

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



“Modificación del Artículo 107 del Código Penal a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORAS:

- Bach. Chirinos Rivas, Valeria Sofía
- Bach. García Hernández, Karla Estrella

ASESOR:

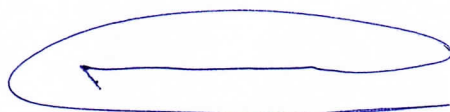
- Mg. Cabrera Gonzales, Julio César
Código Orcid: 0000-0002-1387-6162

NUEVO CHIMBOTE – PERÚ

2023

HOJA DE AVAL DEL ASESOR

La presente tesis titulada “Modificación del Artículo 107 del Código Penal a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida”, ha sido elaborada de conformidad con el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado mediante Resolución N° 580-2022-CU-R-UNS, de fecha 22 de agosto de 2022, designado mediante Resolución Decanatural Virtual N° 156-2020-UNS-DFEH, de fecha 27 de noviembre de 2020.



Mg. Cabrera Gonzales, Julio César
DNI N° 17805269
Código ORCID: 0000-0002-1387-6162

HOJA DE AVAL DEL JURADO

Culminada la sustentación de tesis denominada “Modificación del Artículo 107 del Código Penal a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida”. Se considera aprobada a la Bachiller Chirinos Rivas Valeria Sofía con código 0201535046 y aprobada a la Bachiller García Hernández Karla Estrella con código 0201535054.

Revisado y aprobado por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 074-2023-UNS-CFEH, de fecha 03 de febrero de 2023.



Mg. Cabrera Gonzales, Julio César
Presidente
DNI N° 17805269
Código ORCID: 0000-0002-1387-6162



Ms. Castro Cárdenas Rosa Luz
Integrante
DNI N° 32885730
Código ORCID: 0000-0001-5094-2862



Ms. Reyna De La Cruz Javier Enrique
Integrante
DNI N° 41585576
Código ORCID: 0000-0002-8244-7644



ACTA DE CALIFICACIÓN DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Aula 205- CEIDUNS- Campus 1 de la UNS, siendo las ocho de la noche del día dieciocho de mayo del año dos mil veintitrés, se reunió el Jurado Evaluador presidido por el Mtr. Julio César Cabrera Gonzales; teniendo como integrantes a la Mg. Rosa Luz Castro Cárdenas (Secretaria) y Mg. Javier Enrique Reyna De La Cruz; para la sustentación de Tesis para optar el Título de ABOGADA de la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas **Valeria Sofía Chirinos Rivas**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

“Modificación del Artículo 107 del Código Penal a fin de una Correcta Ponderación entre los Bienes Jurídicos: Indemnidad Sexual y Vida”.

Terminada la sustentación, la graduada respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADA POR UNANIMIDAD a la Bachiller antes mencionada, según el Art. 71 del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS.

Siendo las once con cuarenta de la noche del mismo día, se da por terminado el acto de sustentación.

Presidente

Secretaria

Integrante



ACTA DE CALIFICACIÓN DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Aula 205- CEIDUNS- Campus 1 de la UNS, siendo las ocho de la noche del día dieciocho de mayo del año dos mil veintitrés, se reunió el Jurado Evaluador presidido por el Mtr. Julio César Cabrera Gonzales; teniendo como integrantes a la Mg. Rosa Luz Castro Cárdenas (Secretaria) y Mg. Javier Enrique Reyna De La Cruz; para la sustentación de Tesis para optar el Título de ABOGADA de la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas **Karla Estrella García Hernández**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

“Modificación del Artículo 107 del Código Penal a fin de una Correcta Ponderación entre los Bienes Jurídicos: Indemnidad Sexual y Vida”.

Terminada la sustentación, la graduada respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADA POR UNANIMIDAD a la Bachiller antes mencionada, según el Art. 71 del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS.

Siendo las Noche con Cuarenta y Nueve de la noche del mismo día, se da por terminado el acto de sustentación.

Presidente

Secretaria

Integrante

DEDICATORIA

A Dios, por guiarme a lo largo de mi existencia. Con mucho amor para mis padres Lidia y Jorge, los pilares de mi vida, quienes siempre me han brindado su apoyo incondicional y han sembrado en mí principios y valores. A mi abuelita Elena, que desde el cielo siempre iluminará mi camino y estará presente en mis mejores momentos.

Valeria Sofía Chirinos Rivas

A nuestro padre celestial, forjador de mi camino. A mis padres Jakson y Fanny, en ofrenda a su paciencia y amor, quienes son merecedores de todos mis logros y la motivación de mi vida. A mi hermano Jakson, esperando siempre seguir siendo un buen referente para él. A Cesar, Hilda, Antonio y Elva, con gran regocijo, esperanza y sincero amor.

Karla Estrella García Hernández

AGRADECIMIENTO

A Dios, por su infinita bondad, por permitirnos culminar con éxito nuestra carrera y ser nuestra fortaleza a lo largo de nuestras vidas.

A nuestra alma mater Universidad Nacional del Santa, porque dentro de sus aulas desarrollamos nuestra vocación de servicio en la carrera de Derecho y Ciencias Políticas, siempre buscaremos dejar en alto el nombre de nuestra universidad.

A nuestro estimado profesor Julio César Cabrera Gonzales, por ser nuestro guía en la elaboración de nuestra investigación, por los conocimientos y enseñanzas compartidas a lo largo de nuestra carrera.

Eternamente agradecidas

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado mediante Resolución N° 580-2022-CU-R-UNS, y el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presento a vuestra disposición la tesis titulada: “Modificación del Artículo 107 del Código Penal a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida”, con la finalidad de obtener el título profesional de abogado.

La presente investigación es producto de las opiniones críticas que nacieron en las aulas de nuestra prestigiosa universidad, y que maduraron gracias a las confrontaciones con la problemática jurisprudencial percibida en la sociedad y reflejada en la incorrecta ponderación de bienes jurídicos dentro del ordenamiento jurídico penal, a la cual las autoras buscan dar respuesta.

Las autoras

ÍNDICE GENERAL

Carátula.....	i
Hoja de aval del asesor.....	ii
Hoja de aval del jurado.....	iii
Acta de calificación de la sustentación de tesis.....	iv
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento.....	vi
Presentación.....	vii
Índice general.....	viii
Resumen.....	xii
Abstract.....	xiii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.1.1. Descripción de la realidad problemática.....	1
1.1.2. Objeto de la investigación.....	4
1.2. Enunciado del problema.....	4
1.3. Objetivos de la investigación.....	4
1.3.1. Objetivo general.....	4
1.3.2. Objetivos específicos.....	5
1.4. Formulación de hipótesis.....	5
1.5. Variables de la investigación.....	5
1.6. Justificación e importancia de la investigación.....	5
1.7. Estructura del trabajo.....	8
1.8. Breve referencia de los métodos empleados, tipo y diseño de investigación....	9
1.9. Breve descripción de la bibliografía empleada.....	10

II. MARCO TEÓRICO.....	11
2.1. Antecedentes.....	11
2.2. Marco conceptual.....	14
2.3. Desarrollo.....	17

**CAPÍTULO I: PONDERACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALES EN EL
PERÚ**

1.1. El bien jurídico y su naturaleza legislativa.....	18
1.1.1. Protección en el derecho penal.....	19
1.1.2. Valor de la protección de los bienes jurídicos.....	20
1.1.3. Jerarquía de los bienes jurídicos.....	21
1.2. Principio de proporcionalidad de la pena.....	22
1.2.1. Dimensión concreta.....	22
1.2.2. Dimensión abstracta.....	23
1.3. Principio de lesividad de bienes jurídicos.....	24
1.4. Racionalidad estructural de la ponderación.....	25
1.4.1. Teoría de los principios.....	25
1.4.2. Juicio de ponderación.....	28
1.4.3. Estructura de la ponderación.....	28
1.5. Desproporcionalidad en la aplicación de las penas.....	31

**CAPÍTULO II: INDEMNIDAD SEXUAL SEGÚN EL CÓDIGO PENAL
PERUANO**

1.1. Teoría del delito.....	40
1.2. Delito de violación sexual de un menor de edad.....	42
1.2.1. Bien jurídico tutelado.....	43
1.3. Política criminal en los delitos de violación sexual de menores.....	45

1.4. Protección de los menores de edad en el marco normativo nacional.....	47
1.5. Derechos fundamentales de la víctima menor de edad en el delito de violación sexual.....	50
1.5.1. Derecho al libre desarrollo de la persona y su libertad personal.....	53
1.5.2. Derecho a la integridad personal.....	54
1.5.3. Derecho a la tutela judicial efectiva.....	55
1.5.4. Derecho a una reparación oportuna y adecuada.....	56
1.5.5. Derecho a la defensa y asistencia gratuita a las víctimas menores de edad..	57

CAPÍTULO III: PARRICIDIO: AGENTE PROGENITOR Y VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS

1.1. Evolución normativa del delito de parricidio.....	61
1.2. Protección constitucional del derecho a la vida.....	64
1.3. Desarrollo del delito de parricidio.....	68
1.4. La familia en el marco normativo peruano y su importancia en la acreditación para la sanción en el delito de parricidio.....	74
1.5. Necesidad del incremento de la pena en el delito de parricidio (de padres a hijos).....	80
1.6. Casuística comparativa entre los delitos de violación sexual de menor de edad y parricidio.....	85
1.6.1. Caso N° 01: Delito de violación sexual de menor de edad – Expediente N° Expediente judicial N° 239-2017-2501-JR-PE-02.....	85
1.6.2. Caso N° 2: Delito de violación sexual de menor de edad – Expediente judicial N° 00027-2021-95-2501-JR-PE-08.....	93
1.6.3. Caso N° 3: Delito de violación sexual de menor de edad – Expediente judicial N° 1254-2020-79-2501-JR-PE-05.....	99

1.6.4. Caso N° 4: Delito de parricidio – Expediente judicial N° 01172-2006-0-2501-JR-PE-02.....	106
1.6.5. Caso N° 5: Delito de parricidio – Expediente judicial N° 00174-2012-2501-SP-PE-01.....	112
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	120
3.1. Tipo de investigación.....	120
3.2. Métodos de investigación.....	121
3.3. Diseño de la investigación.....	122
3.4. Población muestral.....	123
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	124
3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	126
3.7. Procesamientos para la recolección de datos.....	127
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	128
4.1. Resultado N° 01.....	128
4.2. Discusión del resultado N° 01.....	128
4.3. Resultado N° 02.....	132
4.4. Discusión del resultado N° 02.....	132
4.5. Resultado N° 03.....	137
4.6. Discusión del resultado N° 03.....	137
4.7. Resultado N° 04.....	144
4.8. Discusión del resultado N° 04.....	144
V. CONCLUSIONES.....	151
VI. RECOMENDACIONES.....	153
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	167
VIII. ANEXOS.....	176

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo desarrollar constitucionalmente la correcta ponderación, entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, prescritos en el artículo 107° y 173° del Código Penal.

El diseño de investigación que se empleó fue el jurídico propositivo, por otro lado, el tipo de investigación según la aplicabilidad o propósito es aplicada, según su naturaleza o profundidad es descriptiva, y según su objeto es dogmática; asimismo, la metodología de la investigación jurídica que se empleó fue la dogmática – funcional, teniendo como método de la interpretación jurídica el sistemático; además, las técnicas usadas fueron el fichaje, el acopio documental, y el análisis documental.

Los resultados obtenidos a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial es que el artículo 107° del Código Penal Peruano no comprende una correcta ponderación de bienes jurídicos establecidos por nuestra legislación; además, la incorrecta ponderación de bienes jurídicos que se encuentra contenido en el artículo 107° del Código Penal Peruano vulnera el principio de proporcionalidad de la pena; también, la jurisprudencia local sobre parricidio y violación sexual de menor de edad evidencia una incongruencia de penas comprendidas en el código penal peruano; finalmente, la pena regulada en el artículo 173° del Código Penal Peruano refleja la incorrecta jerarquía que tiene actualmente el bien jurídico de indemnidad sexual sobre la vida.

Palabras claves: vida, indemnidad sexual, ponderación.

ABSTRACT

The objective of this research is to constitutionally develop the correct weighting, between the legal assets: sexual compensation and life, prescribed in article 107 and 173 of the Penal Code.

The research design that was used was the propositional legal one, on the other hand, the type of research according to the applicability or purpose is applied, according to its nature or depth it is descriptive, and according to its object it is dogmatic; how, the methodology of the legal research that was used was the dogmatic - functional, having the systematic method of legal interpretation; In addition, the techniques used were the signing, the documentary collection, and the documentary analysis.

The results obtained from the doctrinal and jurisprudential analysis is that article 107 of the Peruvian Penal Code does not include a correct weighting of legal goods established by our legislation; In addition, the incorrect weighting of legal assets that is contained in article 107 of the Peruvian Penal Code violates the principle of proportionality of the sentence; also, the local jurisprudence on parricide and sexual violation of minors evidences an inconsistency of penalties detected in the Peruvian penal code; Finally, the sentence regulated in article 173 of the Peruvian Penal Code reflects the incorrect hierarchy that the legal right of sexual compensation currently has over life.

Keywords: life, sexual indemnity, weighting.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

Según Aristóteles, refiere que: “El ser humano es un ser social por naturaleza” (p. 50). Ante ello, se puede afirmar que el hombre dentro del Estado se encuentra en convivencia e interacción permanente con sus demás semejantes, ello hace que entre los mismos se relacionen y modifiquen de manera sistemática las estructuras sociales; de esta forma y al no poder aislar al ser humano de los demás es lo que lo convierte en un ser social; por ello, el Estado presenta las facultades y la obligación de crear y regular normas que protejan al ser humano en su interacción y relación que mantenga constantemente con los demás para que se desarrolle en un ambiente armónico y en una correcta convivencia social, para así dotarlos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia.

Con el deber del Estado de proteger al ser humano, éste ha clasificado y desarrollado los bienes jurídicos del hombre, los mismos que como se ha referido, pueden deducirse como una condición indispensable o socialmente aceptada como necesaria o eficaz, para el desenvolvimiento del ser humano y sociedad, siendo un bien jurídico todo aquello que goza de protección legal, debiendo ser debidamente sancionado cuando sea vulnerado, amparándose en el ordenamiento jurídico vigente; por lo tanto, el bien jurídico se establece dentro del marco legal para que a cada norma le corresponda la protección de un bien jurídico, siendo cada uno creado por el derecho que selecciona el legislador evaluando cuales merecen protección legal, de esta forma queda claro que todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales consignados en la Carta Magna por la cual nos regimos y a través de los cuales

se les perciben sus límites de potestad punitiva al Estado. Sin embargo; de poco sirve que nuestros derechos sean integrados al ordenamiento jurídico si es que el Estado no garantiza al hombre un correcto ejercicio de los mismos de una forma adecuada. (Zielinki, 2010, p. 207).

Es así que, según Von Liszt (como se citó en Kierszenbaum, 2009) refiere que: “El bien jurídico puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (p. 188).

De lo cual podemos concluir que los bienes jurídicos existen de manera natural, mucho antes que el ordenamiento normativo; por el contrario, es éste último quien los regula, mas no los crea, y dicha regulación se ve reflejada en el Código Penal, a través de artículos que los protegen mediante la imposición de penas a quienes los vulneren.

Pero ¿Cómo se pueden establecer las penas? ¿Cuál sería el criterio necesario? Teniendo en cuenta que la naturaleza del Código Penal es la protección de los bienes jurídicos, el criterio más relevante es que exista una correcta ponderación entre ellos, y eso solo se puede lograr de la mano con el derecho constitucional como norma madre de las demás.

Bacigalupo (1999) afirma:

El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere

proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, es decir para el derecho de dictar leyes penales. (pp. 43-44)

Es por ello, que debe existir una correcta ponderación de bienes jurídicos para que exista una correcta impartición de justicia, ya que nuestro Código Penal señala cuál es el camino que debe seguir cada caso en concreto, dando los parámetros para el análisis por parte del juez como representante del Estado, que se ve reflejado en cada sentencia.

La palabra parricidio no aparece hasta la época hasta la época romana y surgen dudas sobre su etimología. En cualquier caso es la palabra que nosotros hemos conservado para denominar la muerte de algunos parientes próximos al autor del delito. Pariente es el que forma parte de la familia. En algunas épocas han sido considerados como parientes, además de los unidos por los lazos de sangre, otras personas cercanas por lazo de afectividad, jurídico – civiles e incluso laborales o de respeto (Rodríguez, 1994).

Es así que hallamos una serie de incongruencias en los artículos del Código Penal en lo referente a ponderaciones, siendo una de las más notorias la del Artículo 107°, que regula el parricidio, en relación con el Artículo 173°, referente a la violación sexual de menor de edad, y con ello no queremos restarle importancia al último bien jurídico mencionado, pero sí cuestionamos el hecho de que el repudio social influya en el poder legislativo agravando cada vez más las penas, de modo que ya no existe una ponderación correcta

entre ellas. No es lógico que la única pena aplicable a la vulneración del bien jurídico indemnidad sexual sea de cadena perpetua, mientras que el parricidio, que protege la vida, tenga tres párrafos que desarrollen penas desde los quince hasta los veinticinco años.

De allí surge la necesidad de realizar el presente proyecto de tesis, en búsqueda de un equilibrio jurídico entre las penas reguladas en ambos artículos, de manera que se reivindique la jerarquía constitucional que coloca el derecho a la vida como pilar de las demás.

1.1.2. Objeto de la investigación

La presente investigación tiene como objeto la ponderación entre los bienes jurídicos indemnidad sexual y vida, prescritos en el artículo 107° y 173° del C.P, debido a la incongruencia de penas.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuál es la correcta ponderación, entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, prescritos en el artículo 107° y 173° del Código Penal?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo general

- a. Desarrollar constitucionalmente la correcta ponderación, entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, prescritos en el artículo 107° y 173° del Código Penal.

1.3.2. Objetivos específicos

- a. Formular la modificación del Artículo 107 del Código Penal a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida.
- b. Examinar la jurisprudencia local sobre parricidio y violación sexual de menor de edad.

1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

Dado que se advierte que existiría una incorrecta ponderación, entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, es probable que la evidencia de dicha afirmación se encuentre en el análisis e interpretación del Artículo 107 del Código Penal vigente.

1.5. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

Se usará las variables solo para orientar el trabajo de investigación, pues tratándose de investigación cualitativa no se van a medir.

- VARIABLE N° 01: Incorrecta ponderación de los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida
- VARIABLE N° 02: El Artículo 107 del Código Penal vigente.

1.6. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente proyecto de tesis tiene su justificación e importancia principalmente en razón de haber observado en el campo normativo una incorrecta ponderación de bienes jurídicos, con ello se hace referencia a los bienes jurídicos de la vida y de la indemnidad sexual.

En primer lugar, el bien jurídico de la vida en el derecho penal debe verse como la esfera de libertad en la que el hombre tiene derecho a decidir su prospecto de vida, así como las actividades en la sociedad, las cuales le permitirán cumplir sus

expectativas; ante ello, el derecho a la vida debe ser considerado como aquel derecho por el cual ninguna persona puede quitarle la vida a otra de manera arbitraria; es así que, ante cualquier ilicitud que vulnere el presente bien jurídico tendrá una sanción jurídicamente regulada en nuestro Código Penal y por hacer referencia, ello lo encontramos normado en el Artículo 107 - Parricidio - de nuestro ordenamiento jurídico, el cual regula:

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.

Con ello nuestra legislación reconoce el derecho a la vida y afirma que toda persona tiene derecho al respeto de su propia vida; de lo contrario, la sanción a imponerse al sujeto activo es privándosele de su libertad con una pena efectiva no menor de veinticinco años.

Por otro lado, uno de los delitos que afecta el bien jurídico de la indemnidad sexual se encuentra comprendido en el artículo 173 del Código Penal Peruano, el cual regula:

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.

De esta forma, el bien jurídico de la indemnidad sexual, protege a los intocables sexuales, únicos seres humanos de los cuales su inmadurez y vulnerabilidad hacen legítima, la garantía de normativas en materia sexual, las mismas que se basen el rechazo y persecución penal que involucre a niños y adolescentes, comprendiendo que dichas prácticas sexuales son lesivas y perturbadoras para los mismos, colocando así un límite de sexualidad humana, donde el Estado deberá proteger de vulneración ilegítimas y que de hacerlo el sujeto activo será reprimido con una sanción de pena privativa de libertad efectiva hasta de cadena perpetua.

De esta forma y con todo lo expuesto, es evidente que una de las funciones del derecho penal es proteger los bienes jurídicos, los cuales deben ayudar a la vida social basada en la libertad y la dignidad humana; sin embargo, resulta incongruente ponderar la indemnidad sexual de un menor de edad e instalar la vida del mismo en un plano jerárquico menor cuando se trata de sancionar la vulneración que se pudiesen ocasionar a aquellos bienes jurídicos; ello se afirma en base a que, cuando se le priva a un menor de edad del derecho a la vida, éste ya no presenta opción alguna, ya que su proyecto de vida se extingue cuando le quitan la misma, pues la muerte marca el fin de la vida de la persona, y con ello también el fin de su existencia como sujeto de derecho. Por lo tanto, la muerte, al producir el fin de la vida física, provoca al mismo tiempo la finalización de los efectos de la personalidad que asigna el ordenamiento jurídico. Por otro lado, cuando nos encontramos frente a un caso de vulneración del bien jurídico de indemnidad sexual a niños o adolescentes, es innegable el sancionar dichos actos aberrantes; sin embargo, la existencia para la persona humana no

termina, siendo aún un sujeto de derecho, con posibilidad de continuación de su proyecto de vida.

Con ello no se pretende minimizar los delitos de libertad sexual en menores de edad, sino que se busca una correcta ponderación de los bienes jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico ya que, mientras con la vulneración del bien jurídico de la indemnidad sexual la persona sigue siendo un sujeto de derecho, se tiene por otro lado que, con la vulneración del bien jurídico de la vida, el ser humano no presenta opción alguna y pasaría a ser un objeto de derecho, extinguiendo toda posibilidad de continuidad como persona y desarrollo de la misma.

1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Con el objetivo de corroborar la validez de la hipótesis señalada por las autoras, la presente tesis transita por tres capítulos, siendo la denominación del primero “Ponderación de los bienes jurídicos penales en el Perú”, donde realizamos un análisis del bien jurídico y su naturaleza legislativa, así como del principio de proporcionalidad de la pena y el principio de bienes jurídicos, también de la racionalidad estructural de la ponderación, que enmarca la teoría de los principios, el juicio de ponderación y su estructura, para culminar con la desproporcionalidad en la aplicación de las penas.

Siguiendo esta línea investigativa, en el segundo capítulo denominado “Indemnidad sexual según el Código Penal Peruano”, en búsqueda de un análisis más profundo de dicho bien jurídico, analizamos la teoría del delito, el delito de violación sexual de un menor de edad, abarcando el bien jurídico tutelado; además, la política criminal en el delito mencionado, así como la protección de los menores

de edad en el marco normativo nacional, y los derechos fundamentales de la víctima menor de edad en el delito de violación sexual.

Finalmente, en el tercer capítulo denominado “Parricidio: agente progenitor y víctima menor de 14 años”, buscamos incidir en la evolución normativa del delito de parricidio, tanto como en la protección constitucional del derecho a la vida y el desarrollo del delito propiamente; por otro lado se realiza un análisis de la familia en el marco normativo peruano y su importancia en la acreditación para la sanción en el delito de parricidio, de igual modo sobre la necesidad del incremento de la pena en el referido delito, para lo cual culminamos con la casuística comparativa entre los delitos de violación sexual de menor de edad y parricidio.

1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La presente tesis es de tipo cualitativo, y tiene como método de la investigación jurídica la dogmática – funcional, ya que se emplearán complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos, y a la vez planteará una solución para la sociedad; por otro lado, el método de interpretación jurídica es el sistemático, ya que se interrelacionarán normas y leyes para llegar a un correcto desarrollo de la investigación.

El tipo de investigación según su propósito es el aplicado, ya que se encarga de buscar la producción de conocimiento con una aplicación directa a los problemas de la colectividad, encajando la teoría con el producto. Por otro lado, según su profundidad es descriptiva, ya que menciona, estudia, analiza y describe la doctrina y la legislación nacional sobre la ponderación de los bienes jurídicos.

El diseño de la investigación es jurídico propositiva, ya que busca indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico, como en este caso que buscamos resolver la incorrecta ponderación de bienes jurídicos que se evidencia en el Artículo 107° del Código Penal vigente, mediante la propuesta del Proyecto de Ley que modifica dicho artículo.

1.9. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

Para la recolección de información para el desarrollo de la presente tesis, se emplearon diversos libros físicos y virtuales, de la Universidad Nacional del Santa, Universidad César Vallejo, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Andina de Cusco, Universidad Nacional de Cajamarca, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo y Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión; asimismo, de tesis para lo obtención de grado y postgrado contenidas en los repositorios de las universidades señaladas; por otro lado, también se emplearon artículos jurídicos online y revistas virtuales; así como la jurisprudencia desarrollada en la Corte Superior de Justicia del Santa.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

- Cerdán y Romero (2019) en su tesis titulada “PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL PENAL DE BIENES JURÍDICOS DEL DERECHO A LA VIDA E INDEMNIDAD SEXUAL EN EL PERÚ”, sustentada en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo para obtener el título profesional de abogada, nos indica que es necesario ejecutar la ponderación que mejor se acomode a la realidad social, plasmado en las sentencias a través de una pena, que son infundidas por el delito de homicidio simple; así como, por el delito de indemnidad sexual, ello con la finalidad que se sancione a los mismos según su gravedad, de esta forma el derecho a la vida primaria como derecho fundamental y se comprende el segundo como un derecho unido indispensablemente del primero; ante ello, el castigo penalmente adaptado para el primero sea de mayor rango. De esta manera se consignarán minuciosamente, indicadores de jerarquización sobre los derechos a la vida y la indemnidad sexual, para emplearlos en los crímenes de homicidio simple y violación sexual de menor de edad; de igual manera, estudia la tipología normativa del delito de homicidio simple y los delitos contra la indemnidad sexual, por último, elabora un proyecto de modificación para adicionar la sanción del Art.106 (homicidio simple) del Código Penal Peruano.
- Bandera (2016) en su tesis titulada “LA PONDERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”, sustentada en la Universidad Andina del Cusco para obtener el título profesional de abogada, la misma que refiere acerca de la adecuada imposición de las sanciones impuestas para los delitos que son referidos a lesiones por violencia

familiar y violencia contra la autoridad para obstruir el desarrollo de sus funciones por parte del director del proceso (el juez), ello a propósito de la defectuosa motivación del nivel de afectación o puesta en peligro del bien jurídico que resguardan dichos tipos penales. Infiere que los castigos penales estipulados por el director del proceso, denominado Juez, en los delitos de lesiones por violencia familiar, en cualquiera de sus extremos, presentan una desigualdad ya que no superan el test de proporcionalidad, el cual es el primer nivel, y el mismo que se refiere a la idoneidad, en motivo a que el Juez no está implantando una sanción penal asertiva ya que no verifica el fin del tipo penal que es resguardar el bien jurídico, ya que el Juez no aprecia correctamente la afectación o puesta en peligro del bien jurídico.

- Linares (2018) en su tesis titulada “CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL DELITO DE PARRICIDIO”, sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú para obtener el grado de bachiller en derecho, circula por un capítulo en el cual desarrolla el tema de las penalidades jurídicas, indagando cómo se aplicaban o reprimían a los transgresores de este delito, ello en merito a que años atrás en gran parte de los ordenamientos jurídicos o costumbres de las sociedades se repercutía principalmente en la represión, y con ello se infiere que había respeto a la vida de los ascendientes, la misma que se dispersó con los demás familiares, estudiando su evolución en el derecho penal peruano, aceptando el Código Penal de 1863 como referente de punto de partida, y transcurriendo por algunos proyectos y ante-proyectos, para alcanzar el conocimiento actual de nuestro ordenamiento penal vigente.
- Cerna (2018) en su tesis titulada “EL BIEN JURÍDICO PENAL VIDA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y LIBERAL”, sustentada en la

Universidad Nacional de Cajamarca para obtener el grado de abogado, nos señala que una de las instituciones que más ha sido olvidada por el estado en el marco legal, es y será la más importante, ello en base al carácter de objeto de protección de la normativa penal, el cual es la vida, lamentablemente ha sido desplazado en la doctrina, lo cual se evidencia al aceptarse conceptos bajo axiomas que han desatado diversas indeterminaciones de su definición propia. Asimismo, menciona que en el Código Penal peruano consigna a los delitos contra la vida como los primeros a ser desarrollados en la parte especial de este ordenamiento, por ende se podrá considerar que el bien jurídico vida, tendría una gran importancia en la sociedad peruana.

- Reyes (2020) en su tesis titulada “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SU DIMENSIÓN ABSTRACTA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PARA ESTABLECER LOS LÍMITES DE LA PENA PARA CADA DELITO”, sustentada en la Universidad San Martín de Porres para obtener el grado de abogado, en la cual hace una crítica social a la carencia de técnica legislativa por parte del congreso, y también por parte del ejecutivo al momento de promulgar normas penales, ello en virtud de que no se guían por una política criminal, la cual se caracteriza porque adopta políticas encargadas de manejar los comportamientos criminales, lo cual trae como consecuencia un mal criterio de proporcionalidad en el balance entre delito y pena; por otro lado, falta tomar en cuenta que la conducta no debe ser criminalizada de manera innecesaria, ya que trae como consecuencia que se pierda la legitimidad normativa; por lo que, no siempre se sigue una doctrina dogmática-penal, sino que debería tenerse como pilar el régimen constitucional, para ello es necesaria la aplicación de la proporcionalidad

dentro de su dimensión abstracta, de modo que se establezcan los límites necesarios para la pena.

- Espíritu y Churrango (2012) en su tesis titulada “EL DERECHO A LA VIDA Y LA DESPROPORCIONALIDAD EN SU PROTECCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991”, sustentada en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión para obtener el título de abogado, el cual concluye que el derecho a la vida es el prius lógico para el ejercicio de los demás derechos, por lo cual ningún otro derecho tiene mayor relevancia si no existe vida. El delito de violación sexual de menores, si bien es un hecho considerado execrable socialmente, la víctima de este delito puede rehacer su vida, por cuanto no se extingue su vida, sino que con tratamiento psicológico este puede rehacer su vida y ejercer sus demás derechos; empero, en el homicidio no se podrá realizar la restitutio in tegrum de la vida de la víctima, solo menguar el dolor de los familiares mediante la reparación civil, por lo cual propone la modificación del Artículo 106 del Código Penal, estableciendo como pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años; y para su delito agravado, Artículo 108 establecer como pena privativa de libertad no menor de 35 años y máximo cadena perpetua.

2.2.Marco conceptual:

- **Bien jurídico:** Urquizo (1998) afirma:

Es una categoría límite al poder punitivo del Estado, un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal; las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal y se vincula a la relación individuo-Estado. Bajo el

mecanismo de garantía resulta posible denunciar todos los elementos que amenacen o avasallen a la persona en su relación con el Estado. Las funciones de interpretación de la norma penal, conducirá siempre al bien jurídico, en cuya sede se pueden establecer criterios esclarecedores o correctivos de los alcances de la protección a fin de evitar distorsiones en la comprensión del contenido de los bienes jurídicos en concreto. (párr. 55)

- **Parricidio:** Según Félix (2011) afirma:

El crimen de parricidio, es cuando una persona priva de la vida a cualquier ascendiente en línea recta, teniendo conocimiento del parentesco (padre, madre, abuelos). Se equipará al parricidio al que prive de la vida al cónyuge o a cualquier descendiente consanguíneo en línea recta, sea legítimo o natural. (p. 396)

- **Violación sexual:** La Organización Mundial de la Salud (2002) afirma:

Consiste en la intervención de un niño(a) en una actividad sexual que no es capaz de dar su consentimiento, toda vez que su desarrollo no está preparado y no puede expresar su voluntad, o bien que infringe las leyes o los tabús sociales. El abuso sexual de menores de edad se configura cuando en el desarrollo de esta actividad se da entre un niño y un adulto, o bien entre un niño y otro niño adolescente que por su edad o desarrollo tiene con él una relación de responsabilidad, confianza o poder. La violación sexual tiene como fin la satisfacción de las necesidades de la otra persona. (párr. 01)

- **Derecho a la vida:** Según la Real Academia de la Derecho (2020):

Es el derecho de toda persona a su existencia, así como a recabar la protección de las autoridades frente a actuaciones de los poderes públicos o de terceros que la amenacen o pongan en riesgo. Este derecho obliga a los Estados a adoptar las medidas positivas necesarias para proteger la vida de las 27 personas, así como obligaciones de procedimiento para investigar eficazmente los casos de desaparecidos o muertes no justificadas. (párr. 01)

- **Indemnidad sexual:**

Diferentes corrientes definen indemnidad sexual como el derecho a que la persona no sufra interferencia en la formación de su propia sexualidad. Principalmente se aplica a los menores y personas incapaces. La violación de este derecho hace que afecte de forma psíquica al desarrollo y tomen como correctos actos que no lo son. Los sujetos afectados tienen como derecho, una vez sean adultos, de decidir sobre su propio comportamiento sexual (Dudas Legislativas, 2020, párr. 03).

- **Pena:** En palabras García (s.f.) afirma:

En sentido jurídico es el dolor físico y moral que el Derecho impone como consecuencia inevitable a quien trasgrede la ley al incumplir una obligación, cuando con la obediencia de la norma se satisfaga intereses sociales importantes. Podemos definir la pena como un castigo que establece la ley, y que como retribución ha de infligirse a quien comete un delito, para mantener el orden jurídico. (p. 107)

2.3.Desarrollo:

CAPÍTULO I

PONDERACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALES EN EL PERÚ

1.1. EL BIEN JURÍDICO Y SU NATURALEZA LEGISLATIVA

El derecho penal es una rama del derecho que aborda un conjunto de normas encargadas de regular las penas, en sus diferentes dimensiones, regulando la conducta de las personas, sean naturales o jurídicas con las llamadas consecuencias jurídicas, por lo regula la potestad punitiva.

Sin embargo, jerárquicamente, por encima de ella se encuentra la Constitución Política del Perú, la cual tiene que ser respetada, es decir, las normas establecidas en el Código Penal peruano, no pueden trasgredir o ir en contra de lo regulado en la constitución.

Es por ello que, cada bien jurídico se debe encontrar debidamente protegido por el derecho penal, estableciendo una racionalidad en las penas que refleje la proporcionalidad que denota la política penal, de lo que se entiende, que no debe ser admitida ninguna normativa sin argumento, o con imposición de penas genéricas.

Para que exista dicha protección, los bienes jurídicos serán establecidos mediante una jerarquía en aplicación a la ponderación, la cual deberá cumplir con lo delimitado en la constitución.

Siguiendo los argumentos de Von Liszt (1999), quien refiere:

Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. (p. 6)

Desde ya podemos ver cómo los juristas denotan una importancia suprema a la vida como bien jurídico; asimismo, por definición el bien jurídico nace de los intereses sociales, para lo cual el ordenamiento jurídico tiene por función reconocer y enmarcar su debida protección.

Por lo tanto, no puede ser concebida la existencia del derecho penal sin la existencia de los bienes jurídicos, ya que su razón de ser es tutelar dichos bienes y establecer sanciones a través de las penas, de lo cual nace la normativa en sí.

1.1.1. Protección en el derecho penal

Iniciamos analizando lo señalado por Peña (2011) quien afirma:

El Derecho Penal tiene por principal función la protección preventiva de bienes jurídicos, merecedores de tutela punitiva, en cuanto recogen ciertos intereses que resultan vitales para el individuo y para la sociedad, en correspondencia con el orden de valores que se glosan en la Ley Fundamental. (p. 17)

En el derecho penal, no todas las conductas pueden ser consideradas dentro del ordenamiento jurídico, sino aquellas que afecten a la sociedad, y vulneren los bienes jurídicos, y a partir de ello, generar las sanciones correspondientes, impuestas por las autoridades competentes mediante un debido proceso.

Es así que, para establecer las sanciones para cada delito, el poder legislativo debe tener en consideración el principio de proporcionalidad, ya que debe existir una congruencia entre lo regulado en los artículos, generando un engranaje, teniendo como argumento principal la correcta ponderación de los bienes jurídicos, a fin de que ello fortalezca el ordenamiento jurídico y con ello las bases de la sociedad, ya que se necesita una normativa justa, que contemple sanciones que cumplan con su finalidad.

Con ello, se estaría dotando de una seguridad jurídica al estado, ya que se aseguraría de que las penas aplicadas en cada caso, guardarían una relación

proporcional la una con la otra, ya que no sería dable encontrar sanciones severas en los artículos que protegen determinados bienes jurídicos como la indemnidad sexual, frente a sanciones austeras en los artículos que protejan el bien jurídico vida; sin embargo, ello se da, y por eso la existencia de la presente tesis, que encuentra en ello un problema que debe tener solución, a fin de mejorar el ordenamiento jurídico peruano.

1.1.2. Valor de la protección de los bienes jurídicos

Los bienes jurídicos, tienen la necesidad de ser protegidos por el ordenamiento jurídico penal; sin embargo, también lo debe ser los demás aspectos en la vida social, tales como la moral y las buenas costumbres, con lo cual se establece una guía para el comportamiento humano, y que ello se vea reflejado en una sociedad ordenada, que se guíe por los valores y principios, a fin de una correcta convivencia.

Es por ello que Hurtado y Prado, (2011) afirman que:

La intervención del derecho penal está en función de la necesidad de proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más graves, no significa sostener (...) respecto a la misma noción de bien jurídico, que deba separarse de modo radical el derecho penal de la moral. (p. 23)

Es por ello que los bienes jurídicos son valorados en base a los factores morales, culturales, económicos, sociales, etc., en respeto a la constitución, los cuales van a ser la base para que se establezcan las penas.

Ahora bien, ¿Cómo establecer las penas? ¿Cómo jerarquizar a los bienes jurídicos? Para ello debe ser establecido el valor de la protección de

los bienes jurídicos, el cual debe ser proporcional a la escala que existe naturalmente entre ellas por un rango constitucional, de modo que evita que existan incongruencias o en el ordenamiento jurídico penal, que desestabilicen la seguridad jurídica que mantiene estable a un país.

1.1.3. Jerarquía de los bienes jurídicos

Los bienes jurídicos le dan una base empírica al derecho penal, por lo cual permiten que esta absorba la evolución de la sociedad, y las situaciones de conflicto cambiantes, y se traduzcan en el código penal; pero, lo difícil es poder establecer una jerarquía entre ellos.

Se sabe que ello se consigue con la aplicación del principio de proporcionalidad, pero ¿en qué se basa ello? pues bien, en una escala de valores que rigen a dicho principio, y limitan la función del legislador, ya que no pueden ir por encima de la constitución, ni establecer las penas a criterio personal, sino que debe existir un estricto respeto de la jerarquía.

En palabras de Amelung (2011):

Los bienes legales son aquellos que, por tener una relevancia social e individual significativa, merecen protección a través de las leyes. Por otro lado, a partir de examinar como relevante la colección de bienes jurídicos que un Estado opta por proteger, es posible inferir el orden social establecido, ya que se ve el alcance exacto de su intervención en la vida del individuo. (p. 15)

Por consiguiente, la transcendencia de los bienes, definirá la proporcionalidad de ellas, y al estar establecidas, en dicha escala deberán estar las sanciones penales, tarea para los legisladores al momento de crear las

leyes, pues tienen un impacto vital en la sociedad y su funcionamiento democrático.

Si no se tiene en consideración la jerarquía, se estaría vulnerando los principios constitucionales, los cuales son garantías normativas que protegen a los derechos fundamentales, y una normativa inferior no puede contradecir a otra de rango superior (constitucional), ya que se produciría una inestabilidad jurídica, por lo cual la legalidad debe ser respetada.

En conclusión, el legislador deberá tener en cuenta dos aspectos importantes: principio de proporcionalidad y principio de lesividad de bienes jurídicos, de modo que no se transgreda la primacía de la Constitución por sobre las demás normas.

1.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

El principio de proporcionalidad tiene su razón de ser en que pone límites a la potestad estatal de intervenir mediante la aplicación de sanciones penales a aquellos que han transgredido la norma penal establecida, ello como un eje rector.

Gracias a dicho principio, es que no debería existir un abuso o exceso del derecho permitido por las leyes a través de su positivismo, por lo cual existen dos dimensiones de ella:

1.2.1. Dimensión concreta

Tiene un desarrollo reconocido dentro del Título Preliminar del Código Penal peruano, es decir está detallado para su debida aplicación, por lo cual cuando el juez va a emitir una sentencia, aplica un criterio de proporcionalidad, a fin de determinar la mejor justicia posible para el agraviado.

Por ello, va como una exigencia a los jueces, para que no sobrepase los límites establecidos, el cual es regulado en el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal:

Artículo VIII: Proporcionalidad de las sanciones:

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

1.2.2. Dimensión abstracta

Tiene un desarrollo doctrinario, para que una pena exista, tiene que estar positivada en el ordenamiento jurídico penal, de modo que no se puede hablar de las penas sin una base legal, lo cual denota la aplicación del principio de legalidad en la materia, el cual es un pilar del derecho, ya que genera garantías de que lo que se dictamine no puede ir más allá de lo regulado en norma, generando una seguridad jurídica.

Sin embargo, a veces es necesario ir más allá de lo establecido en la norma, sin romper los límites, a fin de aplicar mejor la ley, lo que permite analizar cada caso en concreto, ya que uno es diferente de otro; sin embargo, es necesario establecer un criterio unánime en cuanto a la proporcionalidad, y cuestionar si lo establecido en la norma refleja lo correcto.

No porque algo se encuentre positivado significa que va a ser regulado de dicha forma de por vida, nuestros artículos penales han sufrido una serie de cambios a lo largo de la historia que le han permitido ir llenando las lagunas

y puliendo los errores, mediante la evolución de la sociedad y los cambios que trae consigo.

Poniendo como ejemplo la Constitución Política del Perú, modificada un sinnúmero de veces con el fin de mejorar y adaptarse a las necesidades de los nuevos tiempos en beneficio de la población, no siempre se debe analizar lo concreto, lo regulado, para el legislador es primordial ir más allá de lo evidente, teniendo en cuenta la escala de valores que posee cada bien jurídico, y que su debida protección recae en los operadores de justicia.

1.3. PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS

El desarrollo de las normas no solo de da a nivel nacional, sino también mundial, es por ello que, a fin de establecer criterios unánimes, existen principios rectores que plantean los lineamientos que deben seguir la normativa de la rama penal, los cuales han sido desarrollados a lo largo de la historia, pasando por diversas transiciones; es así que, ello sirve de inspiración para la creación de las normas jurídicas, las cuales se van regulando en base a los nuevos problemas que surgen día a día y necesitan una regulación jurídica, ya que el derecho penal debe ir de la mano de la evolución, es por eso que la norma no es estática, sino que sufre modificaciones en base a las nuevas necesidades.

Uno de los principios universales, es el de lesividad de bienes jurídicos, el cual se encuentra regulado en el Artículo IV del Código Penal peruano, que establece: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que

además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. (Villavicencio, 2016, p. 94)

Por consiguiente, el principio de lesividad va a forjar las bases para una correcta protección de los bienes jurídicos, ya que establece características que la limitan; sin embargo, el principio por sí solo no sería suficiente, sino que debe estar acompañado por el principio de proporcionalidad de la pena, aspectos que deben tener en consideración los congresistas, ya que en ellos recae el poder legislativo, encargado de la elaboración de las leyes, como una representación de la democracia y el clamor de los peruanos; sin embargo, dicho clamor no debe traducirse en populismo, sino que se debe tomar sentido de las necesidades del país y establecer las penas correctas en las sanciones de los delitos.

Dicho esto, el legislador peruano no debe sucumbir a la presión social, respetar el principio de proporcionalidad en sus actos, con el debido cumplimiento de sus funciones, en ellos recae la estabilidad nacional, que se ve reflejado en los índices de incidencia delictiva, los cuales deben ser disminuidos a través de una correcta ponderación entre bienes jurídicos, y su aplicación de penas.

1.4. RACIONALIDAD ESTRUCTURAL DE LA PONDERACIÓN

1.4.1. Teoría de los principios

Cuando los derechos fundamentales son introducidos en el ordenamiento jurídico, como una forma de positivizar los derechos humanos, es un logro muy grande para la historia de la humanidad y el desarrollo de la misma; sin embargo, cuando nace una solución trae consigo una serie de dudas y problemas; por ejemplo, la interpretación de una norma y qué pasa

con ella cuando colisiona, cómo identificar la jerarquía y la ponderación entre dos derechos fundamentales.

En el año de 1985, el jurista germano Robert Alexy, presenta su más grande obra jurídica, titulada “Teoría de los derechos fundamentales”, en la cual busca abordar los conceptos jurídicos, la estructura de los mismos, planteando teorías que buscan aclarar los problemas nacientes en esa época sobre la interpretación de las normas, así como su aplicación, de lo cual nace la teoría de los principios.

Para ello, Portocarrero (2016) refiere, “La teoría de los principios (...) realiza una exploración conceptual y sistemática de la estructura de las normas que conforman un sistema jurídico determinado” (p. 295).

Ello quiere decir, desarrolla los elementos, las características, y otros, con el fin de tener un criterio interpretativo para una mejor aplicación de la norma. Asimismo, dicho autor plantea que las reglas y los principios son un tipo de norma, ya sea con expresiones de mandato, permiso o prohibición.

Cuando existe un conflicto entre dos normas, la naturaleza del mismo le exige una correcta optimización para que sea cumplido de la mejor manera, buscando un equilibrio. Esta teoría señala que existen tanto reglas como principios, pero la principal diferencia entre ambas, es que la primera va a ser tajante, lo que dice la norma será tomado como un mandato definitivo, mientras que los principios van a ser un tanto más flexibles, ya que exige que sea realizado en la mayor medida posible.

Asimismo, Portocarrero (2016) refiere:

Otro de los postulados fundamentales de la teoría de los principios es la reconstrucción de la estructura deontológica de los derechos

fundamentales como principios, de esta manera los derechos fundamentales son mandatos de optimización que exigen el cumplimiento de su contenido material en la mayor medida posible en función a las posibilidades fácticas y jurídicas. (p. 295)

Es así que, la deontología, va a enmarcar el aspecto del deber y los principios dentro de una profesión, como parte de la ética, a fin de un correcto ejercicio de la actividad profesional, en el ámbito moral, desarrollando la conducta humana, lo cual va más allá de toda norma o legislación.

Los derechos fundamentales sería como principios, por lo que, aplicando analogía, si los principios buscan el cumplimiento de la misma. Cuando aplicamos esta teoría, debemos tener en cuenta que al entrar dos normas en conflicto, una de ellas va a afectar a la otra, ya que una debe destacar por sobre la restante; sin embargo, ello no le va a quitar relevancia jurídica, por el contrario, va a fortalecer el ordenamiento jurídico.

“La estructura del principio, el mandato de optimización y el carácter prima facie de los principios es la cadena argumentativa que vincula a los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad” (Portocarrero, 2016, p. 295). Con ello, entendemos que la ponderación no puede darse sin una previa argumentación, los derechos fundamentales se diferencian de los derechos humanos en que la primera tiene un ámbito de aplicación nacional, adecuándose al país según el cual esté regulado, mientras que el segundo es de aplicación mundial, con una base legal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

1.4.2. Juicio de ponderación

Después de haber realizado el análisis de la teoría de los principios, corresponde analizar propiamente a la ponderación y su estructura, con el fin de buscar los fundamentos que solidifican la base para su racionalidad.

En palabras de Portocarrero (2016), “El término ponderación puede ser entendido en dos sentidos distintos: un sentido lato y un sentido restringido” (p. 300). Dicha postulación, es respaldada por Arango (2011), quien afirma: “La ponderación, en su sentido estricto, equivale a un método para determinar el peso de determinados elementos” (p. 231). Mientras que el sentido lato, va a contener elementos como la valoración o discernimiento.

Siguiendo la línea de lo planteado en párrafos anteriores, se asevera la postulación de que la ponderación es un esquema de razonamiento, que no solo busca dar una solución a un conflicto inicial entre dos normas, sino que mediante la argumentación va a permitir resolver conflictos a futuro, y realizar un análisis que no solo va a comparar dos bienes jurídicos, sino que va a señalar mediante un procedimiento, cuál de los dos tendría prioridad, mediante el establecimiento de una jerarquía jurídica.

1.4.3. Estructura de la ponderación

Las normas constitucionales se encuentran dentro de lo alto por sobre el ordenamiento jurídico regular, por lo cual, el contenido de la misma tiene igual relevancia que los demás bienes jurídicos.

Para ello, debe existir una ponderación, la cual se rige por el principio de proporcionalidad, el cual se subdivide en tres subprincipios, los cuales son:

idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente; dichos subprincipios en conjunto, van a permitir una correcta optimización de la norma, y ejercer un juicio ponderativo cuando colisionen dos bienes jurídicos.

Como ya se analizó en párrafos anteriores, los derechos fundamentales, son analogados con los principios, los cuales se caracterizan por ser mandatos de optimización, es decir, ordenan su realización dentro de la medida más alto posible.

Ahora bien, el tercer subprincipio es motivo de análisis, el cual también es llamado como la “ley de la ponderación”, el cual señala que “Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2003, p. 85). Ello, puede ser desdoblado de la siguiente manera:

- Grado de incumplimiento.
- Comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto.
- Determinación de la importancia y afectación por sobre el otro.

A fin de igualar las condiciones entre los delitos estudiados, colocaremos como ejemplo en el delito de parricidio, a un padre que mata a su hijo de catorce años y lo condenan con quince años de pena privativa de la libertad (pena máxima regulada en el Artículo 107° del Código Penal); mientras que, por otro lado, nos encontramos a un hombre que viola a una menor de catorce años y es condenado con cadena perpetua.

Podemos observar claramente un grado de incumplimiento, ya que existe un menoscabo hacia el bien jurídico vida, ya que no resalta su importancia a través del reflejo de las penas, si bien existe un incremento de la pena determinado por agravantes, no es necesario recurrir a ello para

determinar la importancia de dicho bien, ya que el solo hecho de matar a un menor de catorce años, sin que haya sido realizado por ferocidad, codicia, lucro o placer, o para facilitar u ocultar otro delito, ni con gran crueldad o alevosía, el solo hecho de arrebatarle la vida a un menor de catorce años, al contraponerlo con una violación, tendría que ser ponderado el primero por sobre el segundo.

Por otro lado, respecto a la comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto, este existe, ya que la indemnidad sexual ha alcanzado un grado de relevancia notorio, debido a la presión social que ha sido de gran ayuda para que el congreso tome cartas en el asunto y ponga severidad en las penas, como una medida para prevenir la comisión de dicho delito y con ello reducir los índices; sin embargo, el delito de parricidio no corre con la misma suerte, ya que no se encuentra satisfecho, al no existir una ponderación correcta entre las penas.

Finalmente, con respecto a la determinación de la importancia y afectación por sobre el otro, ya ha sido materia de análisis y argumentación, la importancia y relevancia del bien jurídico vida, siendo aquella que da origen a los demás bienes jurídicos protegidos, es por ello que el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula el derecho a la vida, estableciendo que toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

La vida es la actividad física que determina la existencia de un individuo. Todo aquello que nace, crece, se desarrolla y muere. Es la manifestación primigenia del ser. Lo contrario a vida es muerte. La vida es el principio radical del Derecho. Este se inicia en el hombre, en su realidad ontológica y en su vida individual- y finaliza

en él, en su realidad como ser social y en su vida en relación con otros hombres. La vida del ser humano es intersección (encrucijada) y punto de encuentro del Derecho al ser causa en su formulación y fin en su aplicación. (Fernández, 2012, p. 157).

Con ello, denota su importancia como un bien jurídico supremo, el cual viene siendo afectado, al existir en el código penal, una pena incongruente desarrollada en el Artículo 173°, que desestabiliza dicha base, ya que no es coherente que la pena máxima sea establecida para el bien jurídico indemnidad sexual y no para la vida.

1.5. DESPROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

La pena no solo es uno de los elementos más distintivos del derecho penal, sino que además, históricamente se remonta a los inicios del ser humano habitando sociedades e imponiendo sanciones como forma de control de manera habitual, es también el elemento más tradicional. La sanción sigue siendo un mecanismo de control social en materia penal regulado por el ordenamiento jurídico, y su regulación es fundamental para mantener las condiciones mínimas de vida que permitan que la sociedad pueda convivir de manera pacífica.

La pena, en palabras de Ossorio (s/a) es un:

Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezger dice que en sentido estricto es “la imposición de un mal proporcionado al hecho”; es decir, una “retribución” por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que “corresponde, aun en lo que respecta al

contenido, al hecho punible cometido”, debiendo existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa. (p. 707)

Es por ello que, la pena debe ser proporcional al bien jurídico vulnerado, y esta debe estar ajustada al cumplimiento de su función retributiva; ya que, si no cumple con esta, estaría pasando por alto los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú.

La pena cumple una función muy importante para el correcto funcionamiento de la sociedad, ya que desde tiempos históricos, ha sido necesaria la regulación del comportamiento del hombre para el desarrollo de la civilización y la evolución histórica del mismo, tenemos el ejemplo de la Ley del talión, contenida en el Código Hammurabi, el cual establecía como regla “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano”, con lo cual se comprueba que desde tiempos históricos se buscaba una proporcionalidad entre el perjuicio causado y la pena establecida, claro está que en la actualidad no se castiga con mutilaciones en respeto de los derechos humanos, pero lo que sí persiste es el criterio de la justicia a través de la proporcionalidad.

Existen teorías que buscan explicar cuál es el sentido de la pena, cuál es la finalidad que persigue, y con ello encontramos que Boldova (1998) sostiene:

Para las teorías absolutas, considerando solamente su expresión retribucionista, por ser la más moderna, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho. A la intensidad de una lesión a un bien jurídico protegido por el derecho, se responde mediante la lesión en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto. (p. 98)

Es decir, se busca que el sentenciado no cumpla una condena vacía, sino que la sanción que recaiga sobre él, tenga la magnitud debida en relación con el perjuicio

causado, y así retribuya de cierta forma el daño causado, con una medida proporcional.

Sin embargo, esta no es la única teoría existente, también tenemos la teoría relativa de la pena, la cual en palabras de Bacigalupo (1999) nos señala que:

Procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legítimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una “teoría” preventivo-general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una “teoría” preventivo-especial o individual de la pena. (p. 33)

Con lo cual, se tiene la percepción de que la pena va a ir más allá que una sanción, va a tener un fin preventivo, con el cual va a mejorar la convivencia en la sociedad, con el impacto que genera la pena, generando que el ser humano no cometa otros delitos; por lo que, se divide en dos tipos:

- Prevención general: “Supone la prevención frente a la colectividad. Concibe la pena como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad” (Mir Puig, 2003, p. 53). Busca encontrar un castigo equitativo al daño causado, equiparando la afectación causada.
- *Negativa*: “Busca inhibir a las personas en la comisión del delito mediante la intimidación o disuasión de éstas a través de la aplicación de la pena” (Villavicencio, 2013, p. 57). Con ello busca un efecto disuasivo en el posible accionar delictivo de las personas, con lo que se evitaría la

comisión de delitos al observar la severidad de las penas en el ordenamiento jurídico.

- *Positiva*: “Se propone robustecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través del veredicto manifestado con la pena” (Roxin et al, 1993, p. 58). Señala que tendría un fin fortalecedor de la norma penal, al confirmar la vigencia de la misma mediante el establecimiento de una pena a través de una sentencia.
- Prevención especial: “La teoría de la prevención especial es una teoría “relativa”, porque está referida a la finalidad de la evitación del delito” (Roxin et al, 1993, p. 20). Es decir, protege a la sociedad de los delincuentes, ya que estos son encerrados; asimismo, mediante una intimidación para que no cometa otros delitos; y, finalmente, como una medida de corrección.

Teniendo definidos los conceptos sobre la pena y su función, podemos analizar la proporcionalidad que puede existir en las penas impuestas entre diversos artículos del Código Penal Peruano.

En la presente tesis encontramos dicho conflicto entre los artículos 107 y el 173 del Código Penal peruano vigente, el primero protege el bien jurídico vida, mientras que el segundo, la indemnidad sexual; ambos son de gran relevancia e importancia, y tienen una necesidad de protección especial, mucho más cuando se trata de menores de catorce años.

Según la Defensoría del Pueblo, existe un grupo especial de protección, los cuales por diferentes motivos, sean culturales, históricos, geográficos, étnicos o de otra índole, necesitan una protección especial del Estado, que permita una correcta inclusión y un buen desarrollo dentro de la sociedad; y, cabe resaltar que dentro de

dicho grupo se encuentran los niños y adolescentes, como uno de los sectores más vulnerables dentro de la población.

Es por ello que, a ver que al analizar el Artículo 173 del Código Penal peruano, que regula:

Violación sexual de menor de catorce años de edad: 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.

Es decir, si una persona viola sexualmente a un adolescente de catorce años, vulnerando el bien jurídico de indemnidad sexual, será condenado con una pena privativa de la libertad de cadena perpetua.

Mientras que, el Artículo 107 del mismo cuerpo normativo, regula:

Parricidio: El que a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de quince años.

De lo cual, a modo de ejemplo, si un padre de familia mata a su hijo de catorce años de edad, sería condenado con una pena máxima de quince años; es decir, por arrebatarse al menor de edad el bien jurídico vida, será establecida dicha pena.

Ante ello, podemos ver un erróneo juicio de ponderación, ya que entraría en conflicto el bien jurídico vida contra el de indemnidad sexual, debiendo ser exigida una congruencia entre ambas penas, lo cual lamentablemente no se ve traducido en el ordenamiento jurídico peruano; por el contrario, a través de los años el Artículo 173 del Código Penal ha sufrido desde su regulación original ocho modificaciones,

con lo cual la pena se iba incrementado, hasta llegar a la cadena perpetua, detallados de la siguiente manera:

- Primera modificación: Mediante el Artículo 1 de la Ley N° 26293, publicada el 14 de febrero de 1994.
- Segunda modificación: Mediante el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24 de mayo de 1998, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional.
- Tercera modificación: Mediante el Artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05 de junio del 2001.
- Cuarta modificación: Mediante el Artículo 1 de la Ley N° 27507, publicada el 13 de julio del 2001.
- Quinta modificación: Mediante el Artículo 1 de la Ley N° 28251, publicada el 08 de junio del 2004.
- Sexta modificación: Mediante el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 de abril del 2006.
- Séptima modificación: Mediante el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto del 2013.
- Octava modificación: Mediante el Artículo 1 de la Ley N° 30838, publicada el 04 de agosto del 2018.

Mientras que, el delito de parricidio, solo ha sufrido dos modificaciones desde la regulación original hasta la actualidad, detallado de la siguiente manera:

- Primera modificación: Mediante el artículo único de la Ley N° 29819, publicada el 27 de diciembre del 2011.

- Segunda modificación: Artículo 1 de la Ley N° 30068, publicada el 1 de la Ley N° 30838, publicada el 04 de agosto del 2018.

Sin embargo, en el referido artículo, desde la primigenia regulación no existió un incremento de la pena, ya que reguló: “El que, a sabiendas, mata a su (...) descendiente (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años”, en su primera modificación reguló: “El que, a sabiendas, mata a su (...) descendiente (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años; y finalmente, la actual norma regula: “El que, a sabiendas, mata a su (...) descendiente (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años”.

Ello refleja que con el transcurrir de los años solo la pena del delito que protege el bien jurídico indemnidad sexual se ha incrementado, en base a diversos factores sociales, incremento de casos, clamor social, y otros, lo cual no es cuestionable porque han sido argumentos bien fundados los que han impulsado cada una de las modificatorias.

Lo que es cuestionable, es por qué la norma que protege el bien jurídico vida, no ha tenido dicha trayectoria de cambios, sino que ha sufrido un estancamiento histórico, que lo ha detenido en el tiempo, y no es suficiente argumento el que la casuística a nivel nacional no sea la misma en cantidad que en los delitos de violación sexual a menor de edad, porque ese no puede ser un criterio para desmerecer a la vida.

Si bien el delito de violación sexual regula un hecho deplorable, la víctima tiene la oportunidad de rehacer su vida, y continuar con la misma, pudiendo continuar con su futuro; sin embargo, cuando te arrebatan la vida, toda la existencia llegó a su

fin, el proyecto de vida del menor se ve truncado, arrebatado, y no existe otra oportunidad, porque de la vida nacen todos los derechos.

El Artículo N° 01 del Código Civil, regula:

Artículo 1: Sujeto de derecho: La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Asimismo, Cornejo (s/a) afirma: “Como niño el concebido tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción” (p. s/n). Por ello, se debe entender que toda persona humana puede gozar de los derechos conferidos por norma, e inherentes a ellos desde la concepción, cuando la vida se extingue, los derechos también, lo cual fortalece el argumento de que de la vida nacen los demás bienes jurídicos y derechos, lo que lo coloca en la cabeza dentro de la jerarquía de los mismos.

Por lo tanto, si en primer lugar se encuentra la vida ¿Por qué el artículo 173° del Código Penal tiene una pena de mayor rigor respecto a la del artículo 107° del mismo cuerpo normativo?

Dicha pregunta demuestra que existe una desproporcionalidad de las penas entre ambos bienes jurídicos, ya que la balanza se inclina ante la indemnidad sexual por encima de la vida, por lo cual dicha balanza debería ser equilibrada en el cuerpo normativo penal, a fin de una correcta ponderación de bienes jurídicos.

CAPÍTULO II

INDEMNIDAD SEXUAL SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

1.1. TEORÍA DEL DELITO

Como bien se sabe, desde los inicios del ser humano éste se ha manifestado como un ser social y las relaciones que ha ido estableciendo con los de su misma especie no siempre han desencadenado en conductas fructíferas y provechosas para la sociedad; es por ello que, el derecho ha otorgado una denominación a todas aquellas lesiones, vulneraciones y violaciones que transgredan los derechos de los seres humanos por acciones u omisiones y que no estén salvaguardadas por nuestro ordenamiento jurídico.

Es así que, a partir de todos los hechos crueles y abominables que se dan día a día en nuestra sociedad, califica como indispensable ser conocedores de la teoría del delito, el cual funciona como la columna del derecho en la rama penal. “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” (Zaffaroni, 1998, p. 389).

El delito es una valoración de la conducta humana, el cual es condicionado por todo juicio ético preponderante en la sociedad. La definición de “delito” ha ido variando con el pasar de los años y esto ha sido una evolución para el Derecho Penal. Según la concepción formal o jurídica, el delito es toda aquella conducta voluntaria del ser humano que está en contra de lo que nuestro ordenamiento jurídico reglamenta con la intimidación de imponer una sanción jurídica. Por ende, la ley es aquella que establece y nombra qué hechos van a ser considerados delitos; es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho. Si en algún momento esta ley es abrogada, el delito desaparece; por eso, el delito es considerado artificial (Almanza y Peña, 2014).

“El delito es aquella acción u omisión voluntaria típica, antijurídica y culpable” (Beling, 1944, p. 189). Aquello, es una concepción material o dogmática, la misma que establece elementos específicos para que una conducta del hombre sea señalada como delito. Toda conducta que sea típica, antijurídica, presente culpabilidad y sea punible, será calificada como suficiente para la configuración del delito, ya que estos cinco elementos se han establecido con el pasar del tiempo y ante ello, no puede efectuarse el delito como tal si uno de estos elementos antes descritos ha incurrido.

En este orden de ideas, la conducta consiste en una acción u omisión procedente del ser humano, la misma que debe ser típica; es decir, que abarque los elementos principales de una conducta delictiva; antijurídica, o que vaya en contrario a las leyes, normas y al derecho; además, debe ser culpable, lo cual significa que, debe ser reprochable a quien lo comete y por ultimo punible, ya que no debe existir situación alguna que exima de pena o responsabilidad al autor.

Por otro lado; para la comisión del delito, debe tenerse en consideración que es indispensable la participación de personas que se encuentren presentes, ya que uno arremeterá en contra del otro, vulnerando uno o varios derechos y causando lesiones a los bienes jurídicos. Para ello, toda aquella persona que realiza una conducta considerada como típica, la cual se encuentra regulada en la ley, será el sujeto activo; por el contrario, aquella persona quien es considerado como el titular del bien jurídico que es lesionado o que puede haber sido evidentemente transgredido o haberse encontrado en riesgo o amenaza, será el sujeto pasivo.

Por último, en el momento que nos referimos al objeto del delito, se puede apreciar desde su perspectiva material al señalar al objeto sobre el cual es realizado o cometido el delito. Donde pueda darse la coincidencia que el objeto material del

mismo sea también quien cumple el rol de sujeto pasivo, tal es el caso del delito de lesiones. Sin embargo; el objeto del delito, desde su ámbito formal, es visto desde el bien jurídico tutelado que la norma pretende proteger cuando se redacta las leyes, esto es: el derecho a la vida, indemnidad sexual, libertad, etc.

1.2. DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE UN MENOR DE EDAD

Según el Tribunal Constitucional (2019) afirma que:

La violación sexual constituye un acto que solo puede ser ejecutado por quien revela un particular menosprecio por la dignidad del ser humano, siendo gravemente atentatorio del derecho fundamental a la integridad física, psíquica y moral, y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, ambos reconocidos en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución. Dicha gravedad, evidentemente, se acentúa cuando el acto es realizado contra un menor de edad, quien, en razón de su menor desarrollo físico y mental, se encuentra en estado de mayor vulnerabilidad e indefensión (fundamento 48 del Expediente N° 0012-2010-PI/TC).

Ante ello; podemos concluir que, el delito de violación sexual es aquella actividad sexual que ejerce una persona en contra de la voluntad de otra, no teniendo su consentimiento, ejerciendo la amenaza o el ataque; etc., afectando su libertad, dignidad, integridad e indemnidad sexual. Además, es todo acto sexual que se le impone a un niño o niña, el cual no presenta desarrollo racional y cognitivo, mediante la realización de autoridad, dominio y/o poder, colocando al atacante en una situación de ventaja para la coacción del menor.

Un menor de edad, presenta tres características que lo colocan en desventaja ante los ataques de un tercero: la indefensión, vulnerabilidad y dependencia; ante ello, la violación sexual de la cual puede ser víctima, se puede dar tanto en el seno de la familia, como de manera externa; es decir, fuera del mismo, ello es un problema social, ético y jurídico, colocando a dicho como uno de los más graves y atroces, pues quien lo comete busca satisfacer sus más bajos instintos sexuales, excitándose con el cuerpo de un menor indefenso, buscando toda posibilidad para acceder de manera carnal a él.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, según nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra contemplado de ninguna manera la licencia de una menor que no cumple los catorce años para la ejecución de actos sexuales; ya que, se considera que una menor con dicha edad no puede tener la capacidad para el entendimiento de un acto sexual.

Además, para la configuración de dicho delito regulado en el artículo 173° del Código Penal peruano, no es considerado como requisito indispensable que el sujeto activo emplee violencia, engaño, inconsciencia o intimidación, en el menor de edad; ya que, ante tal situación lo que el derecho persigue resguardar la indemnidad sexual de quienes no tienen el grado de maduración y desarrollo aptos. Es así que el hecho punible se configura con el acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal, actos análogos, o la introducción de objetos o partes del cuerpo por las vías ya referidas (Corte Suprema, 2019).

1.2.1. Bien jurídico tutelado

Arce (2010) afirma:

En los delitos contra la libertad sexual –violación sexual– el legislador intenta proteger el derecho a la libertad sexual,

entendida en un doble sentido: derecho de autodeterminación sexual en las personas mayores de edad, y derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores de edad. (p.43)

Con lo antes expuesto; podemos concluir que, en una persona mayor de edad se otorga la potestad de elegir sobre su actividad sexual y a esto se le conoce como libertad sexual; mientras que, para los infantes y adolescentes no presentan una válida manifestación de voluntad para un consentimiento sexual, siendo esto lo protegido y conocido como la indemnidad sexual.

De esta forma, en el delito de violación sexual, abarca la integridad del ser humano, sin importar su mayoría o minoría de edad; por tanto, los bienes jurídicos que ha de resguardarse son la libertad sexual; así como, la indemnidad sexual y no cuestiones morales. Es así que, toda persona mayor de edad o de catorce años posee el derecho de la libertad sexual; es decir, la facultad de decidir sobre su cuerpo bajo ninguna circunstancia coercitiva o que ponga en riesgo dicho derecho conferido, teniendo la persona el derecho al libre desarrollo de la libertad sexual y el derecho de rechazar la intervención de cualquier tercero con quien no pretenda involucrarse sexualmente.

Sin embargo; la indemnidad sexual protegida en dichos delitos, se conceptualiza como la autonomía en el desarrollo de la sexualidad de quienes poseen aun la minoría de edad; ya que, existe una necesidad de resguardar y asegurar el íntegro y normal desarrollo en el plano sexual de los menores de edad, quienes son los que no alcanzan la madurez suficiente para la decisión en dichos temas, ya que sus estímulos sexuales son ignorados o confuso. Evitando de tal forma anomalías psíquicas futuras, protegiendo su libertad

sexual y resguardando cualquier tipo de acto forzoso por parte de terceros mediante el aprovechamiento o sin el consentimiento.

Por lo tanto; la custodia a la indemnidad sexual, presenta su fundamento en proteger al infante ante su carencia de capacidad para entender en que consta una relación y acto sexual y los efectos que podría tener dicho accionar por su ignorancia e inocencia frente a dichos temas que presentan una connotación sexual y de las que aún no se encuentran preparados física ni psicológicamente; ya que, su cuerpo y mente no han alcanzado el grado de madurez necesario para una comprensión e interiorización debida sobre el acto sexual.

1.3. POLÍTICA CRIMINAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES

Reyna (2005) manifiesta que:

En los delitos sexuales, la política criminal es incompatible con un Estado de Derecho, ya que, el bien jurídico protegido tiene un sentido moralista lo cual era un retroceso al tratamiento legislativo anterior. Sumado a ello, esta el exacerbado positivismo; esto es, en el incremento de las penas. (p. 170)

De esta forma; se tiene que, las leyes y normas contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, con el pasar de tiempo han ido sufriendo múltiples cambios y modificaciones (aumento de las sanciones, variación en los beneficios penitenciarios); es así que, se considera en su gran mayoría que la política criminal empleada en los delitos que comprenden a la violación sexual tiene una connotación represiva, siendo esto todo lo contrario a las finalidades preventivas que trabaja el

derecho penal, obteniendo de esta forma como resultado una mayor protección legal cuando el bien jurídico violentado es el de un menor de edad.

A nuestra consideración, discrepamos en el tratamiento legislativo que se le está otorgando a la política criminal adoptada en los delitos de violación sexual en menores de edad; ya que, sin bien es cierto, el bien jurídico protegido presenta un gran peso axiológico y con ello se pretende justificar la sanción a imponerse, así como asegurar la confianza de la sociedad en ello; ya que, siempre se remarca que el Estado es el encargado de brindar la protección a las personas en estado de vulnerabilidad- como son los que poseen la minoría de edad- eliminando de esta forma cualquier tipo de beneficios que puedan tener los agresores sexuales e imponiéndoles penas cada vez mayores y más drásticas, como la cadena perpetua, tal como lo remarca el artículo 173° de nuestro Código Penal peruano vigente; sin embargo, es también el Estado quien se deja llevar por la presión social y por el repudio incontrolable del hombre ante hechos de violación sexual a menores de edad, desvalorando otros aspectos a considerarse; como por ejemplo que, ante un caso lamentable de violación sexual a un infante o adolescente, éste por más difícil que pueda presentarse el panorama, va a poder continuar con el desarrollo de su proyecto de vida, ello con la ayuda necesaria de las instituciones, autoridades y organismos competentes y encargados para tal situación y esto es porque si bien un bien jurídico ha sido transgredido, no se ha dado el cese de la persona humana; es decir, éste sigue existiendo, siendo sujeto de derecho.

Con ello no se pretende desvalorizar los actos cometidos o querer quitarles la protección a los menores de edad; sino que, se trata de otorgar sanciones adecuadas según los delitos cometidos y bienes jurídicos afectados, ya que ante distintas situaciones que vulneran los derechos de las personas el legislador no puede

sancionar con cadena perpetua todos aquellos actos que en su mayoría por “presión social” se le requiere, dejando así de lado las proporcionalidades de las penas, la jerarquía constitucional de los bienes jurídicos que son protegidos y hasta incluso no centrándose en la política criminal que persigue del derecho penal, como la prevención.

No se pretende tampoco, tener compasión o lastima por el agresor sexual sino obtener una asertiva política criminal en los delitos que comprendan la violación sexual; es decir, que vaya en concordancia con el derecho penal y a su vez no seguir impartiendo sanciones de manera desproporcional según la jerarquización en la que se encuentran la protección de los bienes jurídicos.

Asimismo, las respuestas integrales deben tener como punto de partida la prevención. De esta forma, se debe implementar la política multisectorial de prevención de violencia y vulneración de los derechos contra niños, niñas y adolescentes y con ello el fortalecimiento del monitoreo en los casos de violencia sexual; incorporando una adecuada educación sexual en las instituciones públicas y privadas; así como, mejorar el acceso a los servicios de salud mental y sexual - reproductiva; también se debe fortalecer a los operadores de justicia, los mismo que brindan garantías para incentivar las denuncias libres de re victimización; mejorar el acceso a la misma para suprimir la impunidad de los delitos e imponer las sanciones adecuadas, agilizando de esta forma todos los procesos judiciales.

1.4. PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN EL MARCO NORMATIVO NACIONAL

La protección que se le otorga al niño y al adolescente en el Perú tiene carácter constitucional, esto partiendo por el principio del interés superior del niño, plasmado

en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, artículo IX; así como, en la Declaración de los Derechos del Niño, específicamente en el principio 2 y además en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3 inciso 1. “El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican” (Cillero, 2011, p. 75). Dicho principio, comprende una actividad tuitiva por parte de los operarios de justicia, es a ellos quienes les compete una correcta acondicionamiento y flexibilización de las leyes y la realización de una acertada interpretación, con la finalidad de conseguir la aplicación más propicia con la finalidad de llegar a una efectiva solución respecto a las controversias jurídicas que puedan presentarse, es de vital importancia dicho principio ya que abarca a los niños, niñas y adolescentes que claman y necesitan por su indefensión y vulnerabilidad un particular cuidado y tienen preferencia de sus intereses ante el Estado.

Todos los ordenamientos jurídicos existentes, regulan innumerables derechos a favor de los niños y adolescentes, los cuales deben ser aplicados de manera efectiva para poder prevenir cualquier tipo de acto o practica que intente o vulnere su libertad e indemnidad sexual, ante su especial protección que se le otorga, no se puede por ninguna manera violentar a los mismos para mantener relaciones y/o actos sexuales, actos análogos o actos contra el pudor, ya que se vulneraria sus derechos fundamentales.

La violencia y/o amenaza que sufra un niño o adolescente para mantener una relación sexual va en contra de su integridad física, ya que altera la psiquis y el cuerpo de éste, desbalanceado su equilibrio emocional e intelectual, afectando su maduración y desarrollo sexual; asimismo, vulnera la integridad moral, ya que no permite que la persona actúe en un estado de consciencia y con voluntad propia. Es

evidente que, las víctimas de una violación sexual presentan un menoscabo en su integridad personal que no les permite disfrutar completamente de su salud física y mental.

La Constitución Política del Perú del 1993, remarca su preocupación por la protección que otorga el estado al niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono. Además, en el artículo 38° del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes del Perú se regulan las medidas para la protección de niñas, niños y adolescentes que han sufrido ataques sexuales, brindándoles mediante programar una atención eficiente, el mismo que va a trabajar por su recuperación en el aspecto físico y psíquico, dicho servicios deberán estar a cargo del área de salud, en donde para la recuperación de la víctima se deberá incluir a la familia y a su vez el Estado se va a encargar que a la víctima se le garanticen todos sus derechos en el proceso judicial y policial respectivo; por otro lado, se promoverán y establecerán programas preventivos para cuidar, encargarse y aminorar los efectos de la violencia destinada contra el niño o el adolescente.

Es el artículo 173° del Código Penal peruano, quien finalmente sanciona todo acto sexual cometido en contra de un menor de edad, de tal forma que castiga a todo aquel que tiene acceso carnal 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, sancionándolo con cadena perpetua.

El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal.

Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él. (Tecna, 2001, p.

65)

Como actos análogos se considera al acto sexual en donde se emplea la lengua o bucogenital, suficientes para la consumación del delito de violación sexual. Cuando se refiere a la introducción de partes del cuerpo u objetos por cualquiera de las dos vías, esto debe hacerlo el sujeto activo con la pretensión de simular una penetración del miembro viril o realizar actos con connotación sexual, de esta forma se estaría descartando a los roces o caricias como la configuración de un delito por violación sexual y también del mismo modo se descarta las introducciones que presentan fines médicos.

1.5. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

Todo abuso o atropello sexual es cualquier acción en donde maliciosamente un menor de edad es usado para satisfacer los más bajos instintos sexuales del hombre; con ello, ha de tener en consideración que el abuso sexual no solo engloba el término de “violación” sino también cualquier otro tipo de interacción sexual en donde un menor de 18 años se vea involucrado. Suele ser perpetrado por personas cercanas a la víctima, inclusive familiares, por lo que sus consecuencias son de especial gravedad. “El Estado protege al niño, niña y adolescente y sanciona penalmente el acceso sexual por parte de terceros hacia él o la menor de 18 años, aun cuando exista un consentimiento” (Llave, 2012, p. 7).

Nuestra Carta Magna en su artículo 4º regula que, loe encargados de brindar y velar una atención particular a los niños y adolescentes de nuestro país es la sociedad y el Estado. Pues los abominables casos de abuso sexual a éstos, son las maneras más crueles de violencia por la que un infante pueda atravesar, ya que dejan efectos traumáticos y muchas veces irreparables, transgrediendo sus derechos

fundamentales y constitucionales; tales como, la integridad emocional, física, psíquica y sexual, derecho a la libertad, tranquilidad, seguridad, privación, libre desarrollo y sobre todo a vivir sin vulneraciones ni violencia. Los abusos sexuales a los que son sometidos los menores de edad, implican las vulneraciones de su esfera personal y privada. Es la exigencia por parte de un adulto a actuación con connotación sexual hacia un infante y/o adolescente, en donde evidentemente hay una existencia de asimetría de poder a través de la mentira, fuerza o manipulación.

Como bien se sabe, son los niños quienes se encuentran dentro del grupo social de indefensos y vulnerables; ante ello, es claro el especial cuidado que debe colocar el Estado para con ellos, usando las políticas adecuadas, esto es aceptado internacionalmente, siendo manifestado mediante convenidos, declaraciones y tratados con carácter internacional que vinculan directamente a nuestro Estado. Así la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, ha señalado que “(...) el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (ONU, 1959, p. 56).

Pero ¿Qué es lo que pasaría si el Estado peruano no garantiza ni respeta los derechos humanos mediante un debido proceso con las diligencias oportunas y adecuadas? Crearían con ello un contexto de impunidad ante, lo cual acarrearía una responsabilidad internacional y ante ello las víctimas se ven en la obligación de acudir a instancias internacionales para hacer respetar sus derechos. No se debe olvidar que estos presentan los siguientes derechos:

- Derecho a la vida y a presentar una atención especial por parte del Estado.
- Derecho a desenvolverse en un ambiente sano y sin violencia.
- Derecho a un respeto y equilibrio moral, psíquico y físico.

- Derecho a vivir, crecer y desarrollarse dentro de una familia.
- Derecho al desarrollo integral de su personalidad.
- Derecho a que su identidad sea protegida cuando esté inmerso en situaciones legales.

En nuestro Código Penal actual vigente, se encuentra regulado desde el artículo 170° los delitos de connotación sexual; sin embargo, es el artículo 173°, materia de estudio en la presente tesis, el cual regula los delitos de violación en menores de edad, precisando lo siguiente:

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.

Con lo antes descrito se demuestra que los menores tienen un espacio de protección dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal y es deber del Estado vigilar y custodiar para que dentro de un proceso penal las víctimas sigan teniendo la misma protección y se les dote de todas las facilidades para poder sobrellevar los actos posteriores del delito cometido en su contra, brindándoles una tutela judicial efectiva y no generando un estado de indefensión a este sector que ha sufrido violencia sexual.

Nuestras leyes nacionales e internacionales tienen estipuladas una gran cantidad de derechos y garantías a favor de los menores; sin embargo, ha de también considerarse la jerarquización de los bienes jurídicos que el Estado protege y con ello ser coherentes y racionales en la aplicación de las penas ante los delitos cometidos a menores de edad, no dejándose llevar el legislador por una influencia social u otro factor para imponer las sanciones penales; aun así, las garantías y derechos que ofrece

el Estado deben estar resguardadas por una correcta efectividad y aplicación, ya que estas deben ser vitales para prevenir cualquier acto lesivo a su libertad e indemnidad sexual.

1.5.1. Derecho al libre desarrollo de la persona y su libertad personal

Forzar a un niño, niña o adolescente a mantener cualquier acto sexual se encuentra enmarcado a una vulneración al derecho de la libertad y con ello partimos para señalar que la libertad sexual es una concisión de la libertad personal, vista desde el ámbito social, la cual debe ser libre y autónoma de la obligación a cualquier acto o abuso sexual.

El derecho a la libertad personal se encuentra regulado en nuestra Carta Magna, artículo 2 inciso 24:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales.

El derecho al libre desarrollo de la persona garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, pág. 6).

1.5.2. Derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal se encuentra dentro de los derechos de la primera generación, la palabra integridad se refiere a que nada haga falta, esto puede ser visto netamente desde el plano físico; sin embargo, ha de recordar que el niño y adolescente se encuentra también conformado por una dimensión moral y psicológica.

Desde el plano físico de la persona se debe tener en cuenta sus componentes anatómicos, fisiológicos y patológicos del niño y adolescente, pero este puede descomponerse de diversas formas tales como:

- Al ser privado de un miembro u órgano corporal.
- Al ser sometido a enfermedades que pongan en riesgo su salud.
- Al ser sometido al dolor o sufrimiento.
- Al violentar su apariencia externa.

Por otro lado, en la dimensión psicológica se debe entender como el cuidado total sin ningún menoscabo de la psiquis del menor, que este goce de sus facultades mentales, voluntad y raciocinio de manera total, sin que sean afectadas o destruidas por cualquier acción u omisión de un tercero.

Asimismo, la dimensión moral se refiere a que el niño y adolescente tiene la autonomía de poder desarrollar sus valores personales y cualquier acto que los humille o agreda- violación, insulto, prostitución forzada, otros- estaría yendo en contra de esta.

De esta forma la violencia empleada en menores de edad para cometer abuso sexual va en contra de su integridad física, psíquica y moral, ya que altera el rumbo de su desarrollo y va en contra de su voluntad, autonomía y consciencia.

1.5.3. Derecho a la tutela judicial efectiva

Según Cafferata, (2004) afirma que:

El derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute, por lo que queda claro que la tutela judicial efectiva, también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: a la víctima. (p. 44)

La tutela judicial efectiva, hace referencia a todas las garantías que la víctima necesita poseer en el proceso penal, es el acceso que se debe tener a los órganos de justicia; así como, al cumplimiento de todo lo dispuesto en una sentencia. La vulneración de este derecho se puede dar también en aquellos casos en donde existe una doble victimización por parte del menor de edad quien ha sido violentado y con ello afectar a la integridad psíquica del menor y al derecho de la tutela judicial efectiva.

Concluyendo, todo menor de edad que ha sido víctima de abuso sexual tiene el derecho a que el Estado a través de un sistema judicial garantista le proporcione una tutela eficaz. Es decir, si la víctima no tiene acceso a un proceso judicial, su participación se ve embarrada por vicios en el proceso o de ser el caso no es reparado por el daño ocasionado a su persona, estaría siendo vulnerado por su derecho a una tutela judicial efectiva.

1.5.4. Derecho a una reparación oportuna y adecuada

La Convención Americana sobre Derechos Humanos regula en el artículo 63° inciso 1:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Con ello, se puede deducir que cuando se compruebe que ha existido un menoscabo en los derechos del niño y adolescente por casos de violación sexual el Estado no solo debe velar por una reparación económica a la víctima, sino que dicha reparación debe ser apropiada y justa, abarcando todas las medidas posibles para que exista un apoyo de recuperación, rehabilitación y reintegración a la sociedad.

En el caso de un abuso sexual en niños y adolescentes, los proyectos a futuro de estos se pueden ver truncados y desbaratados, ello como consecuencia de los actos cometidos, este tipo de agresiones dejan secuelas difíciles de ser borradas, pueden generar:

- Miedo hacia el género humano que lo violento.
- Sentimiento de impotencia.
- Sentimiento de ser abandonado o traicionado por las personas que debieron cuidarlo.

- Sentimiento negativos, como vergüenza, dolor, negación a actos sexuales con posterioridad, etc.
- Traumas psicológicos, depresión o enfermedades mentales.

Todo ello harán que les cueste reintegrarse a la sociedad e incluso puede desencadenar en un suicidio; sin embargo, es ahí en donde el Estado debe ser incidente; en el sentido que, debe estar preparado con políticas adecuadas y lineamientos eficientes para que la víctima pueda continuar con su proyecto de vida, no puede de ninguna manera ser indiferente ante el dolor y la angustia que el menor y sus familiares atraviesan, ya que solo con una correcta y eficiente ayuda por parte del Estado e instituciones adecuadas el menor podrá superar los estragos que dejó el agresor en él.

Es importante comprender que ante el abuso sexual cometido hacia un menor la vida de éste no ha finalizado, claramente dicho accionar no puede ser minimizado, olvidado ni negado, superar aquello es un reto que puede tomar mucho tiempo y esfuerzo por parte de la persona, pero con la ayuda y terapia necesaria este puede ir superándose poco a poco, es por ello que somos bastante incisivos con la ayuda que el Estado pueda brindar, ya que el resguardo que sienta el menor va a influenciar de manera positiva para su recuperación y con ello continuar con el libre desarrollo de su vida.

1.5.5. Derecho a la defensa y asistencia gratuita a las víctimas menores de edad

El derecho a la defensa es un servicio de interés genérico para poder acceder a la justicia, ya que no solo es comprendido como la capacidad para recurrir a su administración, sino que la decisión sea justa para las partes que comprenden un proceso.

Nuestra Carta Magna reconoce el principio de gratuidad en la administración de justicia y la defensa gratuita para todas aquellas personas que poseen bajos recursos económicos y para todos aquellos que se encuentran también regulados. En el caso del Ministerio de Justicia, este garantiza una defensa gratuita a las personas, proporcionando así una igualdad de armas en el proceso y designando un abogado de oficio para quienes no poseen la solvencia económica, así no se da un desequilibrio en las partes que constituyen el proceso.

Sin embargo; diariamente se puede observar como en los casos de violación sexual los menores sufren una desprotección por parte de la justicia, ya que se han dado casos en donde:

- Se les hace rendir su declaración por más de una vez, haciéndoles recordar nuevamente los hechos por lo que tuvieron que atravesar, muchas veces con preguntas impertinentes y fuera de contexto respecto a su vida sexual o peor aún que dichas declaraciones sean fuera de una Cámara Gesell o sala de entrevista única.
- Se incumple la obligación por parte de la justicia de mantener protegida la identidad de los menores violentados sexualmente.
- El Ministerio Público no otorga las medidas de protección a la víctima, colocando en riesgo su integridad física.
- En muchas ocasiones dichos casos son tratados por juzgados y salas que no son especializados en delitos sexuales.
- El proceso muchas veces puede llevarse sin tomar en cuenta el principio del interés superior de niño, viéndose manchado por estereotipos de géneros o prejuicios sociales.

- En algunos casos las víctimas menores de edad no gozan de un abogado que pueda representarlos en el proceso, a pesar de ser casos en donde se necesite una especial actuación y atención, se deja a la víctima en un estado de indefensión, colocando la defensa casi en su totalidad al Ministerio Público, cuando la verdadera función de esta institución es investigar y perseguir el delito, pero la defensa como tal debe ser llevada por un abogado de oficio o particular, según se den las condiciones.
- Por último, la víctima se enfrenta a un proceso largo y tedioso que probablemente y en su gran mayoría de casos demorara de manera excesiva para poder obtener una sentencia justa.

Es por ello que nuestro país necesita con carácter de urgencia implementar medidas de asistencia y protección de forma adecuada y eficaz, para que así se pueda superar todos los obstáculos antes descritos, una correcta administración de justicia ayudará enormemente a la superación del abuso sexual que un menor de edad ha tenido que pasar.

Nuestro argumento es respaldado por Carpio (2015) quien afirma:

Nuestro Estado tiene el desafío de dotar a las víctimas de violencia sexual que, como queda dicho, son en su mayoría niños, niñas y adolescentes de una adecuada representación legal, y cumplir así con la ley nacional que lo ordena. El reto de hacer justicia a todas las víctimas. A las víctimas y a sus familiares de cada uno de los casos. (p. 41)

CAPÍTULO III

PARRICIDIO: AGENTE PROGENITOR Y VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS

1.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DELITO DE PARRICIDIO

El delito de parricidio ha tenido un largo desarrollo en la historia humana, con lo cual es necesario escudriñar en él, a fin de navegar por los relatos existentes, así como en la literatura clásica, para encontrar el origen en la antigüedad y cómo fue ese transcurrir de evolución normativa hasta llegar a su regulación en el Código Penal Peruano vigente.

Antiguamente, el concepto de parricidio era aplicado solamente en casos donde el crimen se cometía hacia el padre, pues estaba permitido que este mate a miembros de su familia, ya que eran entendidos como una propiedad, con lo cual estaba implementado el machismo, ya que solo el padre de familia era categorizado como el jefe, la cabeza del hogar, mientras que los demás eran valorizados como objetos.

Sin embargo, ello poco a poco fue cambiando, y como consecuencia se limitó esa autoridad desmesurada del varón, con lo cual se empezó a tomar como delito la muerte a la madre, hijos o hermanos. Por otro lado, en el siglo primero antes de Cristo, fue agregado a este delito, la muerte del ascendiente, descendiente, colaterales hasta cuarto grado, esposa, marido, suegros, yerno, nuera, padrastro, hijastro o patrón; si observamos dicha inclusión, los lazos no solo sanguíneos, fueron tomando más valor dentro de la normativa.

Aunque en Grecia no existen muchas referencias a la regulación del delito de parricidio, podemos ver que sí existen menciones sobre las sanciones, descritas en la literatura de la época, específicamente en Edipo.

Muchos juristas consideran que el derecho nace en Roma, y dicho argumento se fortalece al descubrir que en la Ley de las XII Tablas existían sanciones para quienes mataban a sus parientes, ya que era considerado una gran ofensa el que una

persona rompa los vínculos de sanguíneos, que eran tomados como sagrados. Martínez (2014), afirma: “En (...) la historia romana, la palabra *parricidium* significa la muerte voluntaria de otro hombre. Pero posteriormente (...) se destinó su uso para designar la muerte de los parientes” (p. 6).

Es por ello que, a razón de la necesidad de diferenciar entre parientes, se emplearon los términos:

- Propium parricidium: Muerte de ascendientes.
- Propium impropium: Muerte de los demás parientes.

Asimismo, Martínez (2014) afirma:

El contenido mínimo del parricidio (ascendientes, descendientes) siempre ha sido sancionado con rigor extraordinario, pues el autor de estos homicidios no sólo extingue la vida humana, sino que viola los sentimientos más profundamente arraigados en la naturaleza del hombre. Ello explica el modo especial de ejecución de la pena señalada para estos delitos (p. 6).

Por lo tanto, se entiende que desde épocas antiguas, dicho delito asumía una total importancia en comparación con los demás delitos regulados, y no solo por el hecho del arrebato de la vida, como violación a un bien jurídico de alta relevancia, sino por el vínculo existente entre el victimario y la víctima; por lo cual la sanción era sanguinaria, ya que era arrojado a un río cercano en un saco conjuntamente con un mono, un perro, un gallo y una serpiente, con la finalidad de que, en palabras de Justiniano recogido por el autor Tejedor (1866): “careciese de la vista del cielo antes de morir y de la tierra después de muerto” (p. 252).

En el Código Francis, antiguamente se regulaba dicho delito para los ascendientes, sin distinción alguna, es decir podían ser legítimos, adoptivos o naturales.

Es así que, en el Perú, luego de la independencia proclamada el 28 de Julio de 1821 por el General Don José de San Martín, fue necesaria también la independencia normativa, ya que dependíamos de España; sin embargo, no se lograba conseguir un texto unificado que sancione los delitos penales, por lo cual fue impuesto un código penal boliviano, a razón de la Confederación Peruano – Boliviana, realizado por el General Santa Cruz, pero fue disuelto.

Por ello, se hicieron esfuerzos para la legislación de un código penal propio, para lo cual fueron nombradas comisiones de redacción, teniendo como resultado el Código Penal de 1863; sin embargo, fue muy ineficaz en su aplicación, por lo cual fue reformado y aprobado en 1878. Asimismo, un nuevo Código fue creado durante el Oncenio de Leguía, en 1924.

El texto original del delito de parricidio se encontraba descrito de la siguiente forma:

Artículo 107°.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince.

Asimismo, mediante la Ley N° 29819, se realizó la primera modificación, quedando de la siguiente manera:

Artículo 107°.- El que a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

Y finalmente, la segunda modificación que es la vigente, regula:

Artículo 107°.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108°.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.

Es decir, el delito ha transcurrido históricamente en el Perú por dos modificaciones, sin que en ninguna de ellas se incremente la pena base de 15 años, lo cual demuestra la necesidad de la actualización de la norma.

1.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA

En nuestro país, el concebido es sujeto de derecho, por lo tanto goza del derecho a la vida humana y todo lo que deriva de ello, es por eso que se debe marcar la diferencia de la vida en sus dos versiones, primero como un hecho existencial y segundo desde el ámbito de protección jurídica estatal, la cual reconoce a la vida desde un ámbito constitucional, garantizando con ello su protección.

Si analizamos la primera versión, podemos ver que la vida puede ser constatada por los sentidos, constatando la existencia misma; sin embargo, desde la segunda versión es necesaria una especial protección, ya que esta da nacimiento a los demás derechos, y es regulada en la máxima normativa para un país, que es la

Constitución Política, la cual no debe ser desestabilizada mediante una mala aplicación porque eso movería las bases de todo el ordenamiento jurídico.

Es así que el Estado tiene el deber de garantizar su protección, mediante su valoración dentro del ordenamiento, y la aplicación de sanciones penales, protegidas por las principales instituciones estatales, tales como la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Defensoría del Pueblo, etc. La vida como derecho constitucional, presupone que ninguna persona puede ser privada arbitrariamente de ella, o incurrirá en un delito.

Para hacer un análisis más exhaustivo, es necesario mencionar a la Pirámide de Kelsen, la cual va a establecer una jerarquía entre las normas jurídicas, colocando una encima de otra a fin de una mejor aplicación; y, en el pico de dicha pirámide se encuentra la Constitución, encontrándose las demás normas en menor orden de prelación.

La redacción y reforma de la Constitución Política se encuentra a cargo de la Asamblea Constituyente, la cual se conforma por representantes de distintas posiciones e ideologías. Es la ley más primordial dentro del estado, ya que regula jurídicamente los derechos y los deberes, para así poder regular las relaciones públicas y privadas, así como los poderes estatales, y de los ciudadanos en lo civil, penal, tributario, laboral, social, económico y político.

Si seguimos el principio jerárquico de la norma, ninguna inferior podría mandar a una norma superior, ya que se debe respetar la jerarquía establecida en la pirámide de Kelsen, el cual posiciona a la Constitución Política del Perú en la cima.

El principio de la Supremacía Constitucional está vinculado con el Estado de Derecho, que me permito denominar el estado social y democrático de derecho para

sociedades políticas en vías de desarrollo, donde la cuestión social es un tema de ineludible e impostergable resolución porque compromete los derechos humanos.

La Supremacía Constitucional sólo es válida en un régimen político cuya Constitución consagra los derechos fundamentales de la persona, los instrumentos jurídicos de su protección y defensa, un sistema de control constitucional de las leyes, la separación y autonomía de poderes y los mecanismos de participación ciudadana.

En palabras de Petzold (s/f):

La Constitución es la norma rectora y fundamental de un Estado, emanada del poder constituyente de éste, de la Constitución, se desprenden tanto los lineamientos legislativos que se deben seguir, como las pautas procedimentales para la creación de la ley (condiciones formales) y los valores vigentes en una sociedad determinada que se deben promover y proteger legislativamente (p. 380).

Es decir, para que la normativa estatal exista, es necesario que se respete la supremacía constitucional, por lo cual su contenido se encuentra en la cúspide de la pirámide, así que jerárquicamente la vida al tener un rango constitucional, cumple con dicho parámetro. La Constitución Política del Perú constituye el grado supremo de la normativa, de lo cual nace el orden interno, planteando límites para su aplicación en la normativa.

Asimismo, el profesor Segundo Linares Quintana está de acuerdo con Charles Eisenmann cuando éste enfatiza que la Constitución constituye el grado supremo, la fuente, el principio: En la esfera del derecho interno, no hay nada por encima de las reglas constitucionales, nada que le sea superior, porque las normas constitucionales son soberanas en el orden interno, y no están ni pueden estar limitadas.

García (2006) afirma:

La Supremacía Constitucional significa que ella es i) fuente de todo el ordenamiento jurídico, ii) referente obligado para todo tipo de interpretación, iii) la máxima jerarquía, contra la cual no puede atentar el resto del ordenamiento jurídico, siempre subordinado, y en situación descendente, de más a menos, en escalones (p. 141).

Y, haciendo un análisis de sus fundamentos, podemos decir que la Constitución Política del Perú es la fuente de las demás, siendo catalogada como una norma productora, de la cual nace el ordenamiento jurídico nacional, regulando el funcionamiento de la nación, de las instituciones, así como del comportamiento de los ciudadanos; por otro lado, es fundante, ya que es aquella que crea el orden jurídico y estatal; asimismo, es limitativa, ya que pone los parámetros que van a orientar todo acto o conducta no solo de los ciudadanos sino de sus gobernantes; al mismo tiempo, garantiza el equilibrio del poder político, y brinda protección a los derechos fundamentales de la personas, mientras que los desarrolla; de igual modo tiene una función legitimadora del estado de derecho, en su contenido denota la línea que sigue el país; y finalmente, es permanente, lo cual va a dotar de seguridad jurídica, ya que simula las bases y columnas una casa, sin ella el Estado se vendría abajo, ya que carecería de los cimientos los cuales deben tener una duración temporal indefinida, dada su jerarquía.

Ya que la Constitución es inviolable, es necesario que existan medios de defensa que permita su cumplimiento por parte de las instituciones y los ciudadanos, función que es cumplida por el Tribunal Constitucional. Por ello, debemos respetar su supremacía, ya que su finalidad es proteger a la persona humana, y hacer respetar su existencia, con el fin de hallar el bien común, lo cual debe ser revalorizado y

tomado en cuenta en el derecho penal, ya que no es dable que la vida, a través de los artículos que se encargan de proteger dicho bien jurídico, no le doten del resguardo necesario materializado en las penas, sino que tengan una jerarquía errónea a la ya establecida, dándole sanciones más severas a otros bienes, como el de la indemnidad sexual, por sobre la vida.

Con ello, estaríamos irrespetando la gobernabilidad democrática que es necesaria para la existencia de la sociedad dentro de la paz, y en cumplimiento del control constitucional.

1.3. DESARROLLO DEL DELITO DE PARRICIDIO

En palabras de Gálvez y Rojas (2017):

El término parricidio hace referencia a la muerte causada a los padres o ascendientes en línea recta; sin embargo, en la doctrina y en las legislaciones modernas, el delito de parricidio tiene una extensión muy disímil, pues mientras algunas lo limitan a la muerte del padre o de un ascendiente, otras incluyen en él, la muerte del hijo y de otros parientes más o menos próximos, hasta llegar a los hijos adoptivos. (p. 448)

Como hemos venido desarrollando, el delito de parricidio tiene por bien jurídico protegido la vida humana, cumpliendo una característica especial, que es el vínculo entre la víctima y el agente del delito; y es por ello que, como la norma dota de características específicas al sujeto pasivo, el sujeto activo también corresponde a la calificación, por lo tanto ambos sujetos son propios.

Hablando en específico de los descendientes, los sujetos se determinan por parentesco consanguíneo en línea recta, sin importar si los hijos fueron procreados dentro o fuera del matrimonio, o que sean o no reconocidos, mientras no exista una

prueba de paternidad negativa. Así también, contempla el caso de la adopción, de conformidad con el Artículo 377° del Código Civil que regula: “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”, en concordancia con el Artículo 115° del Código de los Niños y Adolescentes, que regula:

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Por lo que dicha adopción es vigente y válida mientras no se determine lo contrario, ya que si se declara nulo el vínculo adoptivo, no encajaría en el tipo penal.

Por otro lado, el comportamiento típico del delito, consiste en matar, por lo que, puede ser una conducta por comisión u omisión, y en el segundo caso puede ser considerado el supuesto de comisión por omisión. Asimismo el Artículo 107° del Código Penal también regula agravantes, conforme a las situaciones descritas en el Artículo 108° del mismo cuerpo normativo, lo que se da cuando las acciones del delito se den mediando ferocidad, codicia, lucro o por placer; o cuando se produzcan para facilitar u ocultar otro delito; de igual modo, cuando se realiza mediando gran crueldad o alevosía; y, cuando para concretar el delito el agente se vale del uso de fuego con explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas, para lo que se establecen 25 años de pena privativa de la libertad, con lo cual las autoras nos encontramos en desacuerdo, ya que consideramos que el solo hecho de la existencia entre un vínculo familiar es menester para una pena severa, mucho más cuando existe pena de cadena perpetua para delitos que protegen

bienes jurídicos que jerárquicamente se encuentran debajo de la vida, como lo es la indemnidad sexual regulado en el Artículo 173° del Código Penal, el cual ha ido agravándose con el transcurrir de los años en base a la polémica y reproche social, teniendo en cuenta que se trata de menores de edad, con lo cual surge la necesidad de aplicar el mismo criterio del interés superior del niño y sus derechos constitucionales para que el arrebato de la vida no tenga una pena menor que en el caso de una violación, ya que produce inseguridad jurídica la desproporcionalidad de las penas en base a una incorrecta ponderación de bienes jurídicos.

Asimismo, si analizamos el derecho comparado, podemos encontrar que en otros países la misma figura legal es tomada como una agravante del homicidio, por ejemplo en Colombia:

Artículo 104.- Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad (Código Penal Colombiano, p. 31).

Asimismo, en Costa Rica:

Artículo 112.- Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:

1. A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario, si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital, por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho (Código Penal de Costa Rica, p. 36).

Por otro lado, en nuestro país vecino Chile, este es contemplado dentro de la figura del homicidio; sin embargo, la pena regulada es severa:

Art. 390.- El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte (Código Penal Chileno, p. 53).

Es así que podemos ver cómo el delito de parricidio en el derecho comparado, sea como agravante o como parte de la figura del homicidio, contempla penas severas, dada la supremacía constitucional del derecho a la vida, incluso con mayor relevancia al vínculo familiar, lo cual nos hace cuestionar el criterio de los legisladores peruanos al olvidar dicha figura jurídica, que se ha quedado estancada en el tiempo con una pena tolerante con el victimario, e injusta para la víctima a la cual se le arrebató el derecho que es promovido desde el vientre materno, mucho más en el caso específico de parricidio a descendientes, cuando los padres constitucionalmente tienen el deber de protección hacia los hijos: “Art. 6.- (...) Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (Constitución Política del Perú, p. 8).

Dicho razonamiento es respaldado por el jurista Salinas (2005), quien afirma:

El parricidio tiene mayor culpabilidad al no respetar ni siquiera la vida de sus parientes naturales o legales, con quienes hace vida en común; evidenciándose de ese modo, que el agente está más propenso y solícito a atacar en cualquier momento a personas que le son extrañas, demostrando peligrosidad para el conglomerado social. (p. 78)

Con ello, se revela la conducta del agente del delito, la cual genera incluso una inseguridad para la sociedad, al no respetar los vínculos familiares, ya que existen deberes constitucionales de por medio, con lo cual existe una ventaja por encima de la víctima, ya que existen lazos de confianza, lo que posiciona al sujeto pasivo en un estado de vulnerabilidad.

Por otro lado, tenemos la jurisprudencia inmersa en la R.N. N° 2463-2012-JUNIN, que refiere:

El delito de parricidio es un delito de infracción del deber, donde el interviniente es un garante en virtud de una institución positiva, para el presente caso la familia, cuyo fundamento de imputación jurídico penal no solo se circunscribe a la posibilidad de ser autor con una determinada característica o de un determinado círculo limitado de autores, previsto por la norma penal, sino a la competencia para defraudar el deber positivo o específico que garantiza una relación ya existente entre el obligado y el bien jurídico, puntualmente, (...) el de cuidado que existe entre los padres y los hijos, independientemente de la importancia de su contribución o del dominio de hecho de la organización. Particularidad fundamental, al momento de dosificar la pena concreta, dado que el injusto de este delito reviste una mayor gravedad que el del homicidio simple, por la naturaleza institucional de los deberes infringidos del autor. (p. 149)

Con ello, se fortalece el argumento de las autoras de que se debe tomar con especial criterio el vínculo familiar, ya que existe un deber regulado en la Constitución Política respecto a los padres hacia los hijos, lo que cataloga al parricidio como un delito de infracción de deber, que no solo vulnera el derecho a la

vida, sino que lesiona los deberes de asistencia y cuidado, por lo cual la sanción debe ser acorde a los bienes jurídicos vulnerados.

La figura de un padre que mata a su hijo, es denominada como filicidio, y lamentablemente se han dado casos en los que la madre utiliza al menor como un objeto de su propiedad, o con una finalidad vengativa en relación a la ex pareja, donde los únicos perjudicados son los menores inocentes, quienes a la edad de catorce años para abajo, no tienen independencia propia, y deben contar con el apoyo de los padres para poder subsistir, comer, vestir, educarse, y no solo en bienes materiales, sino en la protección y seguridad que debe brindar el progenitor a los hijos.

Como parte del debido proceso, el juez penal gracias a los medios de prueba presentados es que puede generar la convicción de la existencia del hecho delictivo, y con ello determinar la participación del imputado, lo que se resume en la sentencia, ello constituye la parte más trascendente en el proceso, ya que le pone fin al mismo mediante la solución a un conflicto en busca de justicia con la aplicación de la norma, es decir, no busca crear nuevos derechos ni crear una norma jurídica, sino aplicar la existente; sin embargo, cuando existan lagunas legales, el juez puede ejercer su propio criterio para así llenar dichas lagunas.

Conforme al fundamento N° 16 del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 respecto a los límites de la pena, establece que:

(...) La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgan y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. (p. 8)

Es decir, a pesar que el Juez tiene la autoridad para imponer la pena más allá de lo solicitado por la Fiscalía, es decir aumentarla o disminuirla, lo que no puede

hacer es ir más allá de lo establecido en la norma, porque afectaría el principio de legalidad, por lo cual es necesario dotar al magistrado de las herramientas necesarias para impartir justicia y cumplir sus funciones encomendadas como representante del Estado para la sociedad, es decir, darle el sustento legal para que pueda aplicar las penas correctas ante cada delito, y ello solo se puede dar mediante una modificación del Artículo 107° del Código Penal Peruano.

1.4. LA FAMILIA EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO Y SU IMPORTANCIA EN LA ACREDITACIÓN PARA LA SANCIÓN EN EL DELITO DE PARRICIDIO

La familia es el núcleo de toda sociedad, ella ha existido siempre, desde los inicios del ser humano, la cual a su vez presenta diferentes modalidades, como también se ha venido configurando según el dominio de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales según cada etapa histórica. El hombre no es quien crea dicha institución por decisión ni por interés, sino que nace de los hábitos humanos. Se podría decir que es imposible que exista una desvinculación del ser humano para con la misma.

Cuando se revisa la legislación peruana nos encontramos que existe no una, sino muchas nociones de familia, que tiene tantos significados jurídicos como valores y circunstancias sociales. A comienzos de la República, se dividía a los hijos en ilegítimos, denominados también 'bordes', en naturales y espurios, incestuosos, sacrílegos y mancillados o mánceres. A partir de 1852, el Código Civil ya no distingue sino entre cuatro clases: los legítimos, los naturales, los adulterinos y los demás ilegítimos.

En 1936, el nuevo Código Civil eliminó gran parte de estas distinciones, conservando únicamente la existente entre los hijos legítimos e ilegítimos, ya que se consideraba que sin ella sucumbiría la institución del matrimonio. Sin embargo, la Constitución de 1979 hizo que estas diferencias desaparezcan totalmente y que los hijos - legítimos o ilegítimos- sean considerados todos iguales entre sí. Acorde con este principio constitucional, el Código Civil de 1984 no reconoce sino un solo tipo de hijos, sin importar que se trate de habidos en el matrimonio o fuera de él: todos los hijos son iguales entre sí. (Trazegnies, 1990, p. 30)

Se puede afirmar que la institución de la familia se encuentra en una constante transformación, con nuestra actual Carta Magna de 1993, se le otorga un principio de protección a la familia, con ello se le otorgan políticas públicas donde no solo se observa a la familia como un grupo familiar, sino que quienes lo conforman por individuos que se merecen respeto entre sí, protección y cuidado y no menoscabar su dignidad, por ello la existencia de deberes y derechos entre los integrantes del grupo familiar. Por ello, la familia debe ser vista como, una forma de realización personal, un ambiente de solidaridad, amor, un proyecto de vida que en su mayoría el ser humano construye a lo largo del tiempo y de experiencias entre todos quienes lo conforman.

El derecho presenta una relación llana con la institución de la familia, pues su propósito es protegerla y amparar por la integridad de quienes lo conforman. Es en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, donde se refiere a la familia como institución natural y primordial de nuestra sociedad; también, el artículo 6° de nuestra Carta Magna, señala que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar

seguridad a sus hijos. Asimismo, es en el Artículo 423° Del Código Civil Peruano, regula las obligaciones de los padres, quienes están en el deber de velar por su bienestar en todos los aspectos posibles; por otro lado, el Código del niño y de los adolescentes, también señala todos los derechos que gozan los niños y las obligaciones que deben tener sus padres para con ellos. Es de esta manera que la identificación de las responsabilidades o deberes en una relación paternal como una institución positiva queda taxativamente identificada por los apartados antes referidos.

De esta forma en el cuadro de una relación familiar, las normas internacionales, la Constitución y el Código Civil Peruano, refiere una gran cantidad de derechos y obligaciones que tienen los padres hacia los hijos y viceversa para su convivencia en armonía. Es así que las obligaciones generadas son la estructura normativa para considerar al delito de parricidio como un ilícito de infracción del deber, pues es evidente que los agentes que se señalan en el tipo penal no solo deben eludir un daño entre ellos; sino que deben proyectar la construcción de una relación armoniosa en común para así fomentar la protección del bien jurídica de la vida.

Continuando con la correcta señalización de los agentes que deben ser incluidos en el delito de parricidio (de padres a hijos) y rigiéndonos por la institución de la familia, se presenta la filiación adoptiva que se da con la adopción, la misma que se da cuando los padres por voluntad propia deciden adoptar a un menor y ello es concedido mediante resolución judicial, surgiendo claramente los mismos derechos y deberes descritos anteriormente entre ambas partes.

Galindo (1958) señaló:

La finalidad de la institución, es pues claramente protectora o tuitiva de la persona y los intereses del adoptado. La función y el fin que se

propone alcanzar a través de la adopción y que en el derecho extranjero en donde ha sido acogida, ha cumplido con eficacia cada día mayor son características de la evolución, aún no concluida por la que ha venido atravesando esta figura jurídica (...) como una institución jurídica que nace obedeciendo a las circunstancias de un momento histórico, es capaz de transformarse radicalmente, sin alterar en lo fundamental su organización interna, merced a la influencia de nuevas circunstancias históricas y así prestarse a llenar una función instrumental no buscada, ni sospechada siquiera por el pensamiento del legislador en el momento en que fue establecida. Las posibilidades de adaptación del derecho y de la técnica jurídica a la realidad social del momento, son vastas e insospechada. (pp. 115-116)

La figura de la adopción ha sufrido innumerables cambios, esta institución nace a raíz de las circunstancias históricas y es evidente que conforme el tiempo avanza las circunstancias serán otras; por ello, el legislador debe actuar e implementar nuevas figuras que se encuentren acorde con nuestra realidad social, de tal forma que las leyes cubran las necesidades del ser humano y no solo se quede con todo lo tradicional que hoy en día ya no se observa.

Por otro lado, es necesario hablar de la “crianza”, aquel concepto engloba diversos aspectos que se van formando en el transcurso de la vida de una persona, pues actúa directamente con la formación de la personalidad e identidad de todo niño. Es así que el termino de crianza en una familia se diferencia de las demás por las normas, comportamientos y costumbres de las figuras de autoridad que van transmitir hacia los hijos. De esta forma, lo usual en una sociedad seria que la crianza de todo niño se encuentre bajo el mando de sus padres, pero ya se sabe que ello no siempre

es así, ya que la labor de la crianza muchas veces lo asume cualquier otro familiar o incluso alguna persona que no tenga vínculo de parentesco con éste.

El reproche que se le señala al delito de parricidio y que lo diferencia de los delitos de homicidio y asesinato es la infracción de un deber que tuvo que ser cometido por el sujeto activo.

Caro (2018) refiere:

En el delito de parricidio se sanciona la infracción de un deber donde el interviniente es un garante en virtud de una institución, en el presente caso referida a la familia, madre e hijo, cuyo fundamento de imputación jurídico-penal no se circunscribe solo a la posibilidad de ser autor con una determinada características o de un determinado círculo limitado de autores previsto por la norma penal, sino a la competencia para defraudar el deber positivo o específico que garantiza una relación existente entre obligado y bien jurídico, puntualmente los deberes de cuidado que existe entre padres e hijos. (p. 380)

¿En el delito de parricidio -de padres a hijos- solo podría tipificarse como tal cuando un padre cometa el ilícito a su hijo biológico o también cuando lo cometiere hacia su hijo de crianza cuando éste no fuere su hijo mediante lazos de consanguinidad?

Respondiendo a la pregunta, en nuestro país y según el ordenamiento jurídico, solo se puede atribuir al delito de parricidio (de padres a hijos), cuando estos últimos se encuentren reconocidos judicialmente o en su defecto a pesar de no estar reconocidos son los padres biológicos. Como se venía señalando, en toda familia hay la existencia de deberes y derechos tanto de padres a hijos y viceversa, tales como: atención, asistencia, confianza, etc. Rojas (2016) señaló: “No debe considerarse

como parricidio el homicidio realizado por el inculpado contra una persona a la que trataba como su padre o hijo, pero que no era quien aparecía como tal en su partida de nacimiento” (p. 342).

Resumiendo, no se configurará el delito de parricidio, si la persona que atenta contra la vida de otra que toda la vida lo ha visto y además tratado como un hijo y han convivido dentro de la institución de la familia. La forma más común para poder acreditar la vinculación entre el autor que comete el ilícito y el victimario es mediante la revisión de la partida de nacimiento, donde taxativamente debe constar que la víctima era hijo del victimario, pero tal como se señala esto solo se da en los casos comunes, ya que cuando no sea así es donde el derecho penal exige más que una partida de nacimiento.

Rojas (2016) indica:

Para establecer el delito de parricidio, no basta que el autor del delito sepa que la víctima es su ascendiente, descendiente o cónyuge, sino que debe probarse el vínculo familiar con la respectiva partida de los Registros de Estado civil o con los instrumentos públicos donde conste la filiación, por consiguiente, la confesión del reo, testimoniales, o cualquier otro elemento resultan insuficientes. (p.343)

No es suficiente que el sujeto activo de ilícito penal presente vinculación biológica o legal que tiene con la víctima, sino que debe ser probado mediante otros documentos, ya que recordemos que el derecho penal es meramente probatorio.

Concluyendo el presente acápite, es necesario mencionar que uno de los requisitos para que se configure el delito de parricidio es que el sujeto pasivo se encuentre dentro de los ascendientes y descendientes naturales de la víctima, aquí se encuentran los familiares en línea recta unidos por vínculos de sangre.

También, se encuentra incluido la adopción como supuesto de parricidio, en el otro extremo de los requisitos para la tipificación del parricidio se encuentra el padre adoptivo o legal. Si bien es cierto que no están relacionados por sangre, las leyes les siguen dando los mismos derechos que a los padres biológicos.

Por otro lado, la ley no otorga estos derechos a personas que a ojos y en práctica social se presentan como hijos o padres, sino que simplemente por no haber pasado por el proceso legal de adopción no merece reconocer esta condición.

La ley regula que la adopción puede ser objeto de anulabilidad, y esta puede ser solicitada por el adoptante cuando cumpla con la mayoría de edad, ello también lleva a cierto vacío legal, ya que la víctima podría pedir la anulabilidad de su adopción y el victimario haber estado planeando su muerte con meses de anterioridad y cuando se concrete la anulabilidad solicitada, éste cometer el ilícito y ser así juzgado por el delito de homicidio y no de parricidio.

1.5. NECESIDAD DEL INCREMENTO DE LA PENA EN EL DELITO DE PARRICIDIO

Existe un gran incremento de la comisión de delitos por homicidio calificado y violación sexual, según el Informe Estadístico Penitenciario. (INPE, 2019). Ante ello y tomándolo como ejemplo, es que nuestra sociedad se replantea cada cierto tiempo sobre los castigos y sanciones que se le debe imponer a dicho actos delictivos; asimismo, nos hace cuestionarnos qué tan viable de manera legítima y constitucional es factible el incremento de las penas para dichos actos reprochables; ya que, el ser humano tampoco puede dejarse guiar por la presión social, sino debe existir de por medio un criterio evaluador consciente y jurídicamente razonable que permita aumentar y/o disminuir las penas de acorde a lo que nuestro marco legal nos ampare.

La sociedad se ha ido modificando y los años transcurriendo; ante ello, es inevitable afirmar que cada día vivimos en un mundo más violento e indolente, en donde los crímenes son noticia de cada día, esto lo hace más reprochable y abominable aun cuando los delitos son cometidos en contra de los niños, niñas y adolescentes, más aun cuando los victimarios son los propios padres.

Los menores por su corta edad se encuentran en un estado de vulnerabilidad, necesitando una especial protección por parte de la familia, la sociedad y las autoridades, pues éstos se encuentran pasando por una etapa de formación y desarrollo personal que necesita un cuidado especial a diferencia del estado situacional de los adultos. Pero: ¿Por qué se dice que el niño, niña y adolescente es vulnerable? Esto es porque está en una situación de riesgo constante de ser dañado, sufrir maltrato, ser perseguido, lastimado, discriminado, humillado, influenciado negativamente, todo ello podría desencadenar terribles situaciones y en el contexto más extremo podría terminar con la vida del menor, por su misma situación de inferioridad, indefensión o fragilidad. Lo descrito anteriormente, sería la primera razón para incrementar la sanción jurídica en el delito de parricidio de padres a hijos; ya que, el victimario se aprovecharía de la condición de vulnerabilidad del menor y además del contexto de la relación de confianza, responsabilidad y poder que ejercería sobre el menor, haciendo al momento de la configuración de delito de parricidio ello sea aún más reprochable.

Actualmente se puede advertir que las personas que están siendo procesadas o condenadas por delitos en contra de la vida, el cuerpo y la salud, estarían reflejando una aversión por la vida del hombre y ello estaría aumentando año tras años, según las denuncias registradas en las comisarías y unidades especializada, en investigación criminal, el cual arroja que en el año 2011 la cantidad de denuncias por delitos en

contra de la vida, cuerpo y salud fueron de 28486 y al año 2017 se registró un total de 50597, haciendo notoria la diferencia y aumento de dichos delitos (INEI, 2018).

Por ello, es necesario plantear iniciativas legislativas que se encuentren direccionadas a dar una especial protección a la vida, por ser el bien jurídico protegido constitucionalmente con mayor jerarquía, ello debe reflejarse con el incremento de las penas que se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, imponiendo así la máxima sanción que pueda otorgarse a una persona, ella es: cadena perpetua, en atención a la violación y vulneración del bien jurídico de la vida, esto cuando un padre mata a su hijo, frustrando todo el proyecto de vida del mismo, arrebatando sueños, proyectos, desarrollo personal, profesional, social, etc., pues es inconcebible que el ser que da la vida a un ser humano sea también el mismo que se lo quite, más aún cuando su deber y obligación por sobre todas las cosas sería el de proteger, amar y respetar todos los derechos del menor que se encuentran jurídicamente regulados. No hay que olvidar que cuando un padre o madre le quita la vida a su menor hijo, no existe reparación o resarcimiento hacia este, pues la persona dejó de existir y con ella todos sus derechos y obligaciones, para inmediatamente convertirse en un objeto de derecho, pues se le quita lo más preciado que puede tener el hombre y que lo hace acreedor de ser sujeto de derecho; ante ello, es irracional contemplar una pena menor que no sea la de cadena perpetua.

Debe tenerse claro, que en este caso especial (parricidio de padres a hijos menores de edad), son de las conductas más depreciables, reafirmando así en agravar las sanciones que deben imponerse a todo aquel que incurra en la comisión del presente delito, esto en respuesta a sus altos índices de comisión y además en darle la merecida y justa sanción jurídica al vulnerar el bien jurídico más importante del ser humano, la vida.

Acotando que además dicha propuesta también es necesaria porque el sujeto pasivo es vulnerable, no contraviniendo a nuestra normativa jurídica, guardando concordancia con nuestra Carta Magna y es así como tercer punto de sustento para la presente propuesta tendríamos al “Interés superior del niño”, recordando que es toda decisión que pueda tomarse a favor de un niño, niña y adolescente, las mismas que deben ir orientadas a su bienestar y pleno ejercicio y desarrollo de sus derechos, no debemos olvidar que este el principio rectos que en el cual se basa nuestro ordenamiento jurídico para darle mayor protección a los menores y que a su vez se encuentra regulado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, toma como principio garantista el interés superior del niño y lo hace extensivo a su total cumplimiento hacia las autoridades, instituciones y padres. Es así que en su artículo 18, reconoce la crianza y educación de los padres hacia los hijos y también el deber del Estado de poder garantizarlo y que además son los padres quienes cumplirán sus funciones rigiéndose al interés superior del niño. Con ello es evidente que los derechos y responsabilidades de los padres, respecto a la orientación y dirección de sus hijos, tienen como finalidad cuidar y desarrollar la autonomía del menor en relación al ejercicio de sus derechos, dándose así una equivalencia entre el ejercicio de los derechos del menor y su interés superior.

Es importante recalcar que, al otorgarle a los padres la facultad de velar por los derechos del menor y regirse por el interés superior del niño, este no está en la potestad de quitarle la vida, ya que dicha acción contraviene totalmente en el desarrollo de dicho principio por el cual se rige nuestro ordenamiento jurídico, pues las acciones que deben tomarse son y serán siempre a favor del niño, niña y adolescente, con ello se deduce que los roles de los padres no son derechos absolutos

sobre los menores, ni meramente poderes o deberes, estos son derechos limitados por los derechos de los propios niños, el cual viene a ser su interés superior.

El interés superior del niño es el desarrollo integral de sus derechos, entonces, cuando nos frenamos en el caso que nos concierne, el parricidio de padres a hijos, estamos ante una situación que puede ser sancionable con una pena máxima, ya que los padres deberían ser los principales en respetar dicho principio rector por el cual se rige nuestras normas y al ser ellos quienes vulneran a sus hijos estarían incurriendo ante un delito que claramente no debe tener contemplación al momento de sancionar, pues el artículo tres de la Convención referida anteriormente puede desprender lo siguiente:

- Es una garantía: Ya que, cualquier decisión que concierna al menor, debe considerar primordialmente sus derechos. Ello con la configuración del delito de parricidio (de padres a hijos) queda totalmente eliminado.
- Es de gran amplitud: Obliga al legislador, instituciones, autoridades y padres. Sin embargo; con la efectivización de delito de parricidio (de padres a hijos), los padres no respetan dicha obligación porque son quienes cometen el ilícito penal, las instituciones y autoridades no hacen nada por promover soluciones, prevenciones y sanciones drásticas ante dicho acciones y el legislador tampoco realiza labor alguna para la modificatoria de nuestra normativa legal.
- Es una norma de interpretación y/o resolución de conflictos jurídicos: Tomando ello como principio base por el cual debería de regirse todo lo concerniente a los menores es que se debería resolver efectivamente los casos de parricidio de padres a hijos menores de edad, aumentando la sanción jurídica en nuestra legislación.

- Es una orientación política para la formulación de políticas públicas en favor de la infancia, la misma que accede a orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, al perfeccionamiento de la vida democrática, la misma que queda desvanecida ante la realización del delito que se viene desarrollando.

En conclusión, si existe una necesidad jurídica y social para el incremento de la pena en la configuración del delito de parricidio, específicamente de padres a hijos menores de edad y esto basándonos en el principio rector del interés superior del niño que debe primar en toda legislación, protegiendo esencialmente el bien jurídico de la vida, que es el que se encuentra en el primer eslabón de amparo constitucionalmente, más aun por ser el niño, niña y adolescente seres vulnerables e indefensos, haciendo más abominable dicho delito cuando es perpetrado por los seres que les dieron la vida, quienes son los primeros llamados a brindar afectos, protección y resguardo en sus derechos.

1.6. CASUÍSTICA COMPARATIVA ENTRE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD Y PARRICIDIO

1.6.1. Caso N° 01: Delito de violación sexual de menor de edad – Expediente judicial N° 239-2017-2501-JR-PE-02

El Ministerio Público imputa al acusado Gilmer Emilio Rosas Flores, los hechos suscitados entre enero a mayo del año 2016, ya que en varias oportunidades, sobre todo en horas de la noche, cuando la menor J.A.R.T. (10 años), estaba sola en la casa de su abuela Juana, siendo que la persona de Gilmer Emilio Rosas Flores es hermano menor del padre de la niña agraviada, y abusaba sexualmente de ella, a quien le entregaba dinero cuando se dejaba

abusar. Inicialmente le realizó tocamientos en sus partes íntimas, vagina y ano, para lo cual le bajaba el pantalón y trusa, le metía la mano a la vagina al igual que colocaba su pene en su vagina y ano en repetidas oportunidades, y, finalmente la sometió a practicar sexo oral, introduciendo para ello su miembro viril en la cavidad bucal de la niña, diciéndole "está rico mi huevo" y con su mano la agarraba de la cabeza y le metía el pene en la boca, a tal punto de hacerla vomitar.

Tales hechos han sido tipificados como delito de Violación Sexual de Menor de Edad, previsto en el inciso segundo, concordante con el último párrafo del Artículo 173 del Código Penal; habiendo solicitado la Fiscalía que se le imponga la pena de cadena perpetua.

Siendo así, en el juicio oral se probó más allá de toda duda razonable que:

- El acusado y la menor agraviada de iniciales se conocían y mantenían vínculos muy cercanos, pues el acusado es tío de la menor agraviada, ya que es hermano de su padre, y si bien es cierto no vivían en la misma casa, la menor agraviada frecuentaba la casa de su abuela, vivienda en la cual también vivía el acusado.
- La menor agraviada visitaba frecuentemente a su abuela paterna, lugar donde también vivía el acusado; y en algunas oportunidades la menor se quedaba a dormir en dicha vivienda.
- El acusado, aprovechando la minoría de edad de la menor agraviada J.A.R.T. (hasta los 10 años), y especialmente, aprovechado el hecho de ser su tío paterno, y que la menor agraviada frecuentaba su domicilio, e incluso se quedaba a dormir en dicho inmueble; en

reiteradas oportunidades ha procedido a tocarle el ano y la vagina, la ha besado en la boca, le ha chupado su vagina, ha colocado su pene y sobado dicho miembro en la vagina y ano de la menor, y ha introducido su pene en la boca de la menor agraviada, hasta el punto de hacerla vomitar.

La agraviada J.A.R.T. es a la vez testigo presencial de los hechos, por lo tanto, su relato claro y circunstanciado del abuso sexual del que fue víctima, así como la sindicación directa hacia el acusado, identificándolo como el autor de dichos abusos sexuales, constituyen prueba directa de la incriminación.

Dicha prueba directa, al ser la única que tiene tal calidad en el presente proceso, debe ser analizada desde los parámetros previstos en el Acuerdo Plenario 2-2005, al cual se adscribieron, el cual prevé:

Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza; b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones

periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria;

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

Por todo lo concluido, es que se afirma que las declaraciones incriminatorias de la menor agraviada revisten garantías subjetivas de certeza, generando de esa manera la convicción de que la sindicación de la misma está exenta de incredibilidad subjetiva.

En cuanto a la verosimilitud, se determinó que la declaración de la agraviada es coherente, ya que la agraviada ha narrado los hechos imputados en varias oportunidades, primero a su amigo del colegio J.E.A.V., luego a sus profesores Dora y Jonás, posteriormente a su madre, y finalmente a los peritos médico, psiquiatra, y ante el psicólogo, con intervención del Fiscal y abogado de la defensa en su declaración oficial en cámara Gesell.

De la lectura o escucha de las declaraciones dadas por la agraviada, las cuales han sido transmitidas a través de los órganos de prueba, video de cámara Gesell y documentales, se advierte que en todas ellas afirma y reafirma haber sido abusada sexualmente por el acusado.

Asimismo, el acusado en ningún momento ofreció prueba ni argumentos de que en su vivienda hubiesen habitado otras personas que hubiesen impedido que él pueda abusar sexualmente de la menor agraviada. Es decir, que el acusado no cuestionó la realidad contextual donde la menor refiere que ocurrieron los hechos de abuso sexual.

Además, el lugar donde habrían ocurrido los hechos fue constatado, sin que exista cuestionamiento alguno al respecto, conforme se apreció del Acta De Constatación Domiciliaria actuada en el plenario, en la cual se

verificó también, la existencia del lavadero, donde la menor refirió que ocurrieron algunos actos de abuso sexual en su contra.

Por otro lado, también es verosímil, es decir que se encuentra corroborada objetiva y subjetivamente, con prueba científica actuada en juicio oral, ya que ha sido plenamente corroborada con prueba indiciaria grave actuada en el proceso penal, por lo que analizando el caso concreto según las normas y doctrina en referencia, se afirmó que en el juicio oral se actuaron varios indicios fuertes probados, lo cuales se convirtieron en prueba indiciaria, corroborando de ese modo la sindicación incriminatoria de la agraviada, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo, siendo los indicios señalados los siguientes:

- La menor agraviada repentinamente lloraba en el colegio, y pedía auxilio a uno de sus compañeros de clase, porque su tío la violaba: Éste indicio fue probado con la declaración del menor de iniciales J.E.A.V.; asimismo, la declaración de éste menor se corrobora íntegramente con la declaración de su abuela, quien también concurrió a los debates orales. De dicha prueba, el Juez dedujo que la menor agraviada, de manera espontánea recurrió a un compañero de clases, de su misma edad, para contarle lo que le venía sucediendo, ello con la finalidad de buscar ayuda en el menor y su familia. Así mismo, acredita la situación emocional que mostraba la menor antes de que se denuncien los hechos. Y que no recurrió a sus padres, sino a terceros para pedir ayuda. De todo ello se deduce que la menor agraviada se hallaba en una situación problemática grave, desencadenada por los actos de abuso sexual que refiere haber sufrido.

- La menor agraviada al no hallar auxilio en su compañero de estudios, pidió ayuda a sus profesores y al director de su colegio: Éste indicio fue probado con la declaración de la profesora, y con la declaración del Director del referido colegio. De dicha prueba, el Juez dedujo que la menor, al no recibir ayuda por parte de su amigo, se hallaba en una situación tan desesperada que empezó a llorar y a gritos afirmó en presencia de sus compañeros y profesores, que su tío la violaba sexualmente, siendo recién como consecuencia de este hecho que recibió ayuda.
- La menor agraviada presentó signos de afectación emocional compatible con la vivencia de experiencia negativa de tipo sexual: La menor agraviada fue evaluada mientras declaró en cámara Gesell, por sicólogo del Instituto de Medicina Legal, cuyo informe psicológico concluyó que en su estado emocional se apreció una reacción ansiosa al narrar los hechos; asimismo, consistencia entre las expresiones gestuales y verbales. De dicha prueba, el Juez dedujo que los signos de afectación que se evidencian en las emociones de la menor agraviada, son compatibles con la narración que efectúa, pues conforme lo ha indicado el perito psicólogo, el origen de la afectación en las emociones que presenta la menor agraviada, lo constituye la experiencia negativa de tipo sexual que ella ha narrado, ya que esos signos se manifiestan justamente cuando la menor narra tales hechos.
- La menor presentó afectación a la estructura socio emocional y sexual, producto del abuso sexual que sufrió: Conforme a la pericia psicológica N° 006759-2016-PSC, el perito psicólogo luego de evaluar la declaración

de la menor, la historia personal, e historia familiar, y aplicando los instrumentos y técnicas psicológicas establecidas, concluyó que en las funciones cognitivas conservadas, no se evidencia indicadores que la incapaciten para percibir y valorar la realidad; asimismo, tiene una personalidad en proceso de estructuración; por otro lado, respecto al área socioemocional, por los hechos suscitados experimenta una serie de reacciones emocionales que se intercalan como su indignación, molestia, preocupación y depresión; proceso se deriva de los recuerdos recurrentes asociados a los hechos de investigación, tales síntomas surgen como consecuencia de experimentar y percibir dicha situación como negativa, examinada presenta síntomas que se relacionen con los hechos de investigación, en el recuerdo centrado de los actos sexuales, finalmente, se evidencia indicadores de afectación a la estructura socio emocional y sexual por los hechos experimentados.

- La menor agraviada presenta estrés post traumático crónico grave, de inicio inmediato: Fue evaluada psiquiátricamente, evidenciado mediante la Evaluación Psiquiátrica N° 015311-2016-PSQ, siendo que el perito psiquiátrico concluyó que presenta estrés postraumático crónico grave, de inicio inmediato, recomendando terapia psicológica en la menor, para tratar adecuadamente el estrés postraumático crónico grave que presenta, como consecuencia de la violación sexual sufrida todos estos últimos cinco años.
- El acusado presenta disfunciones sexuales (cuantitativo): al estímulo sexual responde muy ardientemente, pues tiene una carga libidinosa muy fuerte: Fue evaluado psiquiátricamente, descrito en la Evaluación

Psiquiátrica N° 15382-2016-PSQ, donde el perito psiquiátrico concluyó que en el caso del acusado su respuesta era rápida, inmediata y él lo dice con bastante soltura, relajado, le divierte inclusive, le brillan los ojos cuando habla de ese tema; eso evidencia que él no pone freno. Una persona con el refreno adecuado es moderado al hablar de ese tema, no se jacta, por eso catalogo que su respuesta al estímulo es ardiente e inmediata. Respecto al rasgo narcisista, es porque el acusado se caracteriza por tener tendencia a exagerar la auto importancia, resaltando sus logros, capacidades, asimismo a minimizar la acusación en su contra e inclusive a expresarse mal de sus acusadores, señalando que una persona con rasgos narcisista es frío, buscar saciarse con cosas que le satisfacen, es prepotente, tiene tendencia dominante y autoritaria a veces, por lo que es bastante alta la probabilidad de que el acusado haya ejecutado los hechos descritos por la menor.

Es así que el Tribunal precisa que de la narración de hechos y gesticulaciones de los mismos, les permite colegir que la menor vivenció tales actos, pues los movimientos y términos que utiliza son propios de actos de esa naturaleza, por lo que, por las consideraciones antes expuestas, al amparo de lo establecido en los artículos 397 y 399 del Código Procesal Penal, el Juzgado Penal Colegiado del Santa, por unanimidad, resolvió:

- Condenar a Gilmer Emilio Rosas Flores, como autor del delito de Violación Sexual de Menor de Edad, delito previsto el inciso 2 y último párrafo del artículo 173 del Código Penal (norma vigente a la fecha de los hechos), en agravio de la menor de iniciales J.A.R.T., y como tal le impone la pena de cadena perpetua.

- Fijar la reparación civil en la suma de veinte mil soles que deberá pagar el sentenciado a favor de la agraviada.

Ante ello, las autoras nos encontramos de acuerdo en su totalidad, ya que luego de ser valoradas todas las pruebas, se emitió una sentencia justa para la víctima, siendo que el autor de los hechos deberá cumplir una condena de cadena perpetua por los hechos cometidos, lo cual le da la valoración que se merece el bien jurídico de indemnidad sexual, y tal como lo recomendó el psiquiatra, será necesaria una terapia psicológica para la menor, para que pueda manejar de manera adecuada todo el estrés postraumático que presenta a raíz de lo vivido; sin embargo, tiene la oportunidad de rehacer su vida a pesar de la lamentable experiencia que le tocó vivir, y desarrollar así su proyecto de vida.

1.6.2. Caso N° 02: Delito de violación sexual de menor de edad – Expediente judicial N° 00027-2021-95-2501-JR-PE-08

En el presente expediente judicial, se le atribuye a Lusgado Berli Velásquez Castillo, haber abusado sexualmente de menor agraviada de iniciales A.C.A., por los hechos ocurridos entre el 08 de enero al 24 de enero del 2020, cuando la agraviada vivía en el domicilio de su tía Nerely Saravia Copia, esposa del acusado y que a su vez es hermana de la madre de la agraviada, con la finalidad de cuidar a sus menores hijos por cuanto su esposa había viajado a la sierra por motivos de trabajo, lo que aprovechó para abusar sexualmente de la menor agraviada, hechos que ocurrieron en horas de la noche cuando el tío de la menor agraviada llegaba de su trabajo y aprovechaba para introducir su pene en la vagina de la menor hasta en cinco oportunidades,

esto en uno de los cuartos donde vivía la madre de la menor y sus hijos ubicado en el Asentamiento Humano “Jesús de Nazareth” Mz., 27 Lt. 10 San Pedro, aconteciendo que luego de que la menor agraviada había permanecido por espacio de 15 días aproximadamente en la casa del acusado, y vivía en la ciudad de Chimbote en forma temporal, en el AA.HH. Paraíso del PP.JJ San Pedro, como el padre de la menor agraviada ya no tenía trabajo, decidió regresar con su esposa a la ciudad de Moyobamba, el 02 de febrero del 2020; sin embargo, la esposa del acusado le pidió de favor a la madre de la agraviada Orfelinda Cruz para que siguiera atendiendo a sus menores hijos, pero con el transcurrir del tiempo, la madre ya no se podía comunicarse con su menor hija pues sólo le contestaba el celular su hermana Nerely, por lo que decidió retornar a Chimbote para retornarla a la ciudad de Moyobamba pero al llegar a la casa del acusado, éste y su esposa Nerely se opusieron a que la menor regresara con su madre, por lo que tuvo que solicitar apoyo policial para poder recuperarla y llevársela. Estando en la ciudad de Moyobamba, con fecha 02 de marzo del 2020, la menor agraviada le confesó a su madre que en el mes de enero del 2020, cuando la había enviado a cuidar a sus sobrinos a la casa de su tía Nerely Saravia Copia, el acusado había abusado sexualmente de ella en reiteradas oportunidades, amenazándola y diciéndole que dijera a sus padres que en caso de descubrirse los hechos había sido violada por su tío a quien conoce como “Uva” y también le había ofrecido comprarle ropa y hacerle estudiar.

Ante estos hechos la madre de la menor procedió a denunciar ante la DEPINCRI de Moyobamba, y luego de ser examinada por el médico legista se determinó que la menor presentaba “signos de desfloración himeneal

antigua” conforme se desprende del Certificado Médico Legal N° 00791-DCLS. Dicho hecho descritos, se encuentran tipificados en el Artículo 173 del Código Penal (violación de menor de 13 años de edad), además de haberse configurado un delito continuado al haberla violado en diversos momentos, solicitando el Ministerio Público una pena de cadena perpetua y una reparación civil: por la suma de 15,000 soles a favor de la parte agraviada.

Para la toma de la decisión del caso en referencia, el Juzgado adoptó como medios probatorios:

A. POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:

A.1. PRUEBAS PERSONALES

- La declaración testimonial de Orfelinda Cruz Copia: Quien es madre de la menor agraviada y quien en todo momento se rectificó con los hechos materia de denuncia.
- La declaración testimonial de Nerely Saravia Copia: Quien es tía de la menor agraviada, quien aduce que la madre de la menor a agraviada era quien tenía en total abandono y desprotección a ésta y que es su sobrina quien no quería irse con la madre, siendo ella y su esposo quienes la acogieron en su casa.
- La declaración testimonial del PNP Madelhey Zulma Najarro Canto: Quien describió como se llevó a la constatación el día 21 de enero del 2020, refiriendo que la menor en los inicios no quería irse con la madre; sin embargo, luego de constituirse a la comisaria ésta aceptó de forma voluntaria.
- Examen de la perito Dany Fiorella Cubas Larenas: Médico legista de la DML Moyobamba y quien realiza un resumen del Certificado Médico Legal

N° 00791-DCLS, realizado a menor de iniciales A. C. A. A, señalando desfloración himenal antigua, según la guía de evaluación de integridad sexual, señala que en el punto de corte: 10 días antes es reciente y 10 días después es antiguo

- Examen de la perito María de los Ángeles Cordero Medina: psicóloga de la DML Santa y quien realiza un breve resumen del Protocolo de Pericia Psicológica 3915-2021-PSC-2021-PSC, realizado a menor de iniciales A.C.

A.2. PRUEBAS DOCUMENTARIAS

- Denuncia verbal de fecha 04 de marzo del 2020.
- Acta de ocurrencia policía el 21 de febrero del 2020.
- Acta de nacimiento de la menor agraviada.
- Resolución N° 1 de fecha 06.03.2020, emitido por Juzgado de Familia de Moyobamba, en el Exp. N° 00369-2020, por el cual se otorgan medidas protección a favor de la menor agraviada, contra el imputado, Lusgaro Berli Velásquez Castillo.
- Contrato de Locación de Servicios N° LS-ECE2020-000380-2019-ODPESANTA-ONPE, de fecha 26.12.2019 realizado por el jefe de la ONPE y la esposa del imputado, Nerely Saravia.
- Acta de constatación de inmueble, de fecha 29.03.2021, ubicado en la Mz. 27 lote 10, AA.HH. Jesús de Nazareth - San Pedro –Chimbote.
- Carta de la empresa TOTTUS de fecha 31.03.2021, reporte de control biométrico, ingreso y salida del trabajo del imputado.
- Informe de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 30.04.2021. Acredita que los titulares de las líneas N° 922987212, figura a nombre del

imputado, el N° 949689884, como titular a Telmo Arévalo Espinoza (padre de la agraviada) y el N° 924455413, registrado como titular a Nerely Saravia Copia (esposa del acusado).

- Informe de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 11.05.2021, adjuntándose el reporte de llamadas entrantes y salientes de los números 922987212 y 924455413, 06.02.2020.
- Certificado de Antecedentes Penales N° 3621031 de fecha 11.07.2020, por el cual el registro nacional de condenas informa que el imputado no registra antecedentes penales.

A.3. VISUALIZACIÓN DE CÁMARA GESELL:

El valor probatorio es que la menor indica directamente y narra de manera uniforme y coherente de cómo fue vejada sexualmente por su tío Chayo hasta en 5 oportunidades, asimismo, precisa que los hechos ocurrieron cuando su tía se fue de viaje.

B. POR PARTE DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO:

B.1. PRUEBAS PERSONALES:

- Declaración del acusado Lusgardo Berli Velasquez Castillo: Quien en todo momento negó los hechos y refirió que si la menor se fue a vivir con su esposa y él es porque la madre de ésta la había abandonado, como en muchas ocasiones anteriores y cuando ésta fue a recogerla después de algún tiempo la menor no quiso irse con ella y es donde la madre de esta amenaza a su esposa y él cree que todo ha sido por venganza.

B.2. PRUEBAS DOCUMENTARIAS:

- 05 tomas fotográficas de su vivienda: El valor probatorio es que en la vivienda existen diversos agujeros en la pared y un triplay que divide los domicilios.
- Disposición N° 01 de fecha 13 de marzo 2020, emitido por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa Del Santa, Carpeta Fiscal N° 406-2020: El valor probatorio es que se acredita que el Ministerio Público conoció desde un inicio la imputación realizada por la señora Orfelinda en contra del tío de la menor, es decir, la madre de la menor sabía que había una imputación contra el señor Ausberto Soberon Fuentes.
- La ocurrencia policial del 21.02.2020: El valor probatorio es que la madre de la menor, Orfelinda Cruz Copia, llegó a la comisaría de San Pedro con la finalidad de Asentar la denuncia en contra del tío de la menor que reside en la ciudad de Moyobamba, sujeto activo distinto al imputado.
- Cédula de notificación del caso 406-2020: El valor probatorio es que se corrobora el documento anterior pues a raíz de esa ocurrencia policial se dispuso una investigación en la fiscalía. En ningún momento a la menor agraviada se le ha inducido a denuncie a una tercera persona y es por eso que se realiza la denuncia.

Con los hechos denunciados descritos y con las pruebas consignadas tanto por el Ministerio Publico y la defensa de la parte imputada, el Juzgado después del análisis del caso resolvió: “ 1.- Condenar a Lusgado Berli Velasquez Castillo como autor del delito Contra La Libertad Sexual-Violación Sexual de Menor de Edad de iniciales A.C.C., tipificado en el artículo 173° del Código Penal, por tal se le impone cadena perpetua, la

misma que podrá ser revisada conforme al plazo de treinta y cinco años, conforme lo prescribe el artículo el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal. (...)”. Decisión con la que estamos de acuerdo, pues prevalece la sanción penal máxima regida en nuestro ordenamiento legal, ello de manera coherente, justa, motivada y racional por los jueces que conforman el Colegiado, ya que los hechos denunciados han sido corroborados con la veracidad de los medios probatorios presentados; además, no existieron atenuantes privilegiados, para imponer una pena inferior a lo que por mandato legal corresponde al tipo penal, en consecuencia en cumplimiento al Principio de Legalidad es correcta y justa la imposición de la pena de cadena perpetua, en su sistemática penal, como máxima pena privativa de libertad.

1.6.3. Caso N° 03: Delito de violación sexual de menor de edad – Expediente judicial N° 1254-2020-79-2501-JR-PE-05

En el presente expediente judicial se le imputa al acusado Hugo Humberto Chávez Silva, que la menor agraviada de iniciales N.M.A.G. (11), vivía junto a su padre y madre; además, dicho inmueble tenía otras habitaciones destinadas a ser alquiladas, por lo que en dicha vivienda además de la menor y su familia, ocasionalmente habitaban otras personas que alquilaban una habitación. Además, los padres de la menor agraviada tenían un negocio de Restaurant el cual se encontraba ubicado a unos minutos del inmueble antes descrito, dicho negocio era habitualmente atendido por la madre de la menor, y dado que el padre trabajaba desde temprano hasta tarde brindando el servicio de colectivo, la menor en ocasiones se quedaba sola en su habitación. El acusado Hugo Humberto Chavez Silva alquiló una

habitación en el inmueble de la menor agraviada, siendo que le fue asignada la habitación ubicada al costado del cuarto donde dormía la menor agraviada junto a sus padres. Asimismo, el acusado mantenía conversaciones regularmente mediante la red social Facebook con la menor agraviada, en las cuales intentaba ganarse su confianza e incluso le pedía como favor que ingresara a su habitación. Es con fecha 26 de julio de 2020, a las 2:00 pm aproximadamente, en circunstancias que la menor agraviada, se encontraba sola en su domicilio, el acusado saludó a la menor que se encontraba en su cuarto, y luego este le pidió permiso para entrar, y ante la negativa de la menor agraviada este hizo caso omiso e ingresó, siendo que estando dentro del cuarto la besó en la boca, para después retirarse. Luego, con fecha 01 de agosto de 2020, a las 3:00 pm aproximadamente, cuando la menor agraviada, se encontraba en su habitación, al encontrarse sola, sin la presencia de sus padres, el acusado tocó la puerta de la habitación de la menor e ingresó, en ese momento solo vestía un pantalón jean, y seguidamente se recostó en la cama ubicada en este ambiente, y procedió a quitarle el pantalón a la menor y luego se quitó el suyo, para así besarle en la boca y vagina, posteriormente procedió a tocarle sus partes íntimas e introducir su pene en la vagina de la menor; este hecho duró aproximadamente unos cinco minutos, y el acusado eyaculó en la vagina de la menor, luego de ello se retiró de la habitación. Que, ante la presunta comisión de estos hechos, la menor agraviada resuelve ocultar los hechos por temor, vergüenza y poca comunicación con sus progenitores.

Con fecha 02 de agosto de 2020, en la comisaría PNP Cascajal, el acusado estaba en calidad de detenido por un hecho de violación de medidas sanitarias, donde se encontró con la menor agraviada, quien había concurrido

con su señor padre y una vecina por un hecho relacionado a un celular. Es así que la menor observó al investigado que se encontraba con otras tres personas y decidió comunicar al efectivo policial Jhonatan Smith Miñope Vargas lo que le había ocurrido, situación que el efectivo policial fue a dar cuenta a su superior. Ante esto, el investigado aprovechó un descuido para salir corriendo de la Comisaría, siendo perseguido y capturado por otro efectivo policial de nombre Rafael Alexander Herrera Huamán y trasladado así nuevamente a la comisaría.

Los hechos antes descritos están encuadrados dentro de los parámetros del artículo 173°, del Código Penal (delito de violación sexual de menor de edad) y del artículo 176°-A, del Código Penal (por el delito de Tocamientos, Actos De Connotación Sexual o Actos Libidinosos En Agravio De Menores) por lo que atendiendo a que es un concurso real de delitos y la pena más grave es la de violación sexual, el Ministerio Público solicitó se le imponga al acusado la pena de cadena perpetua y por concepto de reparación civil la suma de s/. 25,000.00 soles.

A. POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:

A.1. PRUEBAS PERSONALES:

- Declaración testimonial de José Pablo Acosta Llontop: Quien es el padre de la menor agraviada y confirmó haber alquilado una habitación al imputado quien vivía, además de no saber sobre los hechos materia de denuncia hasta el día en que se apersonó con su hija a la comisaria por un mal entendido con una vecina, también refirió que en ocasiones dejaban sola a la menor o al cuidado de su abuelita pues tanto sus esposas como él tenían que trabajar.

- Testimonial del PNP Rafael Alexander Herrera Huamán: Quien refirió que cuando el acusado se encontraba en la comisaria por la violación de medidas sanitarias éste escapa al ver a la menor agraviada conversar con su colega y de esta forma logra intervenir después de 200 metros del puesto a la altura de un colegio del mismo centro poblado de Cascajal, hizo disparos disuasivos, vienen colegas a apoyarlo y una vez reducido lo llevan al puesto de Cascajal, y el oficial Miñope refiere que la menor había sufrido por este sujeto, violación sexual, en dos ocasiones y él se queda en calidad de detenido, y se le pone a disposición de la Comisaría del 21 de Abril. El acusado al momento que sale raudamente por su nerviosismo puso resistencia al momento de la intervención, forcejeo, se estaba corriendo.
- Testimonial del PNP Jhonatan Smith Miñope Vargas: Quien refirió que la menor le narró los hechos sucedidos en la comisaria, ratificando lo declarado por su compañero y que el acusado en algún punto llegó a aceptar solo habersele acercado a la menor.
- Testimonial de Elizabeth Asunción Floreano de Acosta: Quien es madre de la menor y quien manifestó conocer al acusado pues le alquilaba una habitación y que fue su hija quien le confesó los hechos descritos, los mismos de los que se sorprendió pero que a su vez hizo la denuncia el 02 de agosto.
- Examen de Perito José Jesús Leonidas Cayo Begazo: Quien es Médico Legista de la División Médico Legal del Santa y quien realizó Certificado Médico Legal N° 004386-EIS de fecha 02.08.2020, arrojando que la menor agraviada tiene himen complaciente.

- Examen de Perito Mario Augusto Rodriguez Beltrán. Perito Psicólogo de la Unidad Médico Legal II del Santa: Quien realiza el Protocolo de Pericia Psicológica N° 004394-2020-PSC y encuentra coherencia en todo lo relatado por la menor.
- Examen de perito Carlos Chamocho Rodríguez: Biólogo de la Unidad Médico Legal II Santa, quien realizó el Dictamen Pericial N° 2020-0080, Examen Espermatológico – Hisopado vaginal a la menor, arrojando positivo a cabezas de espermatozoides.
- Examen de perito Víctor Rolando Córdova Mendo: Respecto a la prueba de ADN Caso N° 2021-045/LAMB - Muestras de sangre de la menor de iniciales N.M.A.G., y de Hugo Humberto Chávez Silva, así como en dos evidencias: un hisopado vaginal y ropa interior y refirió que respecto a los perfiles genéticos que se encontraron, el ADN solo serían del acusado y de la agraviada, refiere que sí, y sus perfiles únicos son compatibles con la evidencia 1 y 2.
- Examen de perito Luis Moises Pareja Arenas: Quien es Biólogo de la Unidad Médico Legal III de Lambayeque, respecto a la prueba de ADN Caso N° 2021-045/LAMB Muestras de sangre de la menor de iniciales N.M.A.G., y de Hugo Humberto Chávez Silva, así como en dos evidencias: un hisopado vaginal y ropa interior. Se obtuvieron perfiles genéticos mezcla. Existe relación homologa entre el perfil genético de Hugo Humberto Chávez Silva con los perfiles genéticos obtenidos de las evidencias, tanto del hisopado vaginal como de la ropa interior. Se concluye que el individuo Hugo Humberto Chávez Silva no puede ser excluido de la relación homólogo de los perfiles genéticos, en ambas muestras. Lo que se ha

encontrado es ADN no espermatozoide, lo que se hace es que de las muestras que han tenido su examen espermatozológico, se ha encontrado ADN, no se puede precisar la fuente, pero sí se concluye que en las muestras de hisopado vaginal y ropa interior se encuentra el perfil genético de la persona de Hugo Humberto Chávez Silva.

A.2. PRUEBA DOCUMENTARIA:

- Acta de intervención policial de fecha 02.08.2021. Con esta documental se prueba que el acusado fue detenido por otro motivo y que la menor también fue por otro motivo y cuando estuvo ahí comunicó a la policía que había sido violentada por el acusado Hugo Humberto Chávez Silva, y se demuestra que el acusado al verse nervioso se dio a la fuga y demuestra que existe la imputación en el acta que el acusado la había violentado en dos oportunidades.
- Acta de constatación policial de fecha 03.08.2021. Esta documental demuestra de que el cuarto de la agraviada con el del acusado Hugo Humberto Chávez Silva, estaba continuo, asimismo y en esta constatación se demuestra que existen dos inmuebles, uno que pertenece a los padres de la menor agraviada y otro colindante que pertenecen al abuelo de la menor, y que el restaurante donde el acusado recibía pensión se encuentra distante, de dos a tres cuadras.
- Paneux fotográficos: Con esto se demuestra que la menor el día de los hechos se encontraba en esa casa. El acusado tenía su cuarto al costado del dormitorio de la menor y que hay un pasaje, un corral y luego el inmueble de la abuela, y la menor estuvo sola el día de los hechos en su habitación.

En el primer ambiente vivían otras personas que alquilaban, los primos llegan a la casa de la abuela que está continua.

- Acta de búsqueda de persona en Facebook: Se ingresa al Facebook de la menor, y se advierte cuentas del acusado, se advierte la foto de perfil del acusado. Se ingresó al Messenger de la cuenta de la menor y se describe que el acusado hace conversación con la menor. Se demuestra que el acusado siempre le preguntaba a la menor dónde estaban sus padres.
- Ficha de RENIEC – consulta en línea de la menor agraviada: Se demuestra que la menor cuando sufrió las agresiones sexuales contaba con 11 años de edad.
- Acta Fiscal de fecha 21.03.2021, en el Penal de Cambio Puente, toma de muestras de sangre al acusado. Con esto se demuestra de que se hizo la toma de muestra para hacer la homologación con el examen de biología forense para hacer la homologación de ADN.
- Certificado judicial de antecedentes penales del acusado: en la cual que registra que no registra antecedentes, para efectos de la determinación de la pena.

A.3. VISUALIZACIÓN DE CÁMARA GESELL:

Se demuestra que la menor imputa al acusado Hugo Humberto Chávez Silva como la persona que la ha violado, y relata claramente cómo es que introduce su pena a su vagina; asimismo, indica los tocamientos, cómo sucedieron los hechos, fechas exactas, es coherente; se ve que la menor en todo momento está nerviosa, ansiosa, y al momento de narrar los hechos de violación, siente vergüenza y empieza a sollozar.

B. POR PATE DE LA DEFENSA DEL ACUSADO:

B.1. PRUEBAS PERSONALES

- Declaración de acusado Hugo Humberto Chávez Silva: Quien ha negado los hechos de violación sexual; sin embargo, ha aceptado haber besado y tocado a la menor agraviada e incluso haber eyaculado afuera.

Con los hechos denunciados descritos y con las pruebas consignadas tanto por el Ministerio Público y la defensa de la parte imputada, el Juzgado después del análisis del caso resolvió: “1.- Condenar a Hugo Humberto Chavez Silva, como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor y actos contra el pudor en menor de edad, tipificados en los Art. 176-A y artículo 173°, del Código Penal- en agravio de la menor de iniciales N.M.A.G. existiendo concurso real de delitos; en consecuencia, se le impone cadena perpetua, y siendo revisable, conforme al artículo 59-A del Código de Ejecución Penal a los 35 años. (...)”. Sanción con la que nos encontramos de acuerdo, ya que ante las pruebas evidentes recogidas por el Ministerio Público es evidente la configuración del tipo penal antes referido, delito que debe castigarse con la pena máxima.

1.6.4. Caso N° 04: Delito de parricidio – Expediente judicial N° 01172-2006-0-2501-JR-PE-02

El Ministerio Público acusa a Irma Elizabet Yzaguirre Salinas como presunta autora del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en su modalidad de parricidio previsto en el artículo 107 del Código Penal, en agravio de J.F.N.Y.; solicitó se le imponga 15 años de pena privativa de libertad y el pago de S/.10,000.00 por reparación civil.

Se imputó que, el 13 de febrero del 2006, el Juez de Paz del Caserío de Huanroc – Macate, comunicó el deceso del menor J.F.N.Y. de 6 años de edad, acaecido en horas de la mañana en el interior de su domicilio, y, la acusada, quien era su madre, fue conducida a la Posta Médica de Tucupará presentando síntomas de envenenamiento por haber ingerido sustancias tóxicas. Al constituirse al lugar de los hechos, las autoridades policiales, fiscal y otros, levantaron acta de levantamiento de cadáver, constatando que el cuerpo del menor occiso se encontraba de cúbito dorsal en su cama, presentando características físicas de envenenamiento por el contenido espumoso blanquecino que tenía en su boca, hallando debajo de su cama una taza de loza conteniendo una sustancia líquida de color blanco turbio, conforme el acta de recojo.

Luego de celebrado el juicio oral en que se produjeron actuaciones probatorias, y luego de la lectura de piezas, el señor Fiscal Superior se ratificó en su acusación escrita. Es así, en su requisitoria oral dijo: “a la señora Irma Elizabet Yzaguirre Salinas, se le imputa el delito contra el cuerpo, la vida y la salud, en la modalidad de parricidio en agravio de su menor hijo José Fernando Norabuena Izaguirre, hecho que ocurrió el 13.02.200; el Juez del Caserío de Huanroc comunicó el deceso del menor antes mencionado en su casa; también procedieron a trasladar a su madre con síntomas de envenenamiento, por lo que al constituirse las autoridades constataron que el montón de elementos que van a llevar a determinarse que efectivamente la acusada es quien habría cometido este acto contra su menor hijo”; durante el plenario, la defensa señaló que la muerte fue parte de un accidente que se originó a raíz de un pesticida; si vemos el momento que se hizo el acta de

recojo, que se hizo el mismo día 13.02.2006, se recogió una taza de loza de color blanco con un estampado de color rojo, tenía imagen de dos niños con sombrerito, siendo la taza que usaba el menor, y ahí estaba contenido el líquido de color blanco turbio con pequeñas partículas; esta taza también sirvió como base para realizar el examen químico toxicológico, porque me basó en eso, porque mientras estaba con ese envenenamiento que le colapso su vida, se nota que estaba expectorando, y llegó a verter el líquido en esa taza, cuando se va a la taza de porcelana, se presenta los compuestos carbónicos y cumarinas, siendo que los carbónicos son para pesticidas y los cumarinas, para roedores, si analizamos esos dos puntos efectivamente el menor no pudo haber muerto por una simple sustancia, por los exámenes como los viscerales, estas sustancias fueron demasiadas fuertes para causar el deceso del menor; si a una adulta como la acusada casi le quita la vida, porque ese día los dos estuvieron con síntomas de envenenamiento, pero solo una persona salió con vida y se produjo el deceso del menor; si tomamos en cuenta ese elemento indiciario, más la testimonial que al inicio hace el Juez de Paz del caserío de Huanroc, ante el Juez Especializado del Juzgado penal, él se ratifica de su declaración que dio a nivel policial donde señala que el día de los hechos se encontró con Victoriano Durand Mejía, hermano de la procesada, quien llorando le contó que lo encontraron al menor echado en su cama botando espuma, para luego encontrarse con Miguel Izaguirre, quien llorando también le contó que la acusada había matado a su hijo y que ella también había ingerido veneno; este señor fue persistente en su declaración tanto a nivel policial así como ante el Juez Especializado Penal; señalando

que los familiares de la señora acusada, lo han estado amenazando y que pedía garantías para su vida.

La comisión del delito también se corroboró con la declaración de la señora Sabina Teresa (perito), con la pericia psiquiátrica señala que tiene un cierto grado de inmadurez, cuando expone las pericias psicológicas que forman parte de esta conducta que ha realizado, el tomar riesgos en situaciones adversas, estos elementos si lo analizamos en conjunto, todo lo mencionado, vemos que vinieron los testigos, y estos declaran en forma casi orquestada, pero que esto haya sido producto de un pesticida no puede ser afirmativo, si ellos no tuvieron la misma suerte del menor y la acusada, obviamente eso no pasó, razón por la cual el colegiado apreció que esto fue producto del contenido de la taza, que en realidad sí tuvo sustancias combinadas de veneno con pesticida según lo que manifestó la perito.

En la acusación se solicitó la pena de 15 años de privativa de libertad. Haciendo juicio de subsunción, se establecieron los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado de parricidio, pues, se apreció el resultado dañoso que fue la muerte del menor agraviado, la causa de la muerte por envenenamiento por carbónicos y cumarinas que desencadenó edema cerebral, edema pulmonar y edema multivisceral; el medio empleado fue el veneno, como medio alevoso, y la relación de dependencia entre la acusada y su menor hijo agraviado como reflejo de la relación consanguínea de madre-hijo; la acusada utilizó este medio letal y seguro para matar a su hijo por envenenamiento y trató de matarse ingiriendo veneno de las misma composición y características; esto es, actuó con dolo, con conocimiento de la conducta prohibida y voluntariamente ya que quiso realizar ese

comportamiento y obtener ese resultado, lo que trae implícita el *ánimus necandi*, el elemento subjetivo especial.

Por lo que, en cuanto a su grado de culpabilidad, siguiendo los criterios señalados en la Ley, se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos:

- Sus condiciones personales y familiares: La acusada tenía identidad comprobada, domicilio conocido, de grado de instrucción secundaria completa, de ocupación su casa. Ha tenido varios compromisos, la primera con el padre del finado; la segunda de la que es viuda y tiene 3 hijos muy menores de edad con el señor Aguirre; y, la última recién nacido al tiempo de estar internada en el Establecimiento Penal de Cambio Puente.
- La personalidad del agente: En cuanto su tipo de personalidad, el informe psiquiátrico como la psicológica de parte concluyeron que la acusada es una persona sana mentalmente y tiene un comportamiento no agresivo dentro de los parámetros normales; mientras que el psicólogo institucional refirió que tiene personalidad extravertida con tendencia a poco control de sus impulsos; y el Colegiado remitió a sus apreciaciones como una persona que cuando menos, al tiempo que decidió matar a su hijo, significaba mucho riesgo para la vida de las personas, aun cuando para la fecha se apreció que la acusada es madre de niños menores y no tenían antecedentes de violencia o de otro hecho similar cometido a la fecha. Es más, prueba de su remordimiento es que también trató de quitarse la vida y se salvó de morir gracias a la oportuna y adecuado tratamiento recibido en la Posta Médica, experiencia que debe haberle sido aleccionador de respetar la vida, y, debe ser por eso que pese tener

a su cargo como madre y ama de casa a hijos muy menores, no ha vuelto a incurrir en nuevos sucesos similares.

- La forma y circunstancias en que se cometió el delito imputado: Pues, como se concluyó, la acusada ejecutó una muerte alevosa.
- La lesividad del comportamiento: Se afectó la vida de su propio hijo, de cuyo cuidado estuvo a cargo.

Asimismo, fue considerada como agente primaria, ya que carecía de antecedentes penales y judiciales, por lo que, debido a los argumentos presentados, la Segunda Sala Penal de Apelaciones - Función Liquidadora de la Corte Superior de Justicia del Santa, resolvió

- Condenar a la acusada Irma Elizabet Yzaguirre Salinas como autora del delito contra la vida, el cuerpo y la salud -parricidio- en agravio de su hijo J.F.N.Y. (6 años de edad) y se le impuso quince años de pena privativa de libertad.
- Fijaron el monto de la reparación civil en la suma de S/.10,000.00 que deberá pagar la sentenciada a favor de los herederos legales del menor agraviado excluyendo a sus herederos indignos.

Ante ello, las autoras nos encontramos en completo desacuerdo con la pena impuesta, ya que nos parece irracional, después de haber analizado la casuística en materia de violación sexual de menor de edad, donde vemos penas de cadena perpetua por la vulneración al bien jurídico indemnidad sexual, que ahora veamos una pena de quince años para el delito de parricidio, que protege nada menos que la vida; y ambos en menores de catorce años, lo cual evidencia la incorrecta ponderación de bienes jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico, causando una alteración a la norma; sin embargo,

entendemos los límites que tienen los Jueces al momento de emitir una sentencia, ya que deben respetar el principio de legalidad, por lo que el error se encuentra en la norma, y es dicho error el que debe cambiarse, a fin de una correcta ponderación de bienes jurídicos.

En el presente caso podemos ver cómo una madre le arrebató la vida a su menor hijo, vulnerando no solo su derecho a la vida sino su deber de garante de seguridad hacia el menor, lo cual es igual de reprochable que una violación sexual, y más aún, porque se trata de la vida de un menor; entonces, si la pena del Artículo 173° del Código Penal se ha ido incrementando a través de los años conforme al incremento del reproche social ¿Por qué la pena del Artículo 107° se encuentra estancada si se trata de la protección de un bien jurídico que conforme a la jerarquía se encuentra encima de la indemnidad sexual?

Es necesario y urgente una modificación del Artículo 107° del Código Penal que permita a los jueces emitir sentencias justas, de otro modo, seguiremos viendo sentencias como esta, que causan indignación en la sociedad, y causan inseguridad jurídica.

1.6.5. Caso N° 05: Delito de parricidio – Expediente judicial N° 00174-2012-2501-SP-PE-01

En el referido expediente judicial, se le imputa a los procesados Jorge Miranda Castro y Juana Rosillo Córdova, que el día veintidós de mayo del dos mil once, se constituyeron al Hospital Regional de Nuevo Chimbote, llevando consigo a la menor agraviada de iniciales G.Y.M.R., de tres meses de edad, hija sólo de ésta última, quien al ser examinada se estableció que

estaba sin vida, y evidenciando múltiples hematomas en diferentes partes del cuerpo, las cuales fueron ocasionadas por el procesado Miranda Castro, en donde según el acta de levantamiento de cadáver se establece que la menor presenta múltiples golpes detallados, y del acta de necropsia se determinó que la causa de la muerte de la menor fue por edema cerebral a conformar, y un traumatismo encéfalo craneano severo, producido por agente consumo; coligiendo que el citado encausado habría golpeado con gran crueldad en contra de su indefensa víctima, porque esta lloraba mucho; es por ello que solicita se le imponga la pena de veinte años de pena privativa de la libertad para ambos procesados, y el pago de mil nuevos soles que deberán pagar en forma solidaria a favor de la agraviada, ya que el representante del Ministerio Público formuló acusación contra Jorge Augusto Miranda Castro, por delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado con gran crueldad; y contra Juana Rosillo Córdova, también por delito contra la vida, el cuerpo y la salud en su modalidad de homicidio calificado con gran crueldad, pero cometido mediante omisión impropia.

Sin embargo, el Juez en su argumento número 10, refiere: Asimismo, nuestra norma penal sustantiva regula en su artículo 107° el delito de parricidio, el cual criminaliza la conducta de aquel que "a sabiendas mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino", siendo especial puesto que sólo puede ser cometido por quien tiene en relación con la víctima vínculo consanguíneo o legal (hijo adoptivo, cónyuge o concubino), requiriéndose que el agente tenga pleno conocimiento de dichos vínculos"; con lo cual, rechaza el delito planteado mediante

acusación por el representante del Ministerio Público para la madre del menor, ya que existe un vínculo regulado por la normativa penal.

Por lo que, para sentenciar a una persona se debe estar absolutamente convencido de la responsabilidad penal que le asiste en el ilícito materia de juzgamiento, convencimiento al que llegó el Juez mediante la actuación de la prueba de cargo que constitucionalmente le corresponde al Ministerio Público y que en el presente caso estuvo conformado por declaraciones, pericias e instrumentales.

Por ello, por la subsunción los Jueces, que les permite determinar si los hechos probados encajan o no dentro del supuesto de hecho establecido en la norma penal (elementos objetivos del tipo) y que ha sido materia de acusación, habiendo el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias señalado que esta labor es propia de los Jueces Penales ordinarios, no pudiendo ser cuestionado por la vía del proceso constitucional.

En el presente caso, los hechos probados respecto del acusado Miranda Castro dan cuenta que éste propinó múltiples golpes a la menor agraviada porque se puso a llorar, causándole posteriormente la muerte, habiendo subsumido el Ministerio Público los hechos en el delito de homicidio por crueldad. Al respecto, se consideró que si bien han sido varias las agresiones recibidas por la víctima, de diferente naturaleza (golpes con la mano, mordidas, jaladas de pelo y lanzamientos a la cama) las cuales evidentemente han causado en la menor agraviada un sufrimiento innecesario previo a causarle la muerte, no existe mayor evidencia que permita establecer que tuviera dicha intención; siendo que más bien el que la hubiera agredido hasta causarle la muerte por el sólo hecho de que la víctima lloraba, permite

colegir que el motivo para causarle la muerte es insignificante o fútil; razones por las cuales, el tribunal se desvinculó del tipo penal materia de acusación de homicidio calificado por crueldad a homicidio calificado por ferocidad.

Asimismo, el Tribunal advirtió a las partes en la audiencia pública de fecha ocho de abril de dos mil trece, la posibilidad de desvincularse de la calificación jurídica del hecho punible, sin que ninguna de ellas objetara tal situación, garantizando de esta forma el derecho de contradicción. Por ello, manteniéndose incólume los hechos que son materia de la acusación respecto del acusado Miranda Castro, consideró que los mismos deben ser subsumidos en el delito de homicidio por ferocidad y no en el delito de homicidio por crueldad, al haberse causado la muerte de la víctima por haber estado llorando, motivo insignificante o fútil, que demuestra un desprecio por la vida humana, no apareciendo de autos causa de justificación que elimine la antijuridicidad de sus conducta, siéndole imputable el citado delito por ser una persona mayor de edad, capaz de darse cuenta de sus actos y a quien por ello puede exigírsele comportarse conforme a las reglas de convivencia social.

Con relación a lo alegado por su defensa en sus alegatos finales de que actuó en estado de inconsciencia por efecto de las drogas, el Tribunal no compartió dicha tesis, primero porque no está demostrado el grado de intoxicación que tenía al momento en que cometió el hecho punible, siendo que más bien conforme la pericia psicológica no presenta rasgos psicopatológicos que puedan estar interfiriendo en la percepción de la realidad, mostrando más bien dicha pericia que es una persona egocéntrica, hedonista, impulsiva, inmadura, que presenta un trastorno explosivo y agresivo de la personalidad.

Con relación al elemento subjetivo del tipo penal, el Tribunal consideró que el acusado Miranda Castro actuó con dolo eventual, puesto que si bien no está demostrado que con conciencia y voluntad hubiera querido la muerte de la víctima, era evidente que por el lugar donde golpeó a su víctima, existía una alta probabilidad de que se produzca su muerte.

Con relación a la acusada Rosillo Córdova, es corroborado que tenía la condición de madre de la agraviada, así como su presencia en el momento en que Miranda Castro agredía a la víctima, siendo que en lugar de defender a su hija o de hacer todo lo necesario para cautelar su vida y su integridad física, mantuvo relaciones sexuales con su co-acusado hasta en dos oportunidades; que en opinión de este Tribunal, la edad de la agraviada (tres meses) y la condición de madre, genera en ella la llamada posición de garante, que le imponía el deber jurídico de evitar el resultado muerte de su hija, de modo tal que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa; y decimos esto, porque se ha probado la existencia de un peligro para el bien jurídico vida constituido por la conducta violenta de Miranda Castro, a quien Rosillo Córdova confió el cuidado de su hija, se ha probado también que no ha realizado la acción exigida a toda madre de una menor de tres meses de edad, cual es la de protegerla y cuidarla a fin de impedir daños en su vida, integridad física y desarrollo físico y mental, habiéndose encontrado en posibilidad de hacerlo, siendo que por el contrario, mantuvo relaciones sexuales con el agresor de su hija hasta en dos oportunidades, siendo relevante en este extremo la pericia psicológica, la misma que no evidencia que fuera una mujer sumisa, sino por el contrario dentro de sus características de su personalidad destaca el

egocentrismo, la baja tolerancia a la frustración, la suspicacia, la impulsividad, la inestabilidad, la inseguridad y la inmadurez, coligiendo que presenta un trastorno disocial de la personalidad con rasgos histéricos; razón por la cual se le imputó también la muerte de la agraviada a título de comisión por omisión.

Sin embargo, el Tribunal consideró que el delito por el cual debía ser condenada Rosillo Cordova no es el de homicidio por crueldad, sino el de parricidio por tener la condición de madre de la víctima, por ello se desvincularon de la tipificación jurídica del hecho punible presentada por el representante del Ministerio Público, siendo éste procedente porque se ha garantizado el derecho de contradicción y se mantiene incólume el hecho materia de acusación.

Que la conducta de la acusado Rosillo Córdova además de ser típica del delito de parricidio es antijurídica, al no existir circunstancias o causas de justificación que la eliminen, siendo culpable puesto que se trata de una persona mayor de edad, que no adolece de deficiencia alguna que le permita darse cuenta de la ilicitud de su conducta y a quien por ello puede exigírsele comportarse conforme a las reglas sociales de convivencia.

Por lo que, de conformidad con los artículos 6°, 11°, 12°, 16°, 22°, 23°, 45°, 46°, 59°, 92°, 107° y 108° inciso 1° concordante con los artículos doscientos 283° y 285° del Código de Procedimientos Penales, y el artículo 138° de la Constitución Política del Estado; discutidas y votadas las cuestiones de hecho; la Sala Penal Liquidadora Transitoria De La Corte Superior De Justicia Del Santa, Administrando Justicia a Nombre de la

Nación y usando el criterio de conciencia que la ley faculta, falla de la siguiente manera:

- Se desvinculan de la calificación jurídica del hecho punible contenida de la acusación fiscal en el caso de Jorge Augusto Miranda Castro de delito de homicidio calificado por gran crueldad a homicidio calificado por ferocidad, y en el caso de Juana Rosillo Córdova de delito de homicidio calificado por gran crueldad a parricidio.
- Condenan a Jorge Augusto Miranda Castro, como autor de delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado por ferocidad, en agravio de G.Y.M.R.; imponiéndole veinte años de pena privativa de libertad efectiva.
- Condenan a Juana Rosillo Córdova, como autora de delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de parricidio, en agravio de G.Y.M.R.; imponiéndole veinte años de pena privativa de libertad efectiva.

Ante ello, las autoras nos encontramos de acuerdo parcialmente, ya que al existir un vínculo parental entre la victimaria y la agraviada, que es el lazo de madre a hija, correspondía aplicar el correcto tipo penal, que es el de parricidio, por lo que coincidimos con la decisión del Tribunal de desvincularse de la calificación jurídica planteada por el Ministerio Pública mediante la acusación fiscal y encajarla en la correcta conforme a sus facultades funcionales, ya que a pesar de no ser la madre quien propinó las golpizas y demás acciones cometidas en perjuicio de la menor, en ella es en quien recaía el deber de garante y protector de la menor, tal y como lo hemos mencionado en párrafos anteriores, ya que en el delito de parricidio no solo

se vulnera la vida humana sino todos los deberes que se encuentran regulado constitucionalmente de los padres hacia los hijos, con lo cual lo sentenciado por el Tribunal fortalece nuestra postura.

Por otro lado, nos encontramos en desacuerdo con la pena aplicada de veinte años de pena privativa de la libertad efectiva; sin embargo entendemos que ello va más allá de las facultades funcionales de los Jueces, ya que aplican lo que está descrito en la norma en cumplimiento del principio de legalidad; pero, si nos ponemos en un comparativo de hechos, si hubiera existido una violación al bien jurídico de la indemnidad sexual, donde la menor hubiera mantenido la vida, la pena hubiera sido de cadena perpetua, evidenciando la incorrecta ponderación de bienes jurídicos en los Artículos 107° y 173° del Código Penal, la muerte trae consigo que la menor ya no goce de derechos que le son inherentes con la vida misma, fortalecimiento nuestro argumento de que la vida da nacimiento a los demás bienes jurídicos, ya que con la violación al bien jurídico indemnidad sexual, la menor seguiría gozando de sus demás derechos y con ello aún tiene una oportunidad de rehacer su vida con la ayuda de tratamiento psicológico y demás acciones desplegadas por las entidades públicas existentes.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Según aplicabilidad o propósitos:

- a. Aplicada (x)

Este trabajo se orientó a este tipo de investigación, porque es aquella que se encarga de buscar la producción de conocimiento, todo ello con una aplicación directa a los problemas de la colectividad o del área productiva poblacional, haciéndose cargo del proceso conectivo entre la teoría y el producto, lo que nos orientó a establecer una correcta ponderación entre los bienes jurídicos vida e indemnidad sexual, y así obtener como producto de la investigación, la modificación del Artículo 107° del Código Penal con una pena congruente, teniendo como base la establecida en el Artículo 173° de la misma normativa.

Además la presente investigación tuvo un enfoque de tipo cualitativo, en el que se ven a detalles las características del tema en busca de una solución óptima y favorable para el derecho penal y por ende para la sociedad.

3.1.2. Según naturaleza o profundidad:

- a. Descriptiva (x)

Porque se mencionó, estudió, analizó y describió la doctrina y legislación nacional acerca de la ponderación entre bienes jurídicos, específicamente entre la vida, que se haya protegida en el Artículo 107° del Código Penal vigente; y la indemnidad sexual, regulada en el Artículo 173° del mismo cuerpo normativo.

Ello en base a lo planteado por Aranzamendi (2003) al manifestar que, “Una investigación de tipo descriptiva tiene a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del Derecho” (p. 79).

3.1.3. Según su objeto:

a. Dogmática

Este proyecto de tesis, guardó un carácter dogmático, ya que la fuente u objeto materia de estudio fueron la teoría retribucionista o absoluta; y, teoría de los derechos fundamentales, así como la jurisprudencia inmersa en los expedientes judiciales N° 239-2017-2501-JR-PE-02, N° 00027-2021-95-2501-JR-PE-08, y N° 1254-2020-79-2501-JR-PE-05, en lo que respecta al delito de violación sexual de menor de edad; y, N° 1172-2006-0 y N° 00174-2012-2501-SP-PE-01, referente al delito de parricidio.

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. Método de la investigación jurídica: Dogmático – funcional

Se aplicó un método dogmático porque se utilizaron complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos. En atención a que la ley es la única fuente formal directa de derecho en nuestro ordenamiento jurídico (Ramírez, 2003).

El método antes descrito, asintió que el actual estudio accede a la doctrina y jurisprudencia, ambas fuentes formales del derecho.

Se aplicó el método funcional porque se plantea una solución para la sociedad, no solo se estanca en teoría, sino también es de forma aplicativa (Ramírez, 2003).

El mismo, permitió el planteamiento del proyecto de ley que modifica el Art. 107° del Código Penal, a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida.

3.2.2. Método de la interpretación jurídica: Método sistemático

Aplicamos un método sistemático porque interrelacionamos normas y leyes, lo que nos permitió llegar a un correcto desarrollo de la investigación.

Además, es un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos. Consiste en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, este se presenta más en el planteamiento de la hipótesis (Ramírez, 2003).

Asimismo, Anchondo (2012) afirma:

Un precepto o una cláusula deben interpretarse no de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento o del negocio en cuestión. La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas. (pp. 41-42).

Lo esbozado por el citado autor, encaja con nuestro trabajo de investigación, puesto que hemos buscamos un análisis del Art. 107° del Código Penal vigente, no de manera aislada del demás cuerpo normativo, sino sistemáticamente con el Art. 173° del mismo.

3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Nuestro trabajo de investigación se rigió por el diseño jurídico propositiva pues en esta tipología se basa en indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico, además en otros casos evidencia el vacío o laguna de una o varias normas jurídicas, o se cuestionan la existentes determinando sus

límites y deficiencias para proponer una nueva, la reforma o su derogatoria (Aranzamendi, 2006).

Además, según explica Gaete (2014), de acuerdo con Strauss y Corbin (2002, p.13), hacen referencia a la Teoría Fundamentada “es una teoría derivada de datos recopilados”, destacando que este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152). De esta forma, luego del análisis de los cinco expedientes judiciales recopilados y con ello su análisis respectivo, planteamos como solución la modificación del Art. 107° del Código Penal vigente, a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida.

3.4. POBLACIÓN MUESTRAL

Es una muestra por conveniencia, pues es aquella que se ubica desde que comienza la investigación, en este caso las investigadoras, partieron de 5 expedientes y previo análisis de la jurisprudencia, se inició el proyecto de investigación en busca de una solución efectiva, rápida y eficaz, los cuales son:

- Expediente judicial N° 00239-2017-2501-JR-PE-02.

Juzgado: 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Delito: Violación sexual de menor de edad.

- Expediente judicial N° 00027-2021-95-2501-JR-PE-08.

Juzgado: 8vo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Delito: Violación sexual de menor de edad.

- Expediente judicial N° 1254-2020-79-2501-JR-PE-05.

Juzgado: 5to Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Delito: Violación sexual de menor de edad.

- Expediente judicial N° 01172-2006-0-2501-JR-PE-02.

Juzgado: 2da Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Delito: Parricidio

- Expediente judicial N° 00174-2012-2501-SP-PE-01.

Juzgado: Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Delito: Parricidio.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.5.1. TÉCNICAS

- a. Fichaje: Las fichas “son unidades de información que se trasladan a tarjetas rayadas, de formato uniforme, en las que se almacenan los datos de una manera organizada” (Ramos, 2007, p. 194). El fichaje concede la selección de información que sea importante y útil para la investigación. En el presente estudio realizado, la técnica de fichaje fue aquella que se tuvo en consideración para agrupar el flujo de información del marco teórico, el mismo que nos ayudó a recolectar los datos necesarios e importantes para la estructuración del informe final.
- b. Técnica de acopio documental: Dicha técnica fue aplicada para la obtención de la información doctrinaria y jurisprudencial sobre la

ponderación de los bienes jurídico: indemnidad sexual y vida, por lo cual acudimos a las diferentes bibliotecas virtuales y físicas.

- c. Técnica de análisis documental: El análisis del asunto documental permitió comprender la información diversa extraída relacionada a las variables de estudio. En la presente investigación esta técnica fue utilizada para analizar fuentes secundarias de información referentes al tema.

3.5.2. INSTRUMENTOS

- a. Fichas: La investigación científica es un proceso dinámico, cambiante y continuo, no es ni simple ni lineal. Este proceso está compuesto por una serie de etapas interconectadas entre sí, unas se derivan de otras. Cuando llevamos a cabo un estudio o investigación no podemos omitir etapas ni alterar su orden. Por ello empleamos dicho instrumento, a fin de acopiar la información necesaria para la construcción de nuestra investigación.
- b. Diario o Bitácora de campo: Es común que las anotaciones se registren en este medio, tal como explica Hernández, Fernández y Baptista (2006),

Las anotaciones se registran en lo que se denomina diario de campo o bitácora, que es una especie de diario personal, donde además se incluyen: Las descripciones del ambiente el contexto (iniciales y posteriores). Lugares y participantes, relaciones y eventos, todo lo que juzguemos relevante para el planteamiento. Además de diagramas, cuadros y esquemas (secuencias de hechos o cronología de sucesos. vinculaciones entre conceptos del planteamiento, redes de personas, organigramas, etc.). Lo cual hace de este una especie de diario personal donde podemos ubicar todo el desarrollo de la investigación, como el

avance o lo que falta para concluir, etc. Es muy necesario llevar registros y elaborar anotaciones durante los eventos o sucesos vinculados al planteamiento. De no poder hacerlo, la segunda opción es anotar lo más pronto posible después de los hechos (p. 580).

En el presente trabajo de investigación se hizo uso de un cuaderno que sirvió para registrar anotaciones interpretativas, temáticas y personales que surjan durante la recolección de datos.

- c. Guía de análisis documental: Este instrumento es empleado en la técnica de análisis documental, el cual recopila información según cada documento que desee estudiar y desarrollar, constanding de objetivos y criterios establecidos.

3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Cualitativo:

De corte y clasificación, pues esta técnica se basa en identificar expresiones, pasajes o segmentos que parecen importantes para el planteamiento y luego juntarlos conceptualmente. Se presenta la técnica de comparación constante mediante un programa o procesador de texto, además cada “cajón conceptual” o tema general puede ser un documento en Word desde luego se comienza agrupando temas generales so específicos. Se pretende generar una gama de temas vinculados al planteamiento para después ir seleccionando la más importante para su análisis (Aranzamendi, 2006).

Es así como en nuestro proyecto de investigación pasamos por tres capítulos, en el primero abarcamos el tema de ponderación de los bienes jurídicos penales en el Perú, en el segundo tema la indemnidad sexual según el Código Penal Peruano; y, en

el tercer capítulo el parricidio: agente progenitor y víctima menor de 14 años, siendo estos nuestros “cajones conceptuales”.

3.7. PROCESAMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

- Trabajo de campo: se obtendrá información de instituciones públicas como son: Ministerio Público y Poder Judicial.
- Obtención de material bibliográfico: Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Andina de Cusco, Universidad Nacional de Cajamarca, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional del Santa, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo; y, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. RESULTADO N° 01

El artículo 107° del Código Penal Peruano no comprende una correcta ponderación de bienes jurídicos establecidos por nuestra legislación.

4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 01

El delito de parricidio es un delito de tipo general especial, esto a razón de que sus autores tienen cualidades particulares y singulares tales como:

Ser ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino; es decir, nos encontramos ante delitos de resultado, ya que se produce la consumación con la muerte de la víctima; asimismo, sobre las consecuencias jurídicas, se identifica el sistema de penas, función de la pena y los criterios que sirven de base para graduar judicialmente la pena que se va a imponer al sentenciado. (Gracia, 2004, p. 98)

Con lo referido, se concluye fácilmente que el delito de parricidio es uno de los crímenes más atroces y repugnantes cometidos por nuestra sociedad, ya que es justamente el sujeto activo es quien le quita la vida a su ascendiente o descendiente, tanto el victimario como la víctima se encuentran unidos por vínculos consanguíneos y/o afectivos, esto es lo que lo hace repudiable ya que en nuestro país el concepto de “familia” tiene por sobre todas las cosas un valor único, pues la familia es el núcleo de nuestra sociedad y como país conservador en el que nos encontramos le damos un alcance realmente importante a cada miembro familiar, pues entre ellos se debe mantener los lazos del respeto, la unión, el amor y sobretodo el cuidado y protección y ante ello es inconcebible como uno de éstos pueda acabar con todos los derechos de uno de sus miembros, pues al quitarle la vida (el bien jurídico más importante de

nuestra legislación) no existe ni existirá reparación alguna que pueda remediar los estragos y consecuencias del delito efectuado, a diferencia de otros crímenes cometidos en donde sí se puede remediar de alguna manera el daño realizado.

Prado (2000), refiere:

La estructura de la norma jurídica penal del delito de parricidio, descompone el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, encontrando en este delito, que existe un vínculo consanguíneo, padre e hijo, o una relación legal, como consecuencia del matrimonio civil, la adopción y las uniones de hecho como el concubinato; es decir, una relación existente entre el sujeto activo y sujeto pasivo, así como también se exige una conducta dolosa y un elemento subjetivo del tipo identificado con el término a “sabiendas”; en lo relacionado a la consecuencia jurídica, en este delito se detecta que solo se señala su pena mínima, pero no el máximo, identificando que algunos magistrados son del criterio asertivo que para éstos casos la pena máxima es de 35 años, por cuanto es el límite para revisar los casos en los cuales se halla impuesto la pena de cadena perpetua. (p. 152).

Con el análisis efectuado por el autor líneas arriba, se puede respaldar nuestro resultado expuesto; ya que, si bien algunos magistrados consideran imponer la pena más alta a este tipo de delitos es porque se rigen en otorgar una verdadera protección legal al más importante bien jurídico, la vida. El derecho penal tiene como función principal el velar por los bienes jurídicos, que no son más que los intereses del individuo y de la comunidad; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico, pondera de alguna manera todos los bienes jurídicos que han sido considerados (vida, libertad, indemnidad sexual, patrimonio, etc), ya que si bien todos son importantes para el

total desarrollo del ser humano, no pueden ser tratados jurídicamente de la misma forma, ya que al vulnerar algunos las consecuencias pueden tener un mayor alcance a diferencia de otros, por ejemplo: Con nada se puede reparar el quitarle la vida a un ser humano, pues para ello no existe cárcel, terapia, reparación o indemnización civil, ayuda social y/o psicológica, etc, que pueda devolverle la vida a quien se le quitó, es por eso que la vida debe tener una especial protección, ya que sin vida el ser humano deja de existir, deja de ser dueño de sus derechos y obligaciones, pasando automáticamente a ser un objeto de derecho, frustrándose sus anhelos, proyecto de vida, extinguiéndose con la muerte todo lo que éste algún día deseó.

Para el autor Fernández (2012):

La vida es la actividad física que determina la existencia de un individuo. Todo aquello que nace, crece, se desarrolla y muere. Es la manifestación primigenia del ser. Lo contrario a vida es muerte. La vida es el principio radical del Derecho. Este se inicia en el hombre, en su realidad ontológica y en su vida individual- y finaliza en él, en su realidad como ser social y en su vida en relación con otros hombres. La vida del ser humano es intersección (encrucijada) y punto de encuentro del Derecho al ser causa en su formulación y fin en su aplicación. (p. 157)

Teniendo el mismo criterio del autor antes mencionado: ¿El artículo 107° de nuestro Código Penal pondera correctamente al bien jurídico de la vida?

En nuestra opinión y siendo respaldada con los autores precisados, consideramos que no, ya que una correcta ponderación sería evaluar correctamente que el delito de parricidio ataca directamente a un bien jurídico supremo, estableciendo una pena incongruente e incoherente, pues no se establece una

retribución correcta al sujeto activo por el daño cometido, olvidando el legislador quizás el alcance del daño al bien jurídico menoscabado. Nuestra Carta Magna posiciona a la vida como el bien jurídico con mayor jerarquía e importancia en el ser humano y es inconcebible la atención que se le da al delito de parricidio y específicamente nos referimos cuando dicho hecho punible es cometido hacia un menor por su propio madre o padre, ya que al quitarle la vida se trunca todo el proyecto a futuro que éste pudo tener, además de ser un sujeto de especial protección por la vulnerabilidad que este presenta y además atacando directamente al principio del interés superior del niño, produciendo una incorrecta ponderación de los bienes jurídicos, siendo que nuestro ordenamiento jurídico no puede darle una mayor protección a bienes jurídicos que se encuentran por debajo de la vida, más aun cuando ésta se encuentra en el mayor rango jerárquico de nuestra Constitución; ante ello, existe una incongruencia entre nuestra Carta Magda y lo normado por nuestro Código Penal.

El derecho a la vida es el fundamento de todos los demás bienes jurídicos, sin el que otros derechos no tendrían existencia alguna (naturaleza compleja) y, es el primer y más importante de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana (naturaleza valorativa), y el derecho a que se respete su existencia le es inherente a toda persona humana como realidad psicofísica (naturaleza ontológica). Sólo un concepto de vida humana que contenga su naturaleza compleja, valorativa y ontológica es compatible con los Derechos Humanos y los Estado Constitucionales de Derecho. (Gunther, 2001, p.3)

Estando de acuerdo con lo referido anteriormente, las autoras nos seguimos cuestionando por qué la norma que protege el bien jurídico vida, no ha tenido una

trayectoria de cambios, sino que ha sufrido un estancamiento histórico, que lo ha detenido en el tiempo, y no es suficiente argumento el que la casuística a nivel nacional no sea la misma en cantidad que otros delitos, porque ese no puede ser un criterio para desmerecer a la vida, más aun siendo esta el fundamento de todos los demás bienes jurídicos.

Lo que pretendemos dar a entender con el presente resultado es que se debe entender que toda persona humana puede gozar de los derechos conferidos por norma, e inherentes a ellos desde la concepción, cuando la vida se extingue, los derechos también, lo cual fortalece el argumento de que de la vida nacen los demás bienes jurídicos y derechos, lo que lo coloca en la cabeza dentro de la jerarquía de los mismos, el mismo que no viene siendo ponderado correctamente por el artículo 107° del Código Penal, ya que recalcamos una vez que al extinguirse el bien jurídico supremo de la vida, no existe reparación alguna (de ninguna índole) que pueda restaurar al hombre a su estado natural, pues si se le quita la vida, se arrebatara absolutamente todo y ello debe ser considerado principalmente cuando se efectúen dichos delitos, más aun si son perpetrados a menores de edad y con victimarios que presentan vinculación directa con sus víctimas.

4.3. RESULTADO N° 02

La incorrecta ponderación de bienes jurídicos que se encuentra contenido en el artículo 107° del Código Penal Peruano vulnera el principio de proporcionalidad de la pena.

4.4. DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 02

El principio de proporcionalidad es aquel que coloca los límites al Estado para que pueda intervenir imponiendo sanciones penales a todos aquellos que han

vulnerado la norma penal, es por este principio que no debería haber un abuso del derecho otorgado por las normas mediante el positivismo establecido.

La pena, en palabras de Ossorio (s/a) es un:

Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezger dice que en sentido estricto es “es la imposición de un mal proporcionado al hecho”; es decir, una “retribución” por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que “corresponde, aun en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido”, debiendo existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa. (p. 707)

Ante lo expuesto, está claro que la sanción penal debe encontrarse en proporción al bien jurídico que se ha vulnerado, pues de no ser así se estaría pasando por alto los derechos fundamentales plasmados en nuestra Carta Magna. Con la discusión del resultado N° 01 ha quedado claro que en nuestro Código Penal existe una incorrecta ponderación de los bienes jurídicos, pues rigiéndonos a las sanciones impuestas nos damos cuenta que, existe una mayor preocupación, cuidado y/o protección por el bien jurídico de la indemnidad sexual en menores de edad a que el de la vida de los mismo, ya que en el artículo 107.- Parricidio, la pena máxima a imponerse es de 25 años, esto es por quitarle la vida a un ser humano, teniendo en cuenta que dicho bien de ninguna forma puede ser restituido o tratado, ya que la persona deja de existir y con ello se extinguen todos sus derechos; a pesar de que el bien jurídico vulnerado es el más importante según nuestra Constitución Política; sin embargo, en el artículo 173.- Violación sexual en un menor de edad, la pena máxima a imponerse es cadena perpetua, casos en donde el Estado debe ser incidente; en el sentido que, debe estar preparado con políticas adecuadas y lineamientos eficientes

para que la víctima pueda continuar con su proyecto de vida, no puede de ninguna manera ser indiferente ante el dolor y la angustia que el menor y sus familiares atraviesan, ya que solo con una correcta y eficiente ayuda por parte del Estado e instituciones adecuadas el menor podrá superar los estragos que dejó el agresor en él, pues hay que tener en cuenta que la vida, el desarrollo y el proyecto del ser humano siguen en camino, pues no se ha terminado la vida de la persona y por muy difícil y duro que pueda ser se tiene que tratar de restablecer la vida de la víctima, con ayuda del Estado, de los familiares y de la sociedad en general.

En el principio de proporcionalidad de la pena este exige un equilibrio entre los tipos penales y las decisiones judiciales, ello respecto a la implantación y valoración de una pena que fije el juez al momento de sancionar a la persona que ha cometido o ha sido partícipe de un acto delictivo. Tal fragmento encuentra su razón en lo establecido por el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CIJ-116 al señalar que:

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. (p. 03)

¿Cómo puede entonces el juzgador imponer una sanción penal proporcional, cuando en nuestro ordenamiento jurídico no existe una correcta ponderación de los bienes jurídicos? Esto es imposible, ya que el Código Penal limita al juez al establecer las sanciones máximas en los artículos 107º y 173º y con ello lo hace vulnerar a lo fijado en nuestra Carta Magna, pues el juzgador debe ceñirse erróneamente a lo estipulado en las normas penales, con ello no estaría obedeciendo una justa y

adecuada proporción en el delito cometido y la pena que se impone, tal como lo establece el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CIJ-116 ¿Es lógico que quien comete el delito reciba una mayor sanción penal por abusar sexualmente de un menor que por quitarle la vida al mismo? Las autoras rechazan drásticamente esta postura, pues amparándonos en la correcta ponderación de los bienes jurídicos, ha quedado claramente establecido que el derecho ampara a la vida como el mayor bien jurídico que debe protegerse y resguardarse; además, que al negar ello se estaría realizando una incorrecta interpretación del principio de proporcionalidad, pues no se puede otorgar una mayor sanción penal a un bien jurídico vulnerado en donde la víctima puede continuar con su proyecto de vida y desarrollo de la misma mediante protección, vigilancia y ayuda del Estado, a un bien jurídico en donde al vulnerárselo se extingue con él la persona.

El principio de proporcionalidad constituye una garantía constitucional y opera como límite al ius puniendi estatal, asumiendo que su aplicación deba efectuarse con total efectividad en el proceso de determinación judicial de la pena, a fin de establecer una sanción constitucional en la que el quantum de pena sea “proporcional” al injusto cometido por aquellos individuos distintos que participaron en un mismo delito, sea este un delito de dominio o de infracción de deber. (López, 2018, p. 100)

Tomando en cuenta lo descrito líneas anteriores ¿Nuestro Código Penal, estaría vulnerando el principio de proporcionalidad? La respuesta es clara, al negar a la vida como bien jurídico jerárquicamente fundamental y principal de nuestra Carta Magna, no permite establecer una correcta sanción en donde el quantum de pena sea “proporcional” al injusto cometido, existiendo a su vez una clara incongruencia en nuestra Constitución Política del Perú y nuestro Código Penal ¿Cómo es que nuestra

Carta Magna reconoce a la vida como el máximo bien jurídico de la persona y a su vez el Código Penal mediante las sanciones penales posiciona a la indemnidad sexual por encima de la vida? Evidentemente ningún ordenamiento jurídico puede ir en contra de lo establecido por la ley fundamental del Estado, ante ello urge una modificación de las penas de los artículos 107° y 173° de nuestro Código Penal, para que de esa forma se pondere correctamente los bienes jurídicos y con ello exista una justa proporcionalidad en las penas a imponerse.

Respecto a la proporcionalidad de la pena es importante considerar que esta se presenta cuando el juzgador tiene que elegir entre el bien jurídico protegido y la clase de sanción a imponer, cuando se haya lesionado o ponga en peligro dicho bien jurídico. Concluyendo que son los tres elementos para la proporción: La importancia del bien legal, la gravedad de la conducta y el elemento subjetivo deben verse en forma integral e indisoluble y no en forma aislada.

El Derecho Penal Democrático debe adecuar la gravedad de la pena a la gravedad de los delitos que se cometen, que en un estado de derecho y en un sistema democrático el Principio de Proporcionalidad de la pena es fundamental para respetar el imperativo de justicia que debe existir en las sociedades plurales. (Navarro, 2018, p. 19)

Lo anterior solo confirma una vez lo expuesto por las autoras, pues lo correcto sería que nuestras normas legales permitan al juzgador elegir correctamente la sanción a imponer cometidos hacia menores de edad en donde la vida y la indemnidad sexual se vean vulnerados, no dejando a la vida por debajo del último bien jurídico mencionado, más aun cuando este es reconocido constitucionalmente como el bien jurídico más importante y mediante el cual gira todos los demás bienes jurídicos, pues una vez más incidimos en que sin la vida se extingue todo lo demás que pueda poseer

el ser humano. Por último, para el principio de proporcionalidad la autora Navarro (2018) ha señalado tres elementos, los cuales desarrollaremos a continuación: La vida y la indemnidad sexual en menores de edad, ambos vienen siendo importante; sin embargo, nuestra Carta Magna pondera por sobretodos los demás bienes jurídicos a la vida. La gravedad de la conducta es mayor cuando se le quita la vida a un menor de edad ya que automáticamente deja de ser sujeto de derecho para convertirse en un objeto de derecho, no desmereciendo claro está la violación a la indemnidad sexual de un menor de edad, pues es un hecho repugnante en el cual las autoras tampoco pretenden de ninguna manera aminorar la sanción penal establecida por nuestro ordenamiento jurídico; respecto al elemento subjetivo deberá ser evaluado por el juzgador en ambos casos.

Es por ello que coincidimos plenamente con lo descrito por la autora Navarro líneas arriba, cuando refiere que Derecho Penal Democrático debe adecuar la gravedad de la pena a la gravedad de los delitos que se cometen para que exista una correcta aplicación del principio de proporcionalidad. No se debe desmerecer la vida de los menores de edad, ya que la configuración de la gravedad del delito es la máxima y ante ello la sanción penal debería estar regulada en la misma proporción.

4.5. RESULTADO N° 03

La jurisprudencia local sobre parricidio y violación sexual de menor de edad evidencia una incongruencia de penas comprendidas en el código penal peruano.

4.6. DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 03

Las autoras respaldando la postura adoptada para la presente investigación aseveramos que ante una incorrecta ponderación de los bienes jurídicos de la vida e

indemnidad sexual, plasmado en nuestro ordenamiento jurídico penal peruano, conjuntamente con una evidente vulneración al principio de proporcionalidad de la pena, conlleva a que el Juez guiado por el legislador incurra en error cuando sanciona penalmente los delitos de Parricidio- padre a hijos menores de edad- y los delitos de violación sexual a menor de edad, imponiendo penas desproporcionales al daño ocasionado al bien jurídico vulnerado.

Ello sucede porque el juez como director de proceso, autoridad del mismo y además de ser quien debe cumplir con la finalidad del proceso, solucionar y componer los problemas jurídicos, se ve impedido de hacer más de lo que la norma le concede y es que el director del proceso judicial amparándose en sus conocimientos, razonamiento, máximas de la experiencia, jurisprudencia, doctrina y otros, debe analizar cada caso de manera particular y mediante una debida motivación se encuentra facultado para sancionar penalmente los delitos cometidos; sin embargo, este “poder” que presenta no es ilimitado, puesto que es la misma ley quien limita jurídicamente al juez para las sanciones a imponerse; sin embargo, como hemos podido analizar mediante la presente investigación, es la misma ley plasmada que erróneamente dirige al juez y esto se ve evidenciado en las cinco sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia del Santa, en donde tres de ella son delitos contra la indemnidad sexual, cometidos a menores de edad, en donde el juez amparándose en la ley que lo resguarda sanciona penalmente al imputado con la pena máxima de cadena perpetua; sin embargo, en los otros dos casos de parricidios, de padres a hijos menores de edad, el juez les impone una pena menor, como si la vida de estas personas se encontrara por debajo de la vulneración de la indemnidad sexual, delito que también es reprochable y repudiable, pero no podemos desvalorizar el bien jurídico de la vida de los menores de edad, más aun cuando estos son seres

indefensos, vulnerables y que necesitan una especial protección y cuidado; además, de ser la vida el bien jurídico con mayor jerarquía según nuestra Constitución Política del Perú.

- CASO N° 1: Delito de violación sexual de menor de edad – Expediente N° Expediente judicial N° 239-2017-2501-JR-PE-02 caso en donde el Juzgado Penal Colegiado del Santa, por unanimidad, resolvió: Condenar a Gilmer Emilio Rosas Flores, como autor del delito de Violación Sexual de Menor de Edad, delito previsto el inciso 2 y último párrafo del artículo 173 del Código Penal (norma vigente a la fecha de los hechos), en agravio de la menor de iniciales J.A.R.T., y como tal le impone la pena de cadena perpetua. (...)
- CASO N° 2: Delito de violación sexual – Expediente judicial N° 00027-2021-95-2501-JR-PE-08, caso en donde el Juzgado después del análisis del caso resolvió: condenar a Lusardo Berli Velázquez Castillo como autor del delito Contra La Libertad Sexual- Violación Sexual de Menor de Edad de iniciales A.C.C., tipificado en el artículo 173° del Código Penal, por tal se le impone cadena perpetua. (...)
- CASO N° 3: Delito de violación sexual- Expediente judicial N° 1254-2020-79-2501-JR-PE-05, caso en donde el Juzgado después del análisis del caso resolvió: Condenar a Hugo Humberto Chávez Silva, como autor del delito Contra la Libertad Sexual – Violación sexual de menor y Actos contra el pudor en menor de edad, tipificados en los Art. 176-A y artículo 173°, del Código Penal- en agravio de la menor de iniciales N.M.A.G. existiendo concurso real de delitos; en consecuencia, se le impone cadena perpetua. (...)
- CASO N° 4: Delito de parricidio – Expediente judicial N° 01172-2006-0-2501-JR-PE-02, caso en donde el Juzgado resolvió: Condenar a la acusada

Irma Elizabet Yzaguirre Salinas como autora del delito contra la vida, el cuerpo y la salud -parricidio- en agravio de su hijo J.F.N.Y. (6 años de edad) y se le impuso quince años de pena privativa de libertad. (...)

- CASO N° 5: Delito de parricidio – Expediente judicial N° 00174-2012-2501-SP-PE-01, caso en donde el Juzgado resolvió: Condenar a Juana Rosillo Córdova, como autora de delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de parricidio, en agravio de G.Y.M.R.; imponiéndole veinte años de pena privativa de libertad efectiva. (...)

Con las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia del Santa, las autoras coincidimos en que respecto a los casos de violación sexual a menor de edad, nos encontramos en total acuerdo con la pena impuesta, consideramos que el legislador y el juez le otorgan al bien jurídico vulnerado de la indemnidad sexual el valor que evidentemente le corresponder, prevaleciendo la sanción penal máxima regida en nuestro ordenamiento legal, ello de manera coherente, justa, motivada y racional por los jueces, respetando el principio de legalidad, además de ser correcta y justa la imposición de la pena de cadena perpetua, en la sistemática penal, como máxima pena privativa de libertad; de otro lado, respecto a la víctima, ésta tiene la oportunidad de rehacer su vida a pesar de la lamentable experiencia que le tocó vivir, y desarrollar así su proyecto de vida.

Por otro lado, respecto a la sentencia emitida por los casos de Parricidio, nos encontramos disconformes; ya que, después de haber analizado la casuística en materia de violación sexual de menor de edad, donde vemos penas de cadena perpetua por la vulneración al bien jurídico indemnidad sexual, que ahora veamos una pena mucho menor en el delito de parricidio, que protege nada menos que la vida; y ambos en menores de edad, lo cual evidencia la incorrecta ponderación de bienes

jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico, causando una alteración a la norma; sin embargo, entendemos los límites que tienen los Jueces al momento de emitir una sentencia, ya que deben respetar el principio de legalidad, por lo que el error se encuentra en la norma, y es dicho error el que debe cambiarse, a fin de una correcta ponderación de bienes jurídicos; por otro lado las sentencias emitidas por el delito de parricidio no solo se vulnera la vida humana sino todos los deberes que se encuentran regulado constitucionalmente de los padres hacia los hijos, con lo cual lo sentenciado por el Tribunal fortalece nuestra postura.

Ante ello, es importante recalcar que según las cinco sentencias emitidas, las autoras se colocan en un comparativo de hechos, y es que si hubiera existido una violación al bien jurídico de la indemnidad sexual, donde la menor hubiera mantenido la vida, la pena hubiera seguido manteniéndose en de cadena perpetua tal y como lo estipula la norma, evidenciando la incorrecta ponderación de bienes jurídicos en los Artículos 107° y 173° del Código Penal; sin embargo, la muerte trae consigo que la menor ya no goce de derechos que le son inherentes con la vida misma, fortalecimiento nuestro argumento de que la vida da nacimiento a los demás bienes jurídicos, ya que con la violación al bien jurídico indemnidad sexual, la menor seguiría gozando de sus demás derechos y con ello aún tiene una oportunidad de rehacer su vida con la ayuda de tratamiento psicológico y demás acciones desplegadas por las entidades públicas existentes.

Con lo antes expuesto, queda evidenciado que nos encontramos en total desacuerdo con las sentencias de parricidio resueltas por el Juzgado, pues a pesar de que las mismas han sido motivadas y amparadas por el principio de legalidad, existe un claro vacío, deficiencia y error en la norma, aunque claramente entendemos que el juez no puede extralimitarse de sus funciones y de lo prescrito por la ley.

Sentis (1957), afirma que:

La seguridad jurídica exige que el juez para resolver un asunto sometido a su decisión debe acudir a una norma que le viene previamente dada y esa norma de rango prioritario es la ley, a falta de ley debe recurrir a la costumbre; negar a la costumbre su categoría de norma subsidiaria de primer orden es como negar que el derecho emerge de la realidad social. Solamente a falta de ley y de costumbre debe recurrir a los principios generales del derecho. (p. 14)

Lo descrito por el autor concuerda con lo antes analizado por las autoras y es que el juez debe ampararse de la ley para poder administrar justicia; sin embargo, ante deficiencia, laguna o vacío de la misma, se puede aplicar la costumbre y también los principios generales del derecho, constituyendo una garantía de administración de justicia. Los justiciables, tienen el derecho de ser conocedores si las razones del juez corresponden o no a una adecuada interpretación de la norma jurídica aplicada y con ello poder acudir a una instancia superior para una correcta sanción jurídica penal, pero cuando el ordenamiento jurídico penal establece errónea pero a su vez claramente las penas para los delitos de parricidio y violación sexual en menores de edad, aunque los justiciables incurran a instancias superiores para la modificación de las penas, esto no será posible, ya que mientras nuestras leyes sigan regulando las penas que en la actualidad tenemos, un delito de parricidio de padres a hijos jamás podrá sancionarse con la pena máxima y esto es claramente porque el juez debe respetar el principio de legalidad establecido en nuestro ordenamiento jurídico y el delito de parricidio no regula como pena máxima a la cadena perpetua, sino con la pena máxima de veinticinco años, existiendo claramente un error legal respecto a las penas a imponerse en nuestro Código Penal.

Silva (1991), afirma:

La ley como creación humana adquiere características propias del hombre, es por ello que resulta susceptible a contener sus anhelos, expectativas, creencias, temores, valores y claro está también sus defectos. Dicha creación resulta imperfecta debido a que están bajo la incertidumbre de encontrarse con dificultades de aplicación práctica debido primordialmente a que la sociedad se encuentra en una constante evolución de diversas índoles (moral, social, tecnológico, etc.) y "por más esfuerzos que haga el legislador a fin de contener el supuesto de hecho general y abstracto que constituye la ley, inevitablemente su creación será superada por la realidad. (p.789)

Lo sostenido por el autor Silva es totalmente cierto y respalda la postura de las autoras, ya que el derecho y sus normas no pueden quedarse estáticos, sino por el contrario deben estar en paralelo con la realidad que siempre va modificándose, evolucionando en todos los ámbitos, pero sobre todo analizando correctamente si las leyes y normas plasmadas son las más adecuadas y no van en contra de nuestra Carta Magna, que en el caso en particular posiciona a la vida como el máximo bien jurídico protegido y eso debe ser respetado por todos los ordenamientos jurídicos por los cuales nos regimos y de existir un error en ellos inmediatamente debe ser modificado, para que de esa manera seamos poseedores de normas y leyes justas, de esta forma y atendiendo a la necesidad de la presente investigación, si la pena del Artículo 173° del Código Penal se ha ido incrementando a través de los años conforme al incremento del reproche social ¿Por qué la pena del Artículo 107° se encuentra estancada si se trata de la protección de un bien jurídico que conforme a la jerarquía se encuentra encima de la indemnidad sexual?

Ello se evidencia claramente en las sentencia expuestas líneas arriba, en donde existe una clara incongruencia entre los delitos cometidos y las penas impuestas, donde claramente los autores abordados reflexionan que ante tales situaciones si bien el juez no puede dejar de administrar justicia este debe ser apegado a la ley; sin embargo, cuando la norma se equivoca e incurre en error se evidencia una necesidad clara de la modificación de la misma.

4.7. RESULTADO N° 04

La pena regulada en el artículo 173° del Código Penal Peruano refleja la incorrecta jerarquía que tiene actualmente el bien jurídico de indemnidad sexual sobre la vida.

4.8. DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 04

El derecho penal otorga especial protección a través de sus normas positivas contra todas las acciones que son susceptibles de dañar gravemente todos aquellos intereses indispensables para la persona o de la sociedad. El objeto de protección está conformado por el bien jurídico que en cada delito se vulnera. En atención a su concepción social, es resguardado jurídicamente por el derecho positivo vigente, privando y sancionando las acciones que lo lesionen.

Todos aquellos intereses que se consideran merecedores de especial protección son elegidos por las normas especiales previas al derecho penal de cada ámbito más importante. Esto se visualiza cuando se analiza la especial protección que le ha otorgado el derecho penal a ciertos ámbitos en los últimos años, tales como el medio ambiente, la económica o los derechos humanos; sin embargo, también

engloba el núcleo del derecho penal (delitos contra la vida, cuerpo y salud, contra el patrimonio, contra el honor, etc.)

Hurtado y Prado, (2011) afirman que:

La intervención del derecho penal está en función de la necesidad de proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más graves, no significa sostener (...) respecto a la misma noción de bien jurídico, que deba separarse de modo radical el derecho penal de la moral. (p. 23)

Es por ello que los bienes jurídicos son valorados en base a los factores morales, culturales, económicos, sociales, etc., en respeto a la constitución, los cuales van a ser la base para que se establezcan las penas.

Ahora bien, ¿Cómo establecer las penas? ¿Cómo jerarquizar a los bienes jurídicos? Para ello debe ser establecido el valor de la protección de los bienes jurídicos, el cual debe ser proporcional a la escala que existe naturalmente entre ellas por un rango constitucional, de modo que evita que existan incongruencias o en el ordenamiento jurídico penal, que desestabilicen la seguridad jurídica que mantiene estable a un país.

Nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 2.1. coloca a la vida como el principal derecho fundamental de la persona humana, de ello se debe partir para inferir que el bien jurídico de la vida es considerado como el máximo bien legal tutelado por el Derecho, ya que en torno a la existencia del mismo permite a la persona gozar de los demás, con ello no desmerecemos de ninguna manera la protección legal que se ha de otorgar a los demás bienes jurídicos, pues la vulneración de cada uno de ellos merecen una sanción penal; sin embargo, al vulnerar y acabar con la vida humana se estaría extinguiendo la posibilidad de que el ser humano siga

gozando y desarrollando sus demás derechos adquiridos, pues el cese de la vida acarrea como consecuencia el paso de ser un sujeto de derecho a objeto del mismo.

Ahora bien, el derecho penal es la sub rama del derecho encargada de normar y concebir las capacidades punitivas, las normas establecidas buscan regular todas las conductas humanas dentro de la sociedad y las que son infringidas conllevan a una sanción penal; sin embargo, la pregunta a realizarse es: ¿Las penas impuestas en nuestro Código Penal, sancionan correctamente la vulneración de los bienes jurídicos según la jerarquía que estos presentan?

Para ello, debe existir una ponderación, la cual se rige por el principio de proporcionalidad, el cual se subdivide en tres subprincipios, los cuales son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente; dichos subprincipios en conjunto, van a permitir una correcta optimización de la norma, y ejercer un juicio ponderativo cuando colisionen dos bienes jurídicos.

Siendo así, el tercer subprincipio es motivo de análisis, el cual también es llamado como la “ley de la ponderación”, el cual señala que cuanto mayor es el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (Alexy, 2003). Ello, puede ser desdoblado de la siguiente manera:

- Grado de incumplimiento.
- Comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto.
- Determinación de la importancia y afectación por sobre el otro.

A fin de igualar las condiciones entre los delitos estudiados, colocaremos como ejemplo en el delito de parricidio, a un padre que mata a su hijo de catorce años y lo condenan con quince años de pena privativa de la libertad (pena máxima regulada en el Artículo 107° del Código Penal); mientras que, por otro lado, nos encontramos

a un hombre que viola a una menor de catorce años y es condenado con cadena perpetua.

Podemos observar claramente un grado de incumplimiento, ya que existe un menoscabo hacia el bien jurídico vida, ya que no resalta su importancia a través del reflejo de las penas, si bien existe un incremento de la pena determinado por agravantes, no es necesario recurrir a ello para determinar la importancia de dicho bien, ya que el solo hecho de matar a un menor de catorce años, sin que haya sido realizado por ferocidad, codicia, lucro o placer, o para facilitar u ocultar otro delito, ni con gran crueldad o alevosía, el solo hecho de arrebatarle la vida a un menor de catorce años, al contraponerlo con una violación, tendría que ser ponderado el primero por sobre el segundo.

Por otro lado, respecto a la comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto, este existe, ya que la indemnidad sexual ha alcanzado un grado de relevancia notorio, debido a la presión social que ha sido de gran ayuda para que el congreso tome cartas en el asunto y ponga severidad en las penas, como una medida para prevenir la comisión de dicho delito y con ello reducir los índices; sin embargo, el delito de parricidio no corre con la misma suerte, ya que no se encuentra satisfecho, al no existir una ponderación correcta entre las penas.

Al analizar el Artículo 173 del Código Penal peruano, que regula:

Violación sexual de menor de catorce años de edad: 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.

Es decir, si una persona viola sexualmente a un adolescente de catorce años, vulnerando el bien jurídico de indemnidad sexual, será condenado con una pena privativa de la libertad de cadena perpetua.

Mientras que, el Artículo 107 del mismo cuerpo normativo, regula:

Parricidio: El que a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de quince años.

De lo cual, a modo de ejemplo, si un padre de familia mata a su hijo de catorce años de edad, sería condenado con una pena máxima de quince años; es decir, por arrebatarse al menor de edad el bien jurídica vida, será establecida dicha pena.

Ante ello, podemos ver un erróneo juicio de ponderación, ya que entraría en conflicto el bien jurídico vida contra el de indemnidad sexual, debiendo ser exigida una congruencia entre ambas penas, lo cual lamentablemente no se ve traducido en el ordenamiento jurídico peruano.

Por todo lo antes expuesto, queda en evidencia como nuestro Código Penal jerarquiza de manera incorrecta los bienes jurídicos tutelados cuando de otorgar una sanción penal se trata por la vulneración de éstos y es que como bien se regula en el artículo 173°, se le impone la pena de cadena perpetua a aquella persona que vulnera la indemnidad sexual de un menor de edad, lo cual no consideramos erróneo, ni pretendemos la disminución de la pena impuesta, ya que es reprochable, abominable y repudiable el violentar a un menor de edad, traumatizarlo producto de una violación sexual y truncar el desarrollo natural de su vida, dicho delito debe seguir siendo sancionado con la pena máxima, ya que los menores son seres indefensos que merecen una especial protección por parte del Estado, pues rigiéndonos en el

principio del interés superior del niño, éste merece que el Estado le garantice un desarrollo integral y una vida digna y cuando ello se ve manchado por una violación sexual no se debe ser tolerante ni permisivo; sin embargo, hay que tener en cuenta que este artículo ha ido teniendo serias modificaciones con el pasar del tiempo y es que ha sido la presión social que ha conllevado a que el legislador imponga la pena máxima a este tipo de delitos ¿lo cuestionamos? En este caso no, porque como repetimos son los niños quienes deben tener una mayor protección en sus derechos, entonces ¿Qué pasa con la sanción penal en el delito de Parricidio- de padre a hijos? ¿Es que acaso la vida de un menor se encuentra por debajo de la indemnidad sexual de éste? La respuesta, después de todo lo analizado en el presente proyecto de investigación, es no y es que el derecho a la vida se encuentra como el bien jurídico con mayor jerarquía constitucionalmente e incluso con mayor relevancia al vínculo familiar, lo cual nos hace cuestionar el criterio de los legisladores peruanos al olvidar dicha figura jurídica, que se ha quedado estancada en el tiempo con una pena tolerante con el victimario, e injusta para la víctima a la cual se le arrebató el derecho que es promovido desde el vientre materno, mucho más en el caso específico de parricidio a descendientes, cuando los padres constitucionalmente tienen el deber de protección hacia los hijos: “Art. 6.- (...) Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (Constitución Política del Perú, p. 8).

Dicho razonamiento es respaldado por el jurista Salinas (2005), quien afirma:

El parricidio tiene mayor culpabilidad al no respetar ni siquiera la vida de sus parientes naturales o legales, con quienes hace vida en común; evidenciándose de ese modo, que el agente está más propenso y solícito a atacar en cualquier momento a personas que le son extrañas, demostrando peligrosidad para el conglomerado social. (p. 78)

Con todo esto queda clara la evidente desproporcionalidad de las penas impuestas en el artículo 173° y 107°, el legislador debe tener un mayor énfasis en el delito de parricidio de padres a hijos menores de edad ya que, esto cuando un padre mata a su hijo, frustrando todo el proyecto de vida del mismo, arrebatando sueños, proyectos, desarrollo personal, profesional, social, etc. Pues es inconcebible que el ser que da la vida a un ser humano sea también el mismo que se lo quite, más aún cuando su deber y obligación por sobre todas las cosas sería el de proteger, amar y respetar todos los derechos del menor que se encuentran jurídicamente regulados.

No hay que olvidar que cuando un padre o madre le quita la vida a su menor hijo, no existe reparación o resarcimiento hacia este, pues la persona dejó de existir y con ella todos sus derechos y obligaciones, para inmediatamente convertirse en un objeto de derecho, pues se le quita lo máspreciado que puede tener el hombre y que lo hace acreedor de ser sujeto de derecho; ante ello, es irracional contemplar una pena menor que no sea la de cadena perpetua. Es por ello que las autoras plantean un proyecto de ley en donde la sanción penal en el delito de parricidio de padres a hijos se encuentre con la pena máxima de cadena perpetua, de esta forma se estaría respetando la jerarquización de los bienes jurídicos protegidos y la proporcionalidad de las penas según los bienes vulnerados, dándole la potestad al juez que no infrinja el principio de legalidad, teniendo un amparo legal motivado y justo para imponer la pena máxima a quienes cometen estos delitos atroces y reprochables por la humanidad.

V. CONCLUSIONES

- La incorrecta aplicación de la jerarquía de bienes jurídicos vulnera los principios constitucionales que garantizan y protegen a los derechos fundamentales, desatando inestabilidad jurídica.
- El principio de proporcionalidad de la pena, en sus dimensiones concreta y abstracta, busca poner límites a la potestad estatal dentro del marco normativo, ya que la primera requiere que la pena no sobrepase la responsabilidad por el hecho cometido, mientras que la segunda exige que la pena se encuentre positivizada en el ordenamiento jurídico penal.
- La pena deberá ser proporcional al bien jurídico vulnerado y el perjuicio causado, para que cumpla su función retributiva y preventiva.
- A pesar de que la violación de un menor de edad es un delito repudiable tanto social como moralmente, la víctima tiene la oportunidad de continuar con su proyecto de vida, ello con la ayuda del Estado a través de las instituciones públicas, autoridades y organismos competentes, encargados de los tratamientos que ayuden a una reestructuración cognitiva, lo cual no se puede dar con los menores de edad víctimas de parricidio, ya que se produce el cese de la vida.
- A los operarios de justicia les corresponde la aplicación cabal del interés superior del niño a fin de aplicar de la manera más propicia las penas, ya que los niños, niñas y adolescentes necesitan un particular cuidado, encontrándose dentro de los grupos vulnerables contemplados en la Ley N° 30364, su reglamento, y el Plan Nacional Contra la Violencia de Género.

- Al delito de parricidio le falta evolucionar normativamente, ya que se ha visto estancado en el tiempo con tan solo dos modificatorias, a diferencia del delito de violación sexual de menor de edad, que cuenta con ocho modificatorias, las cuales través de los años ha agravado la pena conforme a la evolución de la sociedad.
- La pirámide de Kelsen coloca en la cima a la Constitución Política, por lo cual los bienes jurídicos contenidos en él tienen rango constitucional, y deben mantener la jerarquía respecto a los demás bienes jurídicos, conforme a la regla de subordinación normativa, en cumplimiento del principio de supremacía constitucional.
- El derecho comparado expone la severidad con la que debe ser tratado el delito de parricidio, ya que en algunos países, como Colombia y Costa Rica, dicha figura legal es tomada como una agravante del homicidio, mientras que en otros países como Chile, es contemplado dentro de la figura del homicidio, pero en ambos casos con penas que superan los 25 años hasta cadena perpetua.
- El delito de parricidio es un delito de infracción del deber, ya que existe una relación parental entre el imputado y la víctima, quien cumple funciones de garante de los deberes de asistencia y cuidado, lo cual reviste una mayor gravedad que tendría que verse reflejada en la pena.
- La casuística comparativa de la Corte Superior de Justicia del Santa entre los delitos de violación sexual de menor de edad y parricidio, mediante las penas dictadas en las sentencias, refleja la necesidad de la modificación del Artículo 107° del Código Penal Peruano vigente.

VI. RECOMENDACIONES

En la presente investigación, se determinó que existe una incorrecta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, evidenciado en el análisis e interpretación del Artículo 107 del Código Penal Peruano vigente; siendo que, para el delito de violación sexual de menor de edad, se tienen en cuenta las características de desventaja de la víctima, los cuales son la indefensión, vulnerabilidad y dependencia, así como la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la consideración de los niños, niñas y adolescentes dentro de los grupos vulnerables contemplados en la Ley N° 30364, su reglamento, y el Plan Nacional Contra la Violencia de Género, y la aplicación de los principios constitucionales y específicamente del interés superior del niño, fundamentos que permitieron que la pena privativa de la libertad en dicho delito sea de cadena perpetua, por lo cual recomendamos la modificación del Artículo 107 del Código Penal vigente, a fin de aplicar proporcionalmente los fundamentos ya mencionados, buscando una correcta ponderación entre los bienes jurídicos indemnidad sexual y vida, ya que al ser el primer bien jurídico mencionado sancionado con una pena de cadena perpetua, el segundo al encontrarse con un rango constitucional superior jerárquicamente, merece la misma severidad en la pena, mucho más cuando en ambos casos se hablan de menores de edad, por tanto, planteamos la siguiente propuesta legislativa:

PROPUESTA LEGISLATIVA

SUMILLA: Proyecto de Ley que modifica el artículo 107° respecto a la pena privativa de la libertad impuesta a fin de una correcta ponderación de los bienes jurídicos indemnidad sexual- artículo 170°- y vida del Código Penal

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 107° RESPECTO A LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD IMPUESTA A FIN DE UNA CORRECTA PONDERACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS INDEMNIDAD SEXUAL- ARTÍCULO 170°- Y VIDA DEL CÓDIGO PENAL.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.1. Análisis de la propuesta legislativa

Con el deber del Estado de proteger al ser humano, éste ha clasificado y desarrollado los bienes jurídicos del hombre, siendo un bien jurídico todo aquello que goza de protección legal, debiendo ser debidamente sancionado cuando sea vulnerado, amparándose en el ordenamiento jurídico vigente; por lo tanto, el bien jurídico se establece dentro del marco legal para que a cada norma le corresponda la protección de un bien jurídico, de esta forma queda claro que todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales consignados en la Carta Magna por la cual nos regimos y a través de los cuales se les perciben sus límites de potestad punitiva al Estado. El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes

jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.¹

Los juristas denotan una importancia suprema a la vida como bien jurídico; asimismo, por definición el bien jurídico nace de los intereses sociales, para lo cual el ordenamiento jurídico tiene por función reconocer y enmarcar su debida protección.

Para establecer las sanciones para cada delito, el poder legislativo debe tener en consideración el principio de proporcionalidad, ya que debe existir una congruencia entre lo regulado en los artículos, generando un engranaje, teniendo como argumento principal la correcta ponderación de los bienes jurídicos, a fin de que ello fortalezca el ordenamiento jurídico y con ello las bases de la sociedad, ya que se necesita una normativa justa, que contemple sanciones que cumplan con su finalidad.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta la jerarquía de los bienes jurídicos de manera legal, de no ser así se estaría vulnerando los principios constitucionales, los cuales son garantías normativas que protegen a los derechos fundamentales, y una normativa inferior no puede contradecir a otra de rango superior (constitucional), ya que se produciría una inestabilidad jurídica, por lo cual la legalidad debe ser respetada. Se debe tener en cuenta dos aspectos importantes: principio de proporcionalidad y principio de lesividad de bienes jurídicos, de modo que no se transgreda la primacía de la Constitución por sobre las demás normas.

¹ Von Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus.

Es en esta jerarquía, cuando a la vida se le coloca como el bien jurídico de mayor relevancia e incluso por encima de todos los demás, considerando que la vida es la actividad física que determina la existencia de un individuo. Todo aquello que nace, crece, se desarrolla y muere. Es la manifestación primigenia del ser. Lo contrario a vida es muerte. La vida es el principio radical del Derecho. Este se inicia en el hombre, en su realidad ontológica y en su vida individual- y finaliza en él, en su realidad como ser social y en su vida en relación con otros hombres. La vida del ser humano es intersección (encrucijada) y punto de encuentro del Derecho al ser causa en su formulación y fin en su aplicación.¹

Con ello, denota su importancia como un bien jurídico supremo, el cual viene siendo afectado, al existir en el código penal, una pena incongruente desarrollada en el Artículo 173°, que desestabiliza dicha base, ya que no es coherente que la pena máxima sea establecida para el bien jurídico indemnidad sexual y no para la vida. La pena debe ser proporcional al bien jurídico vulnerado, y esta debe estar ajustada al cumplimiento de su función retributiva; ya que, si no cumple con esta, estaría pasando por alto los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú. Es así que, existe un conflicto entre los artículos 107 y el 173 del Código Penal peruano vigente, el primero protege el bien jurídico vida, mientras que el segundo, la indemnidad sexual; ambos son de gran relevancia e importancia, y tienen una necesidad de protección especial, mucho más cuando se trata de menores de catorce años.

¹ Fernández, F. (2012). *La vida, principio rector del derecho*. Editorial Dykinson.

De esta forma, tenemos que si una persona viola sexualmente a un adolescente de catorce años, vulnerando el bien jurídico de indemnidad sexual, será condenado con una pena privativa de la libertad de cadena perpetua; sin embargo, si un padre de familia mata a su hijo de catorce años de edad, sería condenado con una pena máxima de quince años; es decir, por arrebatarse al menor de edad el bien jurídico vida, será establecida dicha pena. Ante ello, podemos ver un erróneo juicio de ponderación, ya que entraría en conflicto el bien jurídico vida contra el de indemnidad sexual, debiendo ser exigida una congruencia entre ambas penas, lo cual lamentablemente no se ve traducido en el ordenamiento jurídico peruano. Ello refleja que con el transcurrir de los años solo la pena del delito que protege el bien jurídico indemnidad sexual se ha incrementado, en base a diversos factores sociales, incremento de casos, clamor social, y otros, lo cual no es cuestionable porque han sido argumentos bien fundados los que han impulsado cada una de las modificatorias.

Lo que es cuestionable, es por qué la norma que protege el bien jurídico vida, no ha tenido dicha trayectoria de cambios, sino que ha sufrido un estancamiento histórico, que lo ha detenido en el tiempo, y no es suficiente argumento el que la casuística a nivel nacional no sea la misma en cantidad que en los delitos de violación sexual a menor de edad, porque ese no puede ser un criterio para desmerecer a la vida.

Si bien el delito de violación sexual regula un hecho deplorable, la víctima tiene la oportunidad de rehacer su vida, y continuar con la misma, pudiendo continuar con su futuro; sin embargo, cuando te arrebatan la vida, toda la existencia llegó a su fin, el proyecto de vida del menor se ve truncado, arrebatado, y no existe otra oportunidad, porque de la vida nacen todos los derechos.

Definiendo, la violación sexual constituye un acto que solo puede ser ejecutado por quien revela un particular menosprecio por la dignidad del ser humano,

siendo gravemente atentatorio del derecho fundamental a la integridad física, psíquica y moral, y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, ambos reconocidos en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución. Dicha gravedad, evidentemente, se acentúa cuando el acto es realizado contra un menor de edad, quien, en razón de su menor desarrollo físico y mental, se encuentra en estado de mayor vulnerabilidad e indefensión.¹

En el delito de violación sexual, abarca la integridad del ser humano, sin importar su mayoría o minoría de edad; por tanto, los bienes jurídicos que ha de resguardarse son la libertad sexual; así como, la indemnidad sexual y no cuestiones morales. La indemnidad sexual protegida en los delitos de violación sexual en menores de edad, se conceptualiza como la autonomía en el desarrollo de la sexualidad de quienes poseen aun la minoría de edad; ya que, existe una necesidad de resguardar y asegurar el íntegro y normal desarrollo en el plano sexual de los menores de edad, quienes son los que no alcanzan la madurez suficiente para la decisión en dichos temas, ya que sus estímulos sexuales son ignorados o confuso.

Las leyes y normas contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, con el pasar de tiempo han ido sufriendo múltiples cambios y modificaciones (aumento de las sanciones, variación en los beneficios penitenciarios); es así que, se considera en su gran mayoría que la política criminal empleada en los delitos que comprenden a la violación sexual tiene una connotación represiva, siendo esto todo lo contrario a las finalidades preventivas que trabaja el derecho penal, obteniendo de esta forma como resultado una mayor protección legal cuando el bien jurídico violentado es el de un menor de edad.

¹ Expediente N° 0012-2010-PI/TC. (2011, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional.

Discrepamos en el tratamiento legislativo que se le está otorgando a la política criminal adoptada en los delitos de violación sexual en menores de edad; ya que, sin bien es cierto, el bien jurídico protegido presenta un gran peso axiológico y con ello se pretende justificar la sanción a imponerse, así como asegurar la confianza de la sociedad en ello; ya que, siempre se remarca que el Estado es el encargado de brindar la protección a las personas en estado de vulnerabilidad- como son los que poseen la minoría de edad- eliminando de esta forma cualquier tipo de beneficios que puedan tener los agresores sexuales e imponiéndoles penas cada vez mayores y más drásticas, como la cadena perpetua, tal como lo remarca el artículo 173° de nuestro Código Penal peruano vigente; sin embargo, es también el Estado quien se deja llevar por la presión social y por el repudio incontrolable del hombre ante hechos de violación sexual a menores de edad, desvalorando otros aspectos a considerarse. Con ello no se pretende desvalorizar los actos cometidos o querer quitarles la protección a los menores de edad; sino que, se trata de otorgar sanciones adecuadas según los delitos cometidos y bienes jurídicos afectados, ya que ante distintas situaciones que vulneran los derechos de las personas el legislador no puede sancionar con cadena perpetua todos aquellos actos que en su mayoría por “presión social” se le requiere, dejando así de lado las proporcionalidades de las penas, la jerarquía constitucional de los bienes jurídicos que son protegidos y hasta incluso no centrándose en la política criminal que persigue del derecho penal, como la prevención.

Por otro lado, la Constitución como norma suprema es inviolable y es necesario que existan medios de defensa que permita su cumplimiento por parte de las instituciones y los ciudadanos, función que es cumplida por el Tribunal Constitucional. Por ello, debemos respetar su supremacía, ya que su finalidad es proteger a la persona humana, y hacer respetar su existencia, con el fin de hallar el

bien común, lo cual debe ser revalorizado y tomado en cuenta en el derecho penal, ya que no es dable que la vida, a través de los artículos que se encargan de proteger dicho bien jurídico, no le doten del resguardo necesario materializado en las penas, sino que tengan una jerarquía errónea a la ya establecida, dándole sanciones más severas a otros bienes, como el de la indemnidad sexual, por sobre la vida.

Con ello, se estaría irrespetando la gobernabilidad democrática que es necesaria para la existencia de la sociedad dentro de la paz, y en cumplimiento del control constitucional.

Analizando, el delito de parricidio (ascendientes, descendientes), éste siempre ha sido sancionado con rigor extraordinario, pues el autor de estos homicidios no sólo extingue la vida humana, sino que viola los sentimientos más profundamente arraigados en la naturaleza del hombre. Ello explica el modo especial de ejecución de la pena señalada para estos delitos.¹

Se entiende que desde épocas antiguas, dicho delito asumía una total importancia en comparación con los demás delitos regulados, y no solo por el hecho del arrebato de la vida, como violación a un bien jurídico de alta relevancia, sino por el vínculo existente entre el victimario y la víctima; por lo cual la sanción era sanguinaria. Respecto a la pena jurídica vigente en el delito de parricidio, el solo hecho de la existencia entre un vínculo familiar es menester para una pena severa, mucho más cuando existe pena de cadena perpetua para delitos que protegen bienes jurídicos que jerárquicamente se encuentran debajo de la vida, como lo es la

¹ Martínez, B. (2014). *Parricidio*. Crimina: Centro para el estudio y prevención de la delincuencia.

indemnidad sexual regulado en el Artículo 173° del Código Penal, el cual ha ido agravándose con el transcurrir de los años en base a la polémica y reproche social, teniendo en cuenta que se trata de menores de edad, con lo cual surge la necesidad de aplicar el mismo criterio del interés superior del niño y sus derechos constitucionales para que el arrebato de la vida no tenga una pena menor que en el caso de una violación, ya que produce inseguridad jurídica la desproporcionalidad de las penas en base a una incorrecta ponderación de bienes jurídicos.

El parricidio tiene mayor culpabilidad al no respetar ni siquiera la vida de sus parientes naturales o legales, con quienes hace vida en común; evidenciándose de ese modo, que el agente está más propenso y solícito a atacar en cualquier momento a personas que le son extrañas, demostrando peligrosidad para el conglomerado social.¹

Con ello, se revela la conducta del agente del delito, la cual genera incluso una inseguridad para la sociedad, al no respetar los vínculos familiares, ya que existen deberes constitucionales de por medio, con lo cual existe una ventaja por encima de la víctima, ya que existen lazos de confianza, lo que posiciona al sujeto pasivo en un estado de vulnerabilidad. El delito de parricidio se debe tomar con especial criterio el vínculo familiar, ya que existe un deber regulado en la Constitución Política respecto a los padres hacia los hijos, lo que cataloga al parricidio como un delito de infracción de deber, que no solo vulnera el derecho a la vida, sino que lesiona los deberes de asistencia y cuidado, por lo cual la sanción debe ser acorde a los bienes jurídicos vulnerados.

¹ Salinas, R. (2005). *Derecho Penal. Parte Especial*. Idemnsa.

Es de considerarse que a pesar que el Juez tiene la autoridad para imponer la pena más allá de lo solicitado por la Fiscalía, es decir aumentarla o disminuirla, lo que no puede hacer es ir más allá de lo establecido en la norma, porque afectaría el principio de legalidad, por lo cual es necesario dotar al magistrado de las herramientas necesarias para impartir justicia y cumplir sus funciones encomendadas como representante del Estado para la sociedad, es decir, darle el sustento legal para que pueda aplicar las penas correctas ante cada delito, y ello solo se puede dar mediante una modificación del Artículo 107° del Código Penal Peruano.

Los menores por su corta edad se encuentran en un estado de vulnerabilidad, necesitando una especial protección por parte de la familia, la sociedad y las autoridades, pues éstos se encuentran pasando por una etapa de formación y desarrollo personal que necesita un cuidado especial a diferencia del estado situacional de los adultos. Pero: ¿Por qué se dice que el niño, niña y adolescente es vulnerable? Esto es porque está en una situación de riesgo constante de ser dañado, sufrir maltrato, ser perseguido, lastimado, discriminado, humillado, influenciado negativamente, todo ello podría desencadenar terribles situaciones y en el contexto más extremo podría terminar con la vida del menor, por su misma situación de inferioridad, indefensión o fragilidad. Lo descrito anteriormente, sería la primera razón para incrementar la sanción jurídica en el delito de parricidio de padres a hijos; ya que, el victimario se aprovecharía de la condición de vulnerabilidad del menor y además del contexto de la relación de confianza, responsabilidad y poder que ejercería sobre el menor, haciendo al momento de la configuración de delito de parricidio ello sea aún más reprochable.

Por ello, es necesario plantear iniciativas legislativas que se encuentren direccionadas a dar una especial protección a la vida, por ser el bien jurídico protegido

constitucionalmente con mayor jerarquía, ello debe reflejarse con el incremento de las penas que se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, imponiendo así la máxima sanción que pueda otórgasela a una persona, ella es: cadena perpetua, en atención a la violación y vulneración del bien jurídico de la vida, esto cuando un padre mata a su hijo, frustrando todo el proyecto de vida del mismo, arrebatando sueños, proyectos, desarrollo personal, profesional, social, etc., pues es inconcebible que el ser que da la vida a un ser humano sea también el mismo que se lo quite, más aún cuando su deber y obligación por sobre todas las cosas sería el de proteger, amar y respetar todos los derechos del menor que se encuentran jurídicamente regulados. No hay que olvidar que cuando un padre o madre le quita la vida a su menor hijo, no existe reparación o resarcimiento hacia este, pues la persona dejó de existir y con ella todos sus derechos y obligaciones, para inmediatamente convertirse en un objeto de derecho, pues se le quita lo máspreciado que puede tener el hombre y que lo hace acreedor de ser sujeto de derecho; ante ello, es irracional contemplar una pena menor que no sea la de cadena perpetua.

Debe tenerse claro, que en este caso especial (parricidio de padres a hijos menores de edad), son de las conductas más depreciables, reafirmando así en agravar las sanciones que deben imponerse a todo aquel que incurra en la comisión del presente delito, esto en respuesta a sus altos índices de comisión y además en darle la merecida y justa sanción jurídica al vulnerar el bien jurídico más importante del ser humano, la vida.

Acotando que además dicha propuesta también es necesaria porque el sujeto pasivo es vulnerable, no contraviniendo a nuestra normativa jurídica, guardando concordancia con nuestra Carta Magna y es así como tercer punto de sustento para la presente propuesta tendríamos al “Interés superior del niño”, recordando que es toda

decisión que pueda tomarse a favor de un niño, niña y adolescente, las mismas que deben ir orientadas a su bienestar y pleno ejercicio y desarrollo de sus derechos, no debemos olvidar que este el principio rectos que en el cual se basa nuestro ordenamiento jurídico para darle mayor protección a los menores y que a su vez se encuentra regulado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En conclusión, si existe una necesidad jurídica y social para el incremento de la pena en la configuración del delito de parricidio, específicamente de padres a hijos menores de edad y esto basándonos en el principio rector del interés superior del niño que debe primar en toda legislación, protegiendo esencialmente el bien jurídico de la vida, que es el que se encuentra en el primer eslabón de amparo constitucionalmente, más aun por ser el niño, niña y adolescente seres vulnerables e indefensos, haciendo más abominable dicho delito cuando es perpetrado por los seres que les dieron la vida, quienes son los primeros llamados a brindar afectos, protección y resguardo en sus derechos.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente Ley, no genera la totalidad de gastos al Estado peruano, pues, la modificatoria del artículo 107° que se encuentra consignado en el Código Penal, con la finalidad de aplicar una sanción más justa, respetando el principio de proporcionalidad de la pena y la jerarquía normativa estipulada, evitando una incongruencia de penas y en razón al grave perjuicio originado sobre las víctimas menores de edad quienes merecen especial protección, así como disuadir a los potenciales agresores y victimarios de cometer esta clase de delitos, para que de esta forma se pueda reducir o erradicar este tipo de delito.

III. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La finalidad de la propuesta legislativa, es lograr que, exista coherencia entre la jerarquización que se le otorga constitucionalmente a los bienes jurídicos, posicionando a la vida como el bien jurídico con mayor relevancia, más aun si este se le vulnera a un menor de edad, quien debe ser quien posea mayor protección y cuidado por el Derecho. De esta forma la pena aplicable seria justa, pues se impondría la cadena perpetua no en los delitos de violación sexual a menores de edad, sino también a un padre o madre que mata a su hijo menor de edad, pues debe primar el interés superior del niño y más aún si el delito es cometido por quien se supone debe brindar mayor cuidado al menor. Esto permitiría al Ministerio Publico y Poder Judicial, imponer las sanciones más drásticas y severas ante casos tan abominables y atroces, en donde las víctimas son seres indefensos a quienes se les suprime de su principal derecho por el cual rigen todos los demás, la vida.

Por ello, las tesis de la Universidad Nacional del Santa, proponen el siguiente proyecto de Ley:

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 107°
RESPECTO A LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD IMPUESTA A FIN
DE UNA CORRECTA PONDERACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS
INDEMNIDAD SEXUAL- ARTÍCULO 170°- Y VIDA DEL CÓDIGO PENAL.**

Artículo 107.- Parricidio

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.

En caso que el agente sea el padre o la madre de un menor de edad, no mayor de catorce años, la pena privativa de la libertad será de cadena perpetua.

Nuevo Chimbote, 28 de octubre 2022

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TESIS

- Bandera, M. (2016). *La ponderación de bienes jurídicos y el principio de proporcionalidad* [Tesis de pregrado, Universidad Andina del Cusco]. Archivo digital. <https://repositorio.uandina.edu.pe/handle/20.500.12557/633>
- Cerdán, M. y Romero, V. (2019). *Ponderación constitucional penal de bienes jurídicos del derecho a la vida e indemnidad sexual en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo]. Archivo digital. <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/1014>
- Cerna, C. (2018). *El bien jurídico penal en una sociedad democrática y liberal* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Cajamarca]. Archivo digital. https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/2788/T016_71851958_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Espíritu, B. y Churrango, J. (2012). *El derecho a la vida y la desproporcionalidad en su protección en el Código Penal Peruano de 1991* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. Archivo digital. http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/UNJFSC/564/RESUMEN%20TFDCP_040.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Linares, A. (2018). *Consideraciones Jurídicas del Delito de Parricidio* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Archivo digital. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12318>
- Navarro, A. (2018) *Principio de proporcionalidad de la pena en el delito violencia y resistencia a la autoridad- agravada, Establecimiento Penal del Callao.*

[Tesis de postgrado, Universidad César Vallejo]. Archivo digital.
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/13988/Navarro_MA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Reyes, J. (2020). *El principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito*

[Tesis de pregrado, Universidad San Martín de Porres]. Archivo digital.
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/6996/reyes_cje.pdf?sequence=1&isAllowed=y

LIBROS

Alexy, R. (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Almanza, F. y Peña, O. (2014). *Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Editorial APECC.

Anchondo, V. (2012). *Métodos de interpretación jurídica*. Editorial Quid Iuris.

Arango, R. (2011). *La ponderación y la ley de justicia y paz*. Editorial de la Universidad Externado.

Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Editorial Jurídica Grijley.

Arbulú, V. (2019). *Derecho Penal Parte Especial: Delitos contra la libertad e indemnidad sexual y otros*. Editorial Instituto Pacífico S.A.C.

Arce, M. (2010). *El delito de violación sexual*. Editorial Adrus S.R.L

Aristóteles. (1988). *Política (traducción y notas de García Valdés, Manuela)*. Biblioteca Básica Gredos.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal: Parte general*. Editorial Hammurabi.

- Beling, E. (1944). *Esquema de derecho penal y doctrina del delito*. Editorial Depalma.
- Boldova, M. (1998). *Penas privativas de derechos en lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tirat lo Blanch.
- Caro, J. (2018). *Summa Penal*. (3a.ed.). Editorial Nomos & Thesis.
- Cillero, B. (2011). *Violaciones sexuales en el Perú 2000-2009: Un informe sobre el estado de la situación*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PRONSEX).
- Rioja, A. (2022). *Constitución Política del Perú*. Jurista Editores
- Félix, G. (2011). *Derecho penal, delitos de homicidio, aspectos penales, procesales y de política criminal*. Editorial Jurídica Girjley.
- Fernández, F. (2012). *La vida, principio rector del derecho*. Editorial Dykinson.
- Galindo, I. (1958). *Filiación Adoptiva*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Gálvez, T. y Rojas, R. (2017). *Derecho Penal Parte Especial (Introducción a la Parte General)*. Tomo I. Editorial Jurista Editores.
- García, A. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- García, D. (2006). *Las constituciones del Perú*. Editorial El Virrey.
- García, M. (s.f.). *Pena, disuasión, educación y moral pública*. Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ghunter, J (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Gracia, L. (2004). *Estudios de Derecho Penal*. Editorial IDEMSA.
- Guevara, I. (2016). *El parricidio: entre la infracción del deber y el feminicidio*. Editorial Idemsa.

- Hernández, S., Fernández, C. y Baptista, M. (2006). *Metodología de la investigación*. Interamericana Editores, S.A.
- Hurtado, J., y Prado, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial IDEMSA.
- Martínez, B. (2014). *Parricidio*. Crimina: Centro para el estudio y prevención de la delincuencia.
- Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Euros Editores S.R.L
- Peña, A. (2011). *Curso Elemental de Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Editorial Ediciones Legales.
- Portocarrero, J. (2016). *Racionalidad procedimental y ponderación de derechos fundamentales*. Editorial Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Prado, V. (2000). *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*. Editorial Alternativas.
- Ramírez, A. (2003). *Metodología de la investigación científica*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Ramiro, S. (2016). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Instituto Pacífico S.A.C
- Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Gaceta Jurídica.
- Reyna, L (2005). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual enfoque dogmático y jurisprudencial*. Jurista Editores.
- Rodríguez, A. (1994). *El Parricidio en la Legislación Española*. Editorial Madrid.
- Rojas, F. (2016). *Código Penal Parte General y Especial*. RZ Editores.
- Roxin, C., Beloff, M., Magariños, M., Ziffer, P., Bertoni, E. y Ríos, R. (1993). *Determinación Judicial de la Pena*. Editores del Puerto S.R.L

- Salinas, R. (2005). *Derecho Penal. Parte Especial*. Idemnsa.
- Sentis, S. (1957). *El Juez y el derecho (iura novit curia)*. Ediciones jurídicas: Europa América.
- Silva, J. (1991). *La ciencia del Derecho Procesal*. Ediciones Fecat.
- Tejedor, C. (1866). *Proyecto de Código Penal para la República de Argentina*. Imprenta del Comercio del Plata.
- Tenca, A. (2001). *Delitos Sexuales*. Editorial Astrea De Alfredo y Depalma.
- Trazegnies, F. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano. En La Familia, ¿Un espejismo Jurídico? Reflexiones sobre la función comprobativo – constitutiva del Derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Villavicencio, F. (2016). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Von Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus.
- Zaffaroni, E. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas.

LINKOGRAFÍA

- Alexy, R. (2010). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (N° 11).
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Cornejo, M (s/a). *El inicio de la vida humana, su protección y la despenalización del aborto*.
https://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/6.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2010, 16 de noviembre). *Acuerdo Plenario* N° 1-2010-CJ-116).

https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_01-2010.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 13 de noviembre). *Acuerdo Plenario* N° 4-2009/CJ-116.

https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c9cf3f004075b983b5f9f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_04-2009-CJ-116_301209.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c9cf3f004075b983b5f9f599ab657107

Defensoría del Pueblo. (2022, 08 de mayo). *Grupos de especial protección de la defensoría del pueblo*. <https://www.gob.pe/10367-grupos-de-especial-proteccion-de-la-defensoria-del-pueblo>

Dudas Legislativas. (2020, 01 de agosto). *¿Qué es la indemnidad sexual?* <https://dudaslegislativas.com/que-es-la-indemnidad-sexual/>

Expediente N° 0012-2010-PI/TC. (2011, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00012-2010-AI.html>

Expediente N° 0442-2003 AA/TC. (2004, 19 de abril). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00442-2003-AA.html>

Gaete, R. (2014). *Reflexiones sobre las bases y procedimientos de la Teoría Fundamentada. Ciencia, Docencia y Tecnología, Vol. XXV.* <https://www.redalyc.org/pdf/145/14531006006.pdf>

Gamarra, R. y García, S. (2015). *Acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en el Perú. Informe presentado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su 150° periodo de sesiones.* <https://www.savethechildren.org.pe/publicaciones/acceso-a-la->

[justicia-para-ninos-ninas-y-adolescentes-victimas-de-violencia-sexual-en-el-peru/](#)

INEI. (2018). *Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2011 – 2017*. Instituto Nacional de Estadística e Informática. <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones-digitales/Est/Lib1534/libro.pdf>

INPE. (2019). *Informe estadístico penitenciario: Humanizar y dignificar para resocializar*. Instituto Nacional Penitenciario. <https://www.inpe.gov.pe/normatividad/documentos/3747-informe-estadistico-setiembre2019/file.html>.

Kierszenbaum, M. (2009). *El bien jurídico en el derecho penal: Algunas nociones básicas*. Lecciones y Ensayos (N° 86). <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

Ley N° 18.742. (1874, 12 de noviembre). *Código Penal Chileno*. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080616_11.pdf

Ley N° 599-200. (2000, 24 de julio). *Código Penal Colombiano*. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf

Ley N° 4573. (1970, 04 de mayo). *Código Penal de Costa Rica*. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf

López, E. (2018). *La determinación legal, judicial y ejecutiva de la pena*. <https://lpderecho.pe/determinacion-legal-judicial-ejecutiva-pena/#:~:text=La%20determinaci%C3%B3n%20judicial%20de%20la,participa%20de%20un%20hecho%20punible>

- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2002). *Violencia Sexual en Latinoamérica y el Caribe: Análisis de datos secundarios*.
https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=3341:2010-sexual-violence-latin-america-caribbean-desk-review&Itemid=0&lang=es
- Llave, V. (2012). Abuso Sexual. *Estadísticas para la reflexión y pautas para la prevención*. https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/libro_abusosexual.pdf
- Ossorio, M. (s/a). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*.
<http://www.elmayorportaldegerencia.com/Libros/Politica/%5BPD%5D%20Libros%20-%20Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales.pdf>
- Real Academia Española (2020). *Derecho a la vida*.
<https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-vida>
- Recurso de Nulidad N.º 1007-2018-Ayacucho. (2019, 26 de febrero). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
<https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/R.N.-1007-2018-Ayacucho-Legis.pe.pdf>
- Resolución N.º 1386 de la Asamblea General. (1959, 20 de noviembre). *Declaración de los Derechos del Niño*.
<https://www.cidh.oas.org/ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>

Urquiza, J. (1998). *El Bien Jurídico*.

https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/catedra/1998_n3/el_bien_jur.htm

Zielinski, J. (2010). *Protección de la persona humana en el Estado de Derecho*.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/download/4202/4152/>

VIII. ANEXOS

ANEXO N° 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: “MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO PENAL A FIN DE UNA CORRECTA PONDERACIÓN ENTRE LOS BIENES JURÍDICOS: INDEMNIDAD SEXUAL Y VIDA”

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA	POBLACIÓN Y MUESTRA
<p>Problema general: ¿Cuál es la correcta ponderación, entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, prescritos en el artículo 107° y 173° del Código Penal?</p>	<p>Objetivo general: Desarrollar constitucionalmente la correcta ponderación, entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, prescritos en el artículo 107° y 173° del Código Penal.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Formular la modificación del Artículo 	<p>Dado que se advierte que existiría una incorrecta ponderación, entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida, es probable que la evidencia de dicha afirmación se encuentre en el análisis e interpretación del Artículo 107 del Código Penal vigente.</p>	<p>Variable N° 01: Incorrecta ponderación de los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida.</p> <p>Variable N° 02: El Artículo 107 del Código Penal vigente.</p>	<p>MÉTODOS:</p> <p>Método de la investigación jurídica: <u>Dogmático – funcional</u> Dogmático porque se utilizarán complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos, permitiendo recurrir a las fuentes formales del derecho, como la doctrina y jurisprudencia. Funcional porque se planteará una solución para la sociedad, no solo se estancará en teoría, sino también es de forma aplicativa, el mismo, permitirá el planteamiento del proyecto de ley que modifique el Art. 107° del Código Penal, a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida.</p> <p>Método de la interpretación jurídica: <u>Método sistemático</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Expediente judicial N° 00239-2017-2501-JR-PE-02. • Expediente judicial N° 01172-2006-0-2501-JR-PE-02. • Expediente judicial N° 00174-2012-2501-SP-PE-01. • Expediente judicial N° 00027-2021-95-2501-JR-PE-08. • Expediente judicial N° 1254-2020-79-2501-JR-PE-05.

	<p>107 del Código Penal a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Examinar la jurisprudencia local sobre parricidio y violación sexual de menor de edad. 			<p>Interrelacionaremos normas y leyes para llegar a un correcto desarrollo de la investigación, siendo un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos, este se presenta más en el planteamiento de la hipótesis, puesto que buscamos un análisis del Art. 107° del Código Penal vigente, no de manera aislada del demás cuerpo normativo, sino sistemáticamente con el Art. 173° del mismo.</p> <p>DISEÑO: <u>Jurídico propositivo</u></p> <p>Se basa en indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico, además en otros casos evidencia el vacío o laguna de una o varias normas jurídicas, o se cuestionan la existentes determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la reforma o su derogatoria. De esta forma, luego del análisis de los cinco expedientes judiciales recopilados y con ello su análisis respectivo, planteamos como solución la modificación del Art. 107° del Código Penal vigente, a fin de una correcta ponderación entre los bienes jurídicos: indemnidad sexual y vida.</p>	
--	--	--	--	--	--

ANEXO N° 02

CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS
Variable N° 01: Incorrecta ponderación de los bienes jurídicos indemnidad sexual y vida.	Ponderación de los bienes jurídicos penales en el Perú	<ul style="list-style-type: none"> • Definición. • Nivel doctrinario. • Principios jurídicos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fichas • Diario o Bitácora de campo • Guía de análisis documental
	Indemnidad sexual según el Código Penal	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría del delito. • Nivel doctrinario. • Derechos fundamentales. • Expediente judicial N° 00239-2017-2501-JR-PE-02. • Expediente judicial N° 00027-2021-95-2501-JR-PE-08. • Expediente judicial N° 1254-2020-79-2501-JR-PE-05. 	
Variable N° 02: El Artículo 107 del Código Penal vigente.	Parricidio: Agente progenitor y víctima menor de 14 años.	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría del delito. • Evolución normativa. • Expediente judicial N° 01172-2006-0-2501-JR-PE-02. • Expediente judicial N° 00174-2012-2501-SP-PE-01. 	

ANEXO N° 03

FORMATO DE FICHA DE INVESTIGACIÓN

TIPO DE FICHA	FECHA DE CONSULTA
EPÍGRAFE (TEMA O TÍTULO DEL CONTENIDO)	
CONTENIDO	
CITA BIBLIOGRÁFICA	
NÚMERO DE FICHA	

ANEXO N° 04

FORMATO DE DIARIO O BITÁCORA DE CAMPO

NOMBRE DE LA ACTIVIDAD:	
FECHA DE LA ACTIVIDAD:	ELABORADO POR:
TIPO DE REGISTRO:	TIPO DE FUENTE:
METODOLOGÍA:	
DESCRIPCIÓN DE LA ACTIVIDAD:	
OBJETIVOS:	
ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD:	

ANEXO N° 05

FORMATO DE GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

N°	INDICADOR	PREGUNTA	TIPO DE DOCUMENTO (TESIS, MAESTRÍA, LIBROS)	NOMBRE DEL DOCUMENTO	AUTOR	AÑO	IDEAS FUNDAMENTALES
1	Ponderación de los bienes jurídicos penales en el Perú	¿Cuál es la correcta ponderación de bienes jurídicos en la legislación peruana? ¿En qué normativa se basa dicha ponderación? ¿Cómo reflejarla en la proporcionalidad de las penas? ¿Cuáles son los principios jurídicos que rigen la ponderación de bienes?					
2	Indemnidad sexual según el Código Penal	¿Cuál es el desarrollo doctrinario de la indemnidad sexual? ¿Qué política criminal se aplica en los delitos de violación sexual de menores? ¿Cuál es la protección de los menores de edad en el marco normativo nacional?					
3	Parricidio: Agente progenitor y víctima menor de 14 años.	¿Cuál es la evolución del delito de parricidio? ¿De qué manera se ve reflejada la desproporcionalidad de las penas en el referido articulado? ¿Qué problema jurídico ocasiona dicha desproporción en relación al Artículo 173° del Código Penal Vigente?					



DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA

Yo, VALERIA SOFÍA CHIRINOS RIVAS

Estudiante / docente de la:

Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
Departamento Académico	DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS					
Escuela de Posgrado	Maestría :		Doctorado:			

Programa:

De la Universidad Nacional del Santa; declaro que el trabajo de investigación titulado:

**“MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO PENAL A FIN DE
UNA CORRECTA PONDERACIÓN ENTRE LOS BIENES JURÍDICOS:
INDEMNIDAD SEXUAL Y VIDA”**

Presentado en 194 folios, para la obtención del grado académico:

Título Profesional	(X)	Investigación anual	()
--------------------	-------	---------------------	-----

He citado todas las fuentes empleadas, no he utilizado otra fuente distinta a las declaradas en el presente trabajo.

Este trabajo de investigación no ha sido presentado con anterioridad, ni completa ni parcialmente para la obtención del grado académico o título profesional.

Comprendo que el trabajo de investigación será público y por lo tanto sujeto a ser revisado electrónicamente para la detección del plagio por el VRIN.

De encontrarse uso de material intelectual sin reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinen el proceso disciplinario.

Nuevo Chimbote, 16 de Enero del 2023.

Firma:

Nombres y Apellidos: VALERIA SOFÍA CHIRINOS RIVAS

DNI N°: 76736545



DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA

Yo, KARLA ESTRELLA GARCÍA HERNÁNDEZ

Estudiante / docente de la:

Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
-----------	----------	--	-----------	---	------------	--

Departamento Académico	DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS					
------------------------	------------------------------	--	--	--	--	--

Escuela de Posgrado	Maestría :		Doctorado:	
---------------------	------------	--	------------	--

Programa:

De la Universidad Nacional del Santa; declaro que el trabajo de investigación titulado:

**“MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO PENAL A FIN DE
UNA CORRECTA PONDERACIÓN ENTRE LOS BIENES JURÍDICOS:
INDEMNIDAD SEXUAL Y VIDA”**

Presentado en 194 folios, para la obtención del grado académico:

Título Profesional	(X)	Investigación anual	()
--------------------	-------	---------------------	-----

He citado todas las fuentes empleadas, no he utilizado otra fuente distinta a las declaradas en el presente trabajo.

Este trabajo de investigación no ha sido presentado con anterioridad, ni completa ni parcialmente para la obtención del grado académico o título profesional.

Comprendo que el trabajo de investigación será público y por lo tanto sujeto a ser revisado electrónicamente para la detección del plagio por el VRIN.

De encontrarse uso de material intelectual sin reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinen el proceso disciplinario.

Nuevo Chimbote, 16 de Enero del 2023.

Firma:

Nombres y Apellidos: KARLA ESTRELLA GARCÍA HERNÁNDEZ

DNI N°: 72739355