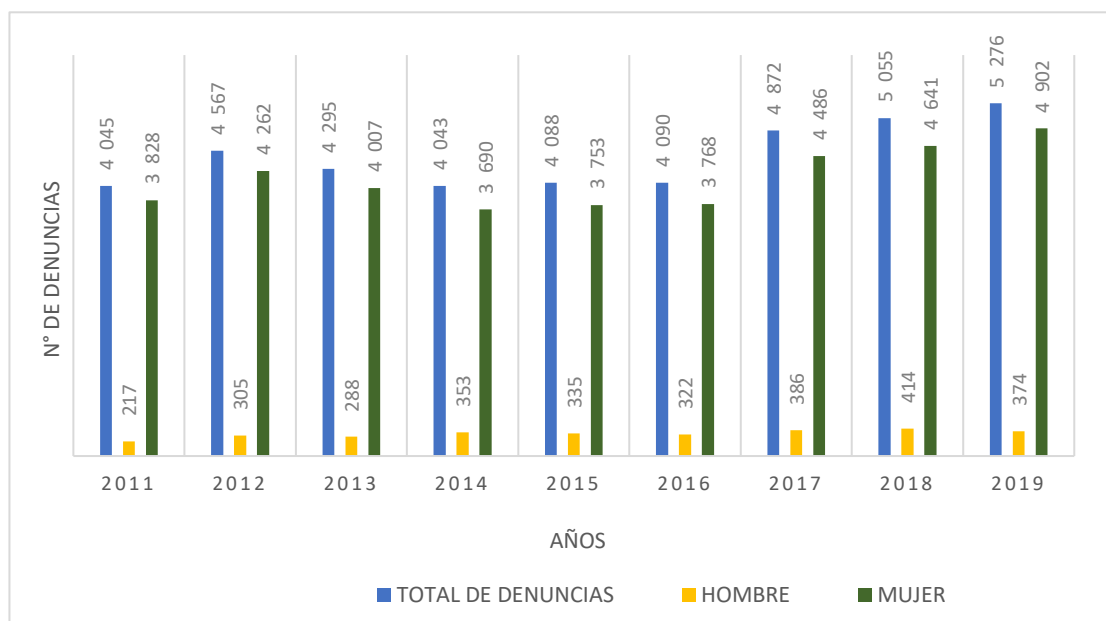
de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana.

Finalmente, el 04 agosto del 2018, se implementa la Ley N°30838, ley que modifica el código penal y el código de ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y al ser la última modificatoria realizada al presente artículo se establece la pena de cadena perpetua sin importar el agravante.

Como se aprecia, el presente artículo ha sufrido mayores modificaciones legislativas desde la entrada en vigencia del código penal hasta la actualidad, ya que como siempre nuestros legisladores legislan desde una perspectiva poco objetiva, teniendo una visión parcial y fragmentada de la realidad social, sin entender que las normas forman parte de una unidad sistémica.

#### 4.2. Evolución del índice delictivo del delito de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento de los fines de la pena.

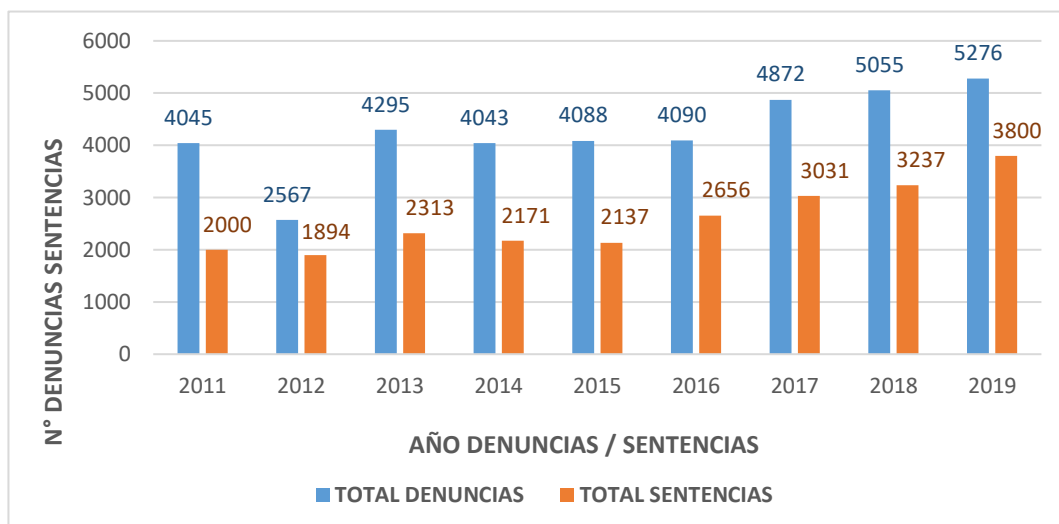
Figura 02. Denuncias por violación sexual a personas menores de 18 años de edad, según sexo de la víctima 2011-2019



Fuente: Poder Judicial - Registro Nacional de Condenas.

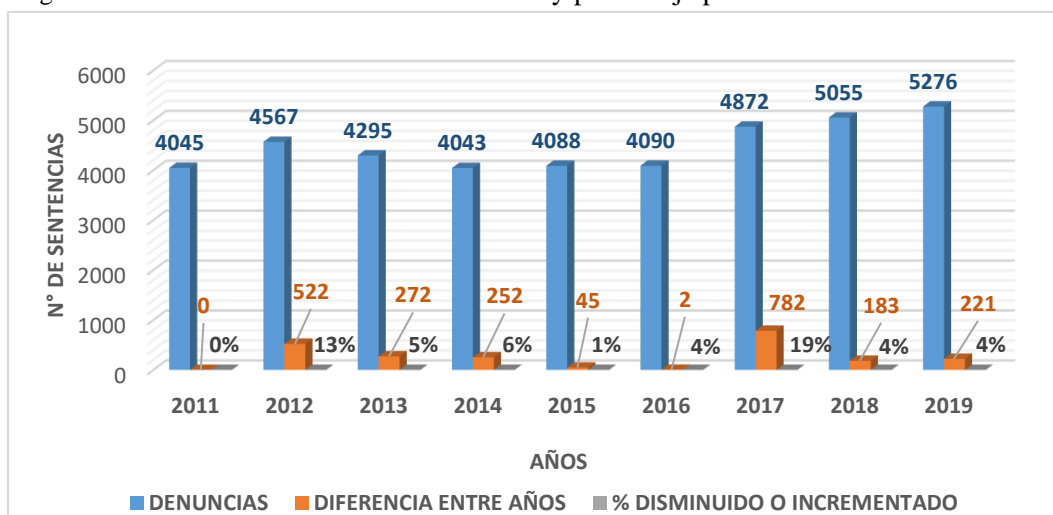


Figura 03. Denuncias y sentencias por violación sexual a menor de edad, 2011-2019.



Fuente: Poder Judicial - Registro Nacional de Condenas.

Figura 04. Incremento de denuncias en número y porcentaje por año



Según los datos mostrados, se puede notar que los índices en cuanto al número de denuncias y sentencias no ha disminuido, llegando así a tener bien claro que la política criminal represiva del Estado que utiliza el derecho penal como mecanismo, no disminuye el delito de violación sexual en menor de edad, por ende la evolución del aspecto normativo a través del tiempo de los tipos penales de violación sexual en menor de edad, los cuales han sufrido mayores modificaciones legislativas no han sido muy relevantes para evitar o prevenir este delito.

Respecto a ello, se puede considerar que la sobrecriminalización de la pena no es eficaz para evitar los delitos de violación sexual en menores de edad y es que, al momento de modificar o implementar una norma debería considerarse que no solamente se trata de llegar a una determinación formal de una pena determinada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente, ya que éstas exigencias no se logran cumplir con las penas impuestas ante la comisión del delito, toda vez que el índice delictivo se incrementa cada día más, y es que, las estadísticas demuestran que en el Perú los índices delictivos respecto a este delito han incrementado con el correr de los años, de tal forma, el Centro de Emergencia Mujer (CEM) (2010), ha atendido 44,242 casos de violación sexual de menores de edad en lo que corresponde al periodo comprendido entre los años 2002 a 2010, mientras que durante el año 2010 se atendió a 11,611 menores de 18 años víctimas de este delito.

Notando así que nuestro país estadísticamente muestra un incremento considerativo respecto al delito de violación sexual de menor de edad, convirtiéndose en uno de los principales problemas que aqueja a la sociedad peruana.

#### **4.3. Análisis del incremento de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad y el cumplimiento con los fines de la pena**

##### **1. Respecto a la relación entre el incremento de la pena y el cumplimiento de los fines de la pena**

Tabla 03. Modificatorias y cumplimiento de características jurídicas

<b>N°</b>	<b>LEYES</b>	<b>TEORÍA DE LA PENA</b>	<b>TEORÍA DEL DELITO</b>	<b>FINES DE LA PENA</b>	<b>TOTAL</b>
1	ART. 173° C.P. 1991	1	1	1	3
2	LEY N°26293	1	1	1	3
3	D.L. N°896	0	1	0	1
4	LEY N°27472	0	1	0	1

5	LEY N°27507	0	1	0	1
6	LEY N°28251	0	1	0	1
7	LEY N°28704	0	1	0	1
8	LEY N°30076	0	1	0	1
9	LEY N°30838	0	1	0	1

LEYENDA CUADRO: valores de SI / NO fueron reemplazados con 1 / 0, para determinar el cumplimiento de las teorías y fines de la pena.

En el cuadro y diagrama se puede apreciar que desde la fecha que fue implementado el artículo 173° del Código Penal, en un inicio las penas impuestas podían permitir el cumplimiento de los fines de la pena, esto a raíz de que dichas penas estaban acorde a la realidad social de aquellos tiempos; en cambio, es desde el año 2001 en adelante que al imponerse penas no menores a 10 ni mayor a 25 años, retirando la pena de cadena perpetua. Señalando así que del 100% de modificatorias que ha tenido el artículo 173° del Código Penal, el 70% no cumple con los fines de la pena, teniendo en cuenta que dentro de este número se encuentran las modificatorias efectuadas a partir del año 2001 en adelante; mientras que, el 30% de modificatorias pudo cumplir vagamente con los fines de la pena.

De esta manera se aprecia que el incremento de la pena que ha ido teniendo el delito de violación sexual en menor de edad en ninguna medida ha permitido cumplir con los fines de la pena y es que, para tales efectos debemos considerar lo que establece el Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, por lo se concluye que:

- No se cumple con la *función preventiva* ya que la pena es de una u otra manera una forma de coaccionar a la voluntad del delincuente para que éste tenga los motivos necesarios para desistir de cometer el delito.

- No se cumple con la *función protectora* ya que es mediante esta función que se ejerce intimidación al aplicar penas a quienes ya cometieron algún delito, para así los posibles infractores desistan de cometer algún ilícito y conseguir un orden en la sociedad.
- No se cumple con la *función resocializadora*, porque de ninguna manera un sentenciado a 35 años de pena privativa de la libertad (anteriormente según sea la agravante) o a cadena perpetua en la actualidad, va a poder volver a la sociedad sin el estigma social de seguir siendo tachado de delincuente, unido a esto encontramos que estas penas impuestas de ninguna manera resocializan al delincuente ya que no se respeta los fines de la pena dentro del centro penitenciario.

Se considera entonces que, el fin de la pena no es incrementar sustancialmente la pena de un delito sino buscar una manera de readaptar al delincuente, para que reciba un idóneo tratamiento durante la ejecución de la pena, para cumplir con el deber de ser reconducido al buen camino; reintegrado al medio social al margen del cual se colocó cometiendo la infracción.

## 5. CONCLUSIONES

- El aspecto normativo del artículo 173° delito de violación sexual de menor de edad, ha evolucionado significativamente a través del tiempo; asimismo, en 29 años de aplicación del Código Penal, éste artículo ha sufrido mayores modificaciones legislativas en su índice de incremento de penas desde su entrada en vigencia hasta la actualidad, determinado así que éste incremento no respeta lo establecido para los fines de la pena ya que ésta tiene que estar acorde y en proporción al daño ocasionado, respetando además sus principales objetivos, los mismos que consisten en la adecuada reeducación, rehabilitación y reincorporación del reo a la sociedad, para cumplir adecuadamente con la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, lo que, aparentemente nuestros legisladores no tienen muy claro.
- Los fines de la pena, no consisten en incrementar sustancialmente la pena de un delito sino buscar una manera de reorientar al delincuente, para que reciba un idóneo tratamiento durante la ejecución de la pena impuesta, para cumplir con el deber de ser reconducido al buen camino; reintegrado al medio social al margen del cual se colocó cometiendo la infracción.
- Sin duda alguna, el incremento sustancial del índice de las penas en el delito de violación sexual de menor de edad, no tiene freno alguno, pues la política criminal represiva del Estado utilizando el derecho penal como mecanismo de *prima ratio*, no disminuye el delito de violación sexual de menor de edad no permitiendo de esta manera responder a la reducción del índice delictivo, ya que como se mostró este ha aumentado año tras año.

- El incremento de la pena que ha tenido el delito de violación sexual en menor de edad en ninguna medida ha permitido cumplir con los fines de la pena, por lo que la hipótesis presentada en la investigación es verdadera.

## **6. RECOMENDACIONES**

- Consideramos que un punto de partida para futuras investigaciones que tengan relación con el tema presentado, se busque determinar la manera de como el Estado como ente rector de la búsqueda de la paz dentro de su sociedad, analice si es adecuada la manera de cómo se está incrementado las penas al delito de violación sexual de menor de edad, para que no solo se destaque la importancia del buen manejo de este delito sino también la magnitud que puedan tener las penas dentro de la sociedad y es que, la punición debería limitarse a conductas que lesionen gravemente la libertad o que supongan la intromisión ante sujetos incapaces de decidir por su prematuro desarrollo personal.
- Se debe estudiar en un futuro, cuáles fueron las razones jurídicas para que legislador incremente las penas al delito de violación sexual en menor de edad sin respetar los fines de la pena, teniendo como posibilidad un consenso entre las instituciones como el Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional para así buscar otras soluciones más eficaces y evitar la sobre criminalización de las penas para este tipo de delito.
- Recomendamos que dentro del análisis que se pueda realizar sobre el índice de las penas para el delito de violación sexual de menor de edad, se incorpore la relación con la reincidencia de este tipo de delito, toda vez que es de gran importancia manejar datos que en nuestro caso no fue posible conseguir.

## 7. LISTA DE REFERENCIAS

- Orjuela L. y Rodríguez V, (2012), *Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotación sexual infantil*. España: Guía de material básico para la formación de profesionales; Save the children España; Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- Alcácer, R. (1998). *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la Filosofía Política*. En: Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales. Vol. II. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires.: Editorial Hammurabi S.R.L.
- Bernal, C. (2003) *El Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal*. Lima, Perú: Alfaguara.
- Fernández, J. (1995). *Derecho penal fundamental*, 2º vol., 2ª ed., Bogotá: Temis.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: Mcgraw-Hill/ Interamericana editores, S.A.
- López, J. (2004). *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. 2ª ed., reimpresión., Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires.: Euros Editores S.R.L.

- Mir Puig, S. (2009) *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Morillas Cueva, L. (2002). “*Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro*”. Lima.
- Muñoz, F. y García, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Cabrera, A. (2011). *Curso elemental de Derecho Penal Parte General*. 3ra edición. Editorial San Marcos E.I.R.L. Perú.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. Cuadernos de conferencias y artículos n. 16 (traducción. Manuel Cancio Melia). Colombia: Universidad de Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2001). *Derecho Penal. Parte General*. 2° ed. Colombia: Marcial Pons.
- Peña, D. (2009). *Pluricausalidad criminógena en los delitos contra la libertad sexual: violación de menor, artículo 173° del código penal* (Tesis para optar el grado académico de maestro en Derecho Penal). Universidad Nacional Federico Villareal. Lima-Perú.
- Peñaloza, A., & Morella, O. (2005). *Elaboración de instrumentos de investigación*. Caracas: Departamento de investigación del CUAM.
- Roxin, C. (1976). *Sentido y límites de la pena estatal*. En Problemas básicos del Derecho Penal. (Trad. Diego Manuel Luzón Peña) Madrid: Ed. Reus.
- Roxin, C. (2007). *Cambios en los fines de la teoría de la pena*. En la Teoría del delito en la discusión actual, traducido por Manuel Abanto Vázquez. Lima: Ed. Grijley.
- Roxin, C. (2012). *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*. Barcelona: InDret



- Sánchez, M., Tantaleán, O., & Coba, J. (2016). *Protocolos para proyectos de tesis y tesis de bachillerato y de titulación profesional*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Silva, J. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Silva, J. (2000). *El retorno de la inocuización y los delincuentes sexuales violentos*. En: estudios de derecho Penal. Biblioteca de Autores Extranjeros. Lima: Editorial Grijlei.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires.: Editorial Tipografía Editora.
- Vásquez, C. (2003). *La pena aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos* (Tesis para optar el grado magister en derecho con mención en ciencias penales). Lima-Perú.
- Villavicencio, F. (1991). *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial I, Delitos de Homicidio*. Lima: GIOS Editores.
- Zaffaroni, E. (1998). *Manual de derecho Penal. Parte General*. 4ª reimpresión de la 2ª edición. México D.F.: Cárdenas.
- Zaffaroni, E. (1998). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Tomo I. 5ta. Edición. Lima – Perú: Ediciones Jurídicas.
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Mexico: CNDH