

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**Análisis de la Casación N° 49-2011**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
BACHILLER EN DERECHO**

**AUTOR**

**Deyanira Lisset Bances Yzquierdo**

**ASESOR**

**Dora Maria Ojeda Arriaran**

**<https://orcid.org/0000-0002-7938-0776>**

**Chiclayo, 2022**

# ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 49-2011

## INFORME DE ORIGINALIDAD

24%

INDICE DE SIMILITUD

24%

FUENTES DE INTERNET

0%

PUBLICACIONES

19%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Tecnologica del Peru Trabajo del estudiante	11%
2	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	3%
3	repositorio.uancv.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	2%
5	hugrojauregui.blogspot.com Fuente de Internet	1%
6	vsip.info Fuente de Internet	1%
7	www.monografias.com Fuente de Internet	1%
8	creativecommons.org Fuente de Internet	<1%
9	repositorio.udh.edu.pe Fuente de Internet	

## ÍNDICE

<b>Resumen</b> .....	3
<b>Abstract</b> .....	4
<b>I. Cuestiones Fáticas</b> .....	5
1.1. Datos de la Sentencia .....	5
1.2 Hechos Relevantes.....	5
<b>II. Cuestiones Jurídicas</b> .....	6
2.1. Problema Jurídico .....	6
2.2. Identificación de Instituciones Jurídicas relacionadas con el Problema .....	6
<b>1. Libertad sexual:</b> .....	6
<b>2. Indemnidad Sexual</b> .....	7
<b>3. Violación sexual</b> .....	7
<b>III. Análisis Crítico</b> .....	8
Postura .....	18
<b>IV. Referencias Bibliográficas</b> .....	20

## Resumen

En el Derecho Penal el análisis a los delitos sexuales es uno de los temas más sensibles dentro de las sociedades nacionales como internacionales. La violación sexual es un problema que nos afecta a todos, niños, adultos, viejos, es un acto aborrecedor que no discrimina sexualidad, edad o género, es por ello que el Estado en la medida de sus facultades debe defender y proteger este bien jurídico. Esto conlleva que, para acertar en lo más favorable de cada caso, se desarrolle un análisis minucioso sobre cuál es el bien jurídico afectado en menores hasta los 14 años de edad y los mayores de 14 años. Entrando a colisión los conceptos de libertad sexual entendida como la capacidad de auto determinarse en el ámbito de las relaciones sexuales, e indemnidad sexual que es la manutención incólume del normal desarrollo de la sexualidad, manteniéndola libre de la intromisión de terceros. Por lo que en el transcurso del análisis debe de tenerse en cuenta estos dos conceptos para poder aplicar la pena correcta al denunciado, con esto no se intenta disminuir o eximir la pena correspondiente, sino darle una condena justa basada en la razonabilidad e imparcialidad. Lo que se logra en el análisis de esta casación N° 49-2021, ya que, a partir de la investigación de las instituciones jurídicas, se tiene un análisis crítico y a favor con respecto a la posición del fallo.

***Palabras Claves:*** libertad, indemnidad, violación, adolescente, menores.

### **Abstract**

In Criminal Law, the analysis of sexual crimes is one of the most sensitive issues within national and international societies. Rape is a problem that affects us all, children, adults, the elderly, it is a hateful act that does not discriminate against sexuality, age or gender, which is why the State, to the extent of its powers, must defend and protect this legal right. . This entails that, in order to hit the most favorable in each case, a detailed analysis is carried out on which is the legal right affected in minors up to 14 years of age and those over 14 years of age. Entering into collision the concepts of sexual freedom understood as the ability to self-determine in the field of sexual relations, and sexual indemnity that is the unscathed maintenance of the normal development of sexuality, keeping it free from the interference of third parties. Therefore, in the course of the analysis, these two concepts must be taken into account in order to apply the correct sentence to the defendant, with this it is not intended to reduce or exempt the corresponding sentence, but to give him a fair sentence based on reasonableness and impartiality. What is achieved in the analysis of this appeal No. 49-2021, since, based on the investigation of legal institutions, there is a critical and favorable analysis regarding the position of the ruling.

***Keywords:*** freedom, indemnity, rape, adolescent, minors.

## **PROTOCOLO DE ANÁLISIS DE SENTENCIA PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO**

### **I. Cuestiones Fácticas**

#### **1.1. Datos de la Sentencia**

Identificación de la Corte: Corte Suprema De Justicia De La República-Sala Penal Permanente

Número de Sentencia: Casación N° 49-2021

Fecha de la Sentencia: Diez de Julio del dos mil doce.

Nombre del Magistrado: Morales Parraguez por periodo vacacional del Juez Neyra Flores.

Partes intervinientes:

DEMANDADO: Elías Samuel García Briceño

DEMANDANTE: Menor De Iniciales J.G.R.C

Materia: Violación Sexual

#### **FALLO EN PRIMERA INSTANCIA**

Del veinticinco de junio de dos mil diez:

- I.** Lo condenó como **AUTOR DEL DELITO CONTRA LA LIBERTAD, EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD** en agravio de la menor de quince años identificada con las iniciales J.G.R.C. imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad.

#### **FALLO EN SEGUNDA INSTANCIA**

Del trece de enero de dos mil once:

- I.** La sentencia de vista **CONFIRMÓ LA DE PRIMERA INSTANCIA** que lo condenó como **AUTOR DEL DELITO INDICADO CON LA SANCIÓN DE VEINTICINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, con lo demás que contiene.

#### **1.2 Hechos Relevantes**

**Hecho 1:** Elías Samuel García Briceño violó sexualmente a la menor de iniciales **J.G.R.C.** mediante violencia -por medio de la fuerza-, hecho que se consumó cuando la víctima tenía más de quince años de edad.

## **II. Cuestiones Jurídicas**

### **2.1. Problema Jurídico**

¿Cuándo el sujeto pasivo del delito de violación sexual cuenta con más de catorce años se constituye afectación a la indemnidad sexual o la libertad sexual según el Código Penal?

### **2.2. Identificación de Instituciones Jurídicas relacionadas con el Problema**

#### **1. Libertad sexual:**

Noguera (2016) sostiene:

La Libertad Sexual es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de auto determinarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria. (p. 39 y 42)

Para Castellano (2018) “la libertad sexual se ejerce, por tanto, de forma gradual y paralela a la madurez biológica, intelectual y volitiva de la persona” (p. 212).

La libertad sexual es el derecho que tienen las personas para decidir sobre su sexualidad, es decir: Utilizar su cuerpo como desee, seguir una u otra orientación sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, rechazar las propuestas no deseadas, respetando siempre la libertad sexual de la otra persona. (Junta de Andalucía, 2019, p. 6)

Como derecho, la libertad sexual se fundamenta en la dignidad y en la igualdad de las personas. Del mismo modo que es un derecho el cuidado de la salud, será, también, un derecho, como integrante de la misma, la atención a la sexualidad desde todos los puntos de vista (información, formación, educación, protección a la indemnidad y a la libertad sexual, a la intimidad sexual, etc.). (Castellano, 2018, p. 212)

## **2. Indemnidad Sexual**

Dudas Legislativas (2021) indica:

El término indemnidad sexual se utiliza principalmente a la hora de hablar de delitos sexuales que afectan a menores de edad. Junto con la libertad sexual, forman el bien jurídico protegido en los delitos de carácter sexual del código penal. (p.1)

Existe una antigua polémica acerca de cuál es el bien jurídico protegido, al negarse que los menores puedan ser titulares del derecho a la libertad sexual por su incapacidad para comprender el significado y trascendencia de estas conductas; con acierto se ha señalado que lo que se protege en estos casos es la llamada indemnidad o intangibilidad sexual de los menores, concepto que, en definitiva, puede ser concebido como el derecho a desarrollar libremente el sentido de la sexualidad. (Lamarca, 2016, p.57)

Afirma Sáenz (2018) que, “la indemnidad sexual es la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces” (p.120).

Según Castillo, Rodríguez y Valencia (2018), “conforme a lo precitado, nuestra norma impone un deber absoluto de abstinencia sexual con los menores de edad y que, implícitamente se entienden carnalmente inviolables, aunque presten su consentimiento” (p.21).

## **3. Violación sexual**

Según Humpiri y Nieto (2021) afirma que “La violación sexual es aquel acto en el cual una persona llega a tener contacto carnal con otra, el detalle aquí es que este se hace sin el consentimiento de la persona agredida” (p.4)

De acuerdo a Chero, Cortez y Pisfil (2020) nos dice que “el comportamiento típico del delito de violación consiste en realizar el acceso carnal con otra persona por medio de la fuerza física, o la intimidación o de ambos factores; dicho acceso puede ser por vía vaginal, anal o bucal.” (p.3)

La violencia requerida por el tipo penal de violación de la libertad sexual no necesita haber dejado huellas en el cuerpo de la víctima. No se requiere un maltrato corporal que se traduzca en lesiones concretas. Solo se requiere que la violencia sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento carnal, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima; esto es, importa la actividad o la actitud del agente, no la de la víctima. (La Ley, 2018, p.1)

Al respecto Donna (2013) considera que en el delito de violación sexual:

Para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente. (p.386)

### **III. Análisis Crítico**

#### **¿Cuándo el sujeto pasivo del delito de violación sexual cuenta con más de catorce años se constituye afectación a la indemnidad sexual o la libertad sexual según el Código Penal?**

Para empezar a desarrollar el análisis a la pregunta planteada, cabe inicialmente precisar porque surge la controversia. Se trata de la demanda interpuesta por la menor de iniciales J.G.R.C. (15) contra Elías Samuel García Briceño por el caso de Violación Sexual, en el que en primera y segunda instancia se les condena a veinticinco años de pena privativa de la libertad por afectación a la indemnidad sexual previsto en el artículo 173 del Código penal, sin embargo, la menor había pasado ya la edad de 14 años, por lo que surge el problema ya planteado.

Para un análisis oportuno a este problema, es importante dilucidar las instituciones jurídicas que estuvieron involucradas en la cuestión de la respectiva sentencia. Siendo estas identificadas en el punto anterior, tales como: la Libertad sexual, Indemnidad Sexual y Violación Sexual, y así poder determinar la postura de rechazo o de aceptación a la decisión tomada por el órgano jurisdiccional recaída en la sentencia y que ha quedado como antecedente para futuros casos similares en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debemos definir que es libertad, según Bobbio (1993), distingue entre: libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa), así tenemos que:

La libertad de querer o voluntad, es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, mientras la libertad de obrar, supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

Teniendo en cuenta que es libertad, se puede conceptualizar a la Libertad Sexual como el derecho de toda persona a decidir sobre su propio cuerpo sin verse involucrado en comportamientos o situaciones de naturaleza sexual en contra de su voluntad. Similar apreciación hallamos en el Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116 – I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria<sup>14</sup>, publicado el día 26 de julio de 2012, en el que delimitan lo que es libertad sexual:

La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la espera social en la que se desenvuelven los propios comportamientos sexuales. En una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria. Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años. (MJYDH, 2013, p.6)

Así, la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Así mismo, la Dirección de Servicios de Salud [DSS, 2020] nos indica que “abarca la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos, excluyendo toda forma de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de vida” (p. 01). Concordando con ello Llanto (2017) afirma que:

Es una realización y concentración de la libertad personal que expresa la capacidad y el poder de autodeterminarse de manera instintivo y sin opresión externa, abuso o falsedad

en el contexto de las conductas sexuales, por consiguiente, en el uso de esta libertad, es que todo individuo tiene el derecho de aceptar si desea o no tener relaciones sexuales con alguien de forma libre y voluntaria (p.30).

En consecuencia, el contenido de la asidua libertad sexual ha de estar conformado por dos posibilidades muy importantes el de elegir y ejercer la opción sexual que prefiera la persona en cada momento de su vida y por la que esta pueda ser de utilidad y servir al cuerpo. En consecuencia, se podrá escoger la persona que nos acompañe, con su total consentimiento, o rechazar sugerencias que no deseemos y la de evitar circunstanciales ataques que se puedan presentar (Iberley, 2021, p. 01).

Sin embargo, esta libertad sexual no se debe asimilar como libertinaje, sino más bien una elección a libre conciencia de la persona. Por consiguiente, la libertad sexual no solo debe enfocarse desde una noción o concepto netamente positivo. Tampoco debe entenderse como la capacidad que permita a los individuos a involucrarse en relaciones sexuales con todo el mundo, en otras palabras, debe asimilarse en un sentido negativo, por el cual ningún individuo puede obligarse u coaccionar a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su consentimiento y lo que necesite (Llanto, 2017, p. 56). Ya nos explica García (1999):

Cuando sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales, de ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la libertad, viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto; del contenido y alcance de dichas relaciones, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre. (p.42)

Sin duda alguna, la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos. Trujillo (2020) “La elección de la libertad sexual como objeto de tutela del derecho penal sexual se relaciona con una determinada percepción de lo que supone la dimensión sexual en la vida humana y de la misión que le corresponde jugar al derecho penal en este campo”.

La libertad sexual viene acotada por el límite de edad de consentimiento sexual. Esta edad de consentimiento sexual es la edad por debajo de la cual el consentimiento prestado para mantener relaciones sexuales no resulta válido a efectos legales, pudiendo generarse violencia o abuso por parte del que fuere mayor de edad en tales circunstancias, sin importar la existencia o no de cualquier tipo de violencia o abuso real, sancionándose como delito de violación (Rodríguez, 2016, p. 3)

Según Abrill (2019) se puede asumir “que la libertad es una condición que el ser humano necesita para desarrollarse de forma normal, y la libertad sexual es un ámbito fundamental para alcanzar este estado de desarrollo como tal” (p. 22).

En segundo lugar, se debe ahondar ahora en lo que es indemnidad sexual y que es lo que lo diferencia de la libertad sexual. Para ello debemos definir que es indemnidad y hasta que ámbitos puede llegar este.

De acuerdo con Aguilar (2017), “se entiende por indemnidad, todo acto que tiene por objeto mantener libre cualquier reclamación realizada por un tercero la cual genera un daño o perjuicio” (p.07). De igual manera, Álvarez (2017) afirma que:

La indemnidad es el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio, y ése es precisamente el sentido que debe darse a tal término en el ámbito jurídico, en el que significa exención de sanciones o represalias para quien ejerce un derecho o hace valer sus posiciones jurídicas. De acuerdo con dicha definición, podría decirse que existe una garantía de indemnidad en relación con la generalidad de los derechos fundamentales, ya que a todos ellos acompaña, como colofón, la prohibición cualquier perjuicio o menoscabo que se infiera como consecuencia del lícito ejercicio de aquéllos. (p. 36)

Podemos decir entonces que la indemnidad significa aquel ejercicio del derecho para hacer valer la posición sin tener sanciones o represalias. Por lo que se puede concluir entonces que la indemnidad sexual es la preservación del normal y libre crecimiento sexual del menor ante cualquier agresión, atentado, o la defensa de la honradez e integridad física y psíquica del menor ante cualquier acción que pueda perjudicar, dañar o damnificar el normal desarrollo sexual del menor.

Según Curiel (2020) nos dice que “la indemnidad tiene como objeto proteger el derecho de los menores o de las personas incapaces a no ser molestado en su terreno sexual” (p. 4).

La indemnidad o intangibilidad sexual, es lo que nosotros entendemos como el derecho que tiene toda persona que no ejerce la libertad sexual, de mantener a buen recaudo su reserva sexual, lo cual es concreción del mandato supremo consignado en el artículo segundo (primer inciso, ab initio) de la Carta constitucional de 1993. (Abanto, 2017)

Según el Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116 publicado el día 26 de julio de 2012 citado en Abrill (2019), el significado de indemnidad sexual es:

La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de actuar bajo su libre albedrío o autodeterminación que pueda arriesgar legalmente su conducta sexual, al respecto, los preceptos, la doctrina nacional y comparada, examina que la “indemnidad sexual” es el bien jurídico primordial de protección penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a las relaciones sexuales no consentidos en ultraje de menores de edad entre catorce y dieciocho años, sustenta que es inaplazable y necesaria que pueda tipificarse una modalidad agravada y acentuada del artículo 170° del Código Penal como la ya establecida con la promulgación de la Ley N° 28251 – que hace algunas modificaciones en el artículo 170°- advirtiendo que contiene un supuesto que atiende a una mayor pena del injusto, puesto que se debe dejar en claro que la afectación es más grave de lo que se puede pensar. (p. 29)

Por otro lado, Peña (2016), afirma que la Indemnidad Sexual representa el mantenimiento o sostenimiento indemne del desarrollo sexual del menor, manteniéndolo fuera de la interferencia de terceros que quieran hacerle daño. Es un bien jurídico protegido, puesto que por tratarse de víctimas menores (de 14 años de edad) o aquellos incapaces, cuyo desarrollo de su formación sexual se ha visto perjudicado mediante la realización de acciones que se han determinado como infracciones. (p. 457)

La indemnidad sexual se va a presentar como la salvaguarda de menores e incapacidad encaminada a evitar que ciertos individuos puedan influir o abusar de manera negativa en el

crecimiento y desarrollo de su futura sexualidad y personalidad a lo largo de su crecimiento físico y psicológico.

Se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapaces, por tanto, el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo, al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. La indemnidad sexual, se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como es el caso de los menores; asimismo de quienes, por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual. (Llanto, 2017, p. 84-85)

“Si se desea mantener a tales personas lejos de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, en estricto, no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual” (Ramos, 2017, p.55). Aquí podemos identificar parte de esta diferencia entre lo que sería libertad sexual y lo denominado indemnidad sexual que parte de la edad de la víctima y de la capacidad que tenga para identificar y consentir la situación en la que se encuentra.

Ya teniéndose definido que es libertad sexual, sus alcances, así mismo de la indemnidad sexual y quienes gozan de esta, se debe conceptualizar que es la violación sexual. En consecuencia, debemos definir que es la violación, pues bien, según Burgos (2018):

La violación es un acto de violencia que atenta contra el individuo afectando su YO, físico y mental, es una vivencia traumática para la víctima. En casi todos los países sus leyes consideran que se comete un acto de violación cuando se obliga a una persona a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento, recurriendo a la fuerza, amenazas, u otras artimañas... por violación se entiende el acto de forzar a tener relaciones sexuales con otra persona sin su consentimiento empleando violencia en la acción, o amenaza de usarla. (p.36)

En nuestro sistema jurídico muchos abogados, jueces, etc. consideran a la violación ya sea en todas sus apreciaciones como uno de los delitos que más afecta a la persona en sus derechos fundamentales, por lo que desde el ámbito de la violación sexual es uno de los delitos

más graves, sea por las personas que lo sufren, que pueden ser todas las personas sin diferencia de edad, género, etnia, creencia, etc., ya que después de sufrir tal abuso es muy difícil de recuperarse psicológicamente aunque en el “mejor de los casos no resulta imposible. Después de dar estas pequeñas nociones se debe definir la violación sexual.

"El abuso sexual es aquel comportamiento que atenta contra la libertad o indemnidad sexual en el cual no media violencia o intimidación y tampoco existe un consentimiento de la víctima" (Curiel, 2020, p.20). Otros autores como Bolaños, Mejía y Mejía (2016) contemplan a la violación sexual siendo:

Aquella acción sexual o tentativa de perpetrar relaciones sexuales, comentarios malintencionados o sugerencias de ámbito sexual no deseados, o las actuaciones para lanzar al mercado o utilizar, ya sea de distintos modos y de una manera agresiva sin consentimiento la sexualidad de una persona, sea este mediante la fuerza de una persona hacia a otra, teniendo o no relación con la víctima, perpetrado en cualquier contexto, esto puede incluir el lugar de trabajo, la escuela, el hogar. Esta coacción puede ser de distintas formas, en una amplia escala de uso de la fuerza. (p. 01)

Se conceptúa a la violación sexual como aquel contacto con índole sexual con cualquier individuo que este fuera de sí o que se niegue a dar su consentimiento de una manera libre y voluntaria, ya sea porque la agraviada haya sido atacada por un extraño, amigo, compañero de trabajo, miembro de su familia, o que algún delincuente la haya asaltado de manera violentamente o se le haya obligado por medio de amenazas o súplicas, o que lo que le pasó a ella se define legalmente como violación, asalto sexual, o sodomía con el consiguiente sufrimiento del dolor de haber sido violada. No hay un dolor de menos grado, o una clase de violación que sea más fácil de soportar. Ella merece que se le crea, que se valoren sus sentimientos y el saber que ella no tiene la culpa. (Burgos, 2018, 37)

Así mismo se debe dejar en claro que “la expresión violación comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración vaginal o anal y, en estricto mediante el uso de la violencia o amenaza, lo que excluye relevancia a la sanción de conductas como el acto bucal o la coacción para que la víctima realice un determinado comportamiento sexual” (Llanto, 2017, p. 57).

La violación sexual en todo el campo jurídico internacional también se encuentra regulado en cada uno de sus códigos siendo explicado por sus cortes, claro ejemplo de esto es que tenemos que en España en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo también da una definición bastante adecuada de la violación sexual:

La violación sexual se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento (sentencia).

El delito de violación puede presentarse de diversas maneras, como ya se ha mencionado anteriormente no tan solo es la penetración no consentida, sino también implica tocamientos, etc., por lo que es necesario dejar en claro ciertas características en cuanto a la violencia con la que esta se podía presentar, ya nos detalla de esto Alarcón (2017), la violación sexual se presenta en dos supuestos:

- La violencia, esta es el uso intencional del poder físico que torna sobre el cuerpo de otra persona, la víctima, obligándolo a mantener un acto sexual sin su voluntad o consentimiento. Esta violencia para que pueda ser tipificada debe condicionar, coercer o minimizar la voluntad de la víctima para consentir las relaciones sexuales u otros similares.
- La violencia tendrá que ser de manera directa o indirecta de acuerdo a la cercanía entre esto y la ejecución de la acción sexual. La violencia tendrá que conducirse sobre la persona agraviada a modo de poder físico, uso de la fuerza que lo obligue a realizar estas acciones. En consecuencia, que el agraviado o agraviada debe oponer resistencia y que el denunciado haya ido en contra de ello.
- La severa amenaza, va a constituir en las amenazas de palabras o de realización de un posible daño ilegal, posible, inmediato y que solo va a inspirar ansiedad, temor, depresión o miedo. La amenaza no requiere ser absoluta ni irresistible, es suficiente que sea idónea y doblegue la voluntad de la víctima. Debe tratarse de una coacción externa y sumamente grave. Se requiere que la amenaza inminente, seria y desprovista de indicios de broma o burla. (p.2)

Esta violación sexual puede ser tanto en niños, adolescentes, adultos e incluso puede ocurrir a personas de avanzada edad, por lo que es necesario para este trabajo definir que es la violación sexual en menores.

El delito de violación sexual en personas que no llegan a una edad de concientización sobre ciertos actos se identifica como una violación presunta, se dice violación presunta puesto que no se puede admitir alguna prueba que demuestre o pruebe que el menor vulnerado haya dado su libre consentimiento para acceder a tener relaciones sexuales, por lo que la ley presume que este “consentimiento” no existe, ya que al ser menor de edad estos no tienen pleno conocimiento de ciertos actos como para aceptar o negarse. Ante ello no se acepta prueba que pueda de una manera u otra intentar dar a entender que el denunciado no haya actuado de mala fe o con consentimiento. (Bayona, 2020, p.46)

El delito de violación sexual, es aquel efectuado de manera intencional por el atacante, esta se va a configurar en dolo directo o indirecto, cuando la persona tiene pleno entendimiento que la persona a la que va a agredir es menor o inferior a él, y sin embargo, con total libertad en sus acciones, lo obliga a tener relaciones sexuales, presentados esta por diversas maneras, sea por la vagina, ano, boca introduciendo diferentes objetos, o tocando algunas partes para su propia satisfacción y placer. En cambio, para un dolo eventual el agente tiene la posibilidad o el indicio de que él o la posible víctima sea menor de 14 años. Ante lo cual no dubita o se abstiene, sino por el contrario continua con el acto sexual, sin importarle la edad de la o el agraviado. (Salinas, 2016, p. 213).

Para finalizar la violación sexual en nuestro Código Penal se encuentra regulado en el artículo 170° que nos dice lo siguiente:

El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos.
2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar su confianza en él.
3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o conviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad.
4. Si es cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.
5. Si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral con la víctima, o si esta le presta servicios como trabajador del hogar.
7. Si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, o cualquier funcionario o servidor público, valiéndose del ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.
8. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
9. Si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.
10. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.
11. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es adulto mayor o sufre de discapacidad, física o sensorial, y el agente se aprovecha de dicha condición.

12. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.
13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia.

Así mismo encontramos en el Código Penal un artículo especializado en la violación sexual de menor de edad, siendo este: El artículo Artículo 173:

#### Violación sexual de menor 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.

#### **Postura**

Considerando lo expuesto, podríamos decir que nos encontramos a favor de lo ya determinado por la Corte Suprema de Justicia de variar la condena del encausado, puesto que como se ha podido dilucidar en los párrafos anteriores tanto la libertad sexual como la indemnidad sexual son dos figuras jurídicas distintas, por lo que su tratamiento va variar de acuerdo a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Se debe dejar en claro que esta fuera de cuestión aquí la culpabilidad y responsabilidad penal del demandado por haber violado a la menor J.G.R.C. (15) conforme se ha podido colegir por las pruebas presentadas, tales como el certificado médico legal, informe psicológico, etc, habiéndose encuadrado dicha conducta en las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia.

Cabe precisar entonces que en el delito de agresión sexual el bien jurídico tutelado, lo que se debió establecer desde un inicio fue la vulneración a la libertad sexual más no la indemnidad sexual, puesto que la menor en el momento del ataque ya contaba con los 15 años de edad, es decir ya había pasado los 14 años por lo que de acuerdo con la misma norma ya no entraba a tallar en artículo 173° del Código Penal, sino más bien en el artículo 170° del mencionado código.

En una explicación más detallada en la Casación N° 579-2013:

En los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual, cuando él sujeto pasivo no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, siendo así nuestro ordenamiento jurídico bajo el criterio de interpretación sistemático- protege a las personas menores de catorce años e incapaces, en ese caso, el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de jure* de la ausencia del consentimiento válido. Mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana.

Así mismo, conforme se desarrolló en los Acuerdos Plenarios N° 04 -2018/CJ-116 y 01-2012/CJ-116, se tiene que en el presente caso, se trata de una violación sexual contra la adolescente que a la fecha del cometido suceso criminal, ya había cumplido los quince años de edad tal como se presenta en la sentencia ya emitida; por consiguiente, cuando se le remite a la Sala Penal Superior de Apelaciones, esta se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116, respecto al tema de reconducción del delito de abuso sexual no consentido de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad, previsto en el artículo 170, inciso onceavo, del Código Penal, a lo establecido en el artículo 173 del citado texto penal.

Por lo que queda claro que la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en que la víctima cuenta con una edad superior a los catorce años, mientras que la protección penal de la indemnidad sexual se da en víctimas menores de catorces años, por esta razón, en el presente caso, el bien jurídico tutelado de la víctima agraviada será el de la libertad sexual pues esta es mayor de catorce años, exponiéndose de esa manera un “conflicto” aparente de normas y un distanciamiento de lo ya establecido por la doctrina jurisprudencial peruana.

Estando habilitado en la Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 139, inciso 11: “*La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales*”, resulta necesario reconducir y establecer la tipificación de la conducta imputada al denunciado-que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de su víctima-, prevista en el inciso onceavo, del artículo 170° del Código Penal.

#### IV. Referencias Bibliográficas

- Abrill, G. (2019). *Análisis del Bien Jurídico Libertad Sexual e Indemnidad Sexual del Código Penal Peruano*. [Tesis Presentada por el Bachiller GEOVANNY ALONSO ABRILL ARANIBAR, para optar el Grado Académico de Maestro en Ciencias: Derecho, con Mención en DERECHO PENAL]. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.
- Acuerdo Plenario N° 04-2018/CJ-116 [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/7F48A5D68EB24B73052581C900669413/\\$FILE/ABUSO\\_SEXUAL\\_14\\_A.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/7F48A5D68EB24B73052581C900669413/$FILE/ABUSO_SEXUAL_14_A.pdf)
- Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116-I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria14, publicado el día 26 de julio de 2012. <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/8485/DEMabarga.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aguilar, N. (2017). *¿Qué es la cláusula de indemnidad? ¿esta cláusula tiene incidencia en el seguro de responsabilidad civil extracontractual*. Colombia Compra Eficiente. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-la-clausula-de-indemnidad-estaclausula-tiene-incidencia-en-el-seguro-de>
- Alarcón, L. (2017). *Delitos contra la Libertad Sexual*. Centro de Altos Estudios Jurídicos y Sociales. <https://www.monografias.com/trabajos37/delitos-sexuales/delitos-sexuales.shtml>
- Álvarez, D. (30 de enero del 20117). *Configuración constitucional de la garantía de indemnidad*. Vlex. <https://vlex.es/vid/configuracion-constitucional-indemnidad-396367186> .
- Bayona Asencio, K.V. (2020) *Calidad de Sentencia de Primera y Segunda Instancia sobre Delito de Violación Sexual de menor de Edad, Expediente N° 00644-2017-86-0201-Jr-Pe-01 del Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial de la Corte Superior de*

*Justicia De Ancash* – 2020. [Tesis para optar el Título Profesional de Abogada]. Universidad Católica los Ángeles de Chimbote.

- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Madrid.
- Bolaños, J., Mejía, A. y Mejía, U. (03 de Julio del 2016). *Delitos contra la libertad sexual*. [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1728-59172015000300007](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172015000300007)
- Burgos del Carpio, R. (2018) *Problemas Psicológicos en Relación a las Víctimas del delito de Violación Sexual de menores de 17 años de edad en el Distrito Judicial de Puno 2017-2018*. [Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho]. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez Escuela de Posgrado Doctorado en Derecho.
- Castellano, M. (2018). *La libertad sexual desde la perspectiva médico-legal*. España: ANALES RANM.
- Castillo, P., Rodríguez, C. y Valencia, A. (2018). *La Eficacia de las disposiciones penales en el control del delito de violación contra la libertad sexual de menor de edad en el Distrito Judicial de Ucayali, 2012-2016* [Tesis para optar el Título Profesional De Abogado, Universidad Nacional De Ucayali]. <http://repositorio.unu.edu.pe/bitstream/handle/UNU/4041/000003616TDERECHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Código Penal. [CP]. Abril 2019. (Lima).
- Corte Suprema de Justicia de La República. Sala de Casación N ° 579-2013. Lima, diecisiete de junio de dos mil quince. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j\\_20180508\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20180508_03.pdf)
- Curiel, C. (2020) *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales: Abusos y Agresiones Sexuales*. [Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado]. Universidad de Alcalá.
- Chero Medina, F., Cortez Rodrigo, K.L. y Pisfil Casas, S.E.A. (2020). Criterios para la adecuada interpretación del entorno coercitivo en el delito de violación sexual. *Revista de Investigación y Cultura Universidad César Vallejo*, 3. <http://181.224.246.204/index.php/UCV-HACER/article/view/2571/2099>
- Dirección de Servicio de Salud [DSS]. (2020) *Declaración de los Derechos Sexuales*. Ministerio de Salud

[https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores\\_en\\_salud/derechos%20humanos/sexualidad/decladerecsexu.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/sexualidad/decladerecsexu.pdf)

- Donna, E. (2013). Derecho Penal, Parte Especial I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Dudas Legislativas. (25 de enero del 2020). *¿Qué es la indemnidad sexual?* <https://dudaslegislativas.com/que-es-la-indemnidad-sexual/>
- García, M. (1999). *¿Los Delitos Contra la Libertad Sexual como Delitos de Acción Pública?* Lima: Actualidad Jurídica
- Humpiri, S. y Nieto, W. (16 de abril del 2021). *El delito de violación sexual de menor desde una perspectiva psicológica.* <file:///C:/Users/lisse/Downloads/893-3106-1-PB.pdf>
- Iberley. (10 de junio del 2021). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.*
- Junta de Andalucía. (2019). Derecho a la Libertad Sexual en lectura fácil. España: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.
- La ley. (26 de noviembre de 2018). *Violación sexual: ¿en qué consiste la violencia y cómo se prueba el delito?* <https://laley.pe/art/6633/violacion-sexual-en-que-consiste-la-violencia-y-como-se-prueba-el-delito>
- Lamarca, C. (2016). La protección de la libertad sexual en el nuevo código penal. Perú: Ed. Futura.
- Llanto Casas, L. (2017) *La Libertad Sexual como bien Jurídico de los Adolescentes de 14 y menores de 18 Años y la Modificación del Delito de Violación Sexual (Tipo Base)*. [Tesis para optar el grado académico de maestro en ciencias penales]. Universidad Peruana los Andes Escuela de Posgrado Maestría en Derecho y Ciencias Políticas.
- Noguera, I. (2016). Violación de la libertad e indemnidad sexual. Lima-Perú: Ed. Grijley.
- Peña, A. (2016). *Derecho Penal: Parte Especial*. Lima: Editorial Moreno S.A
- Rodríguez, D. (2016). *Delitos contra las libertades sexuales.* <https://www.estudiocriminal.eu/wp-content/uploads/2017/02/Delitos-contra-las-libertades-sexuales.pdf>
- Sáenz, A. (04 de diciembre del 2018). La Imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Perú. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/viewFile/1443/1213>

- Salinas, Ramiro. (2016). *Derecho Penal, parte Especial*. Lima: Editorial Iustitia, 5ta. ED.
- Trujillo, C. (14 de enero del 2021). *Libertad Sexual*. LAWi Plataforma Digital de Economía, Derecho y otras Ciencias Sociales y Humanas. [https://leyderecho.org/libertad-sexual/#Libertad Sexual](https://leyderecho.org/libertad-sexual/#Libertad_Sexual)