



## IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 8, julio-diciembre, 2023, 17-49

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i8.839

### **PROBLEMÁTICA DE LA CADENA PERPETUA COMO RESPUESTA PUNITIVA AL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES**

**THE PROBLEM OF LIFE IMPRISONMENT AS A PUNITIVE  
RESPONSE TO THE CRIME OF RAPE OF MINORS**

**O PROBLEMA DA PRISÃO PERPÉTUA COMO RESPOSTA  
PUNITIVA AO CRIME DE ESTUPRO INFANTIL**

ROLANDO BUSTILLOS CUBA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [rolandobustillos@unmsm.edu.pe](mailto:rolandobustillos@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-3385-9666>

### **RESUMEN**

El autor analiza el problema de la aplicación de la pena de cadena perpetua en el delito de violación sexual de menores, prevista en el artículo 173 del Código Penal peruano. Considera que si bien la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional peruano han reafirmado su constitucionalidad, frente a situaciones excepcionales que se presentan en cada caso en particular (causales de disminución de punibilidad, bonificaciones procesales y circunstancias personales tanto de la víctima como del agresor), la ley penal no ha previsto la posibilidad de reducción de la pena a límites inferiores al mínimo legal, lo cual en muchos casos ha dado lugar a que

el operador jurídico de instancias inferiores, a pesar de dichos supuestos, imponga penas desproporcionadas, alejadas del principio de culpabilidad. Ello tuvo que ser corregido por la Corte Suprema, y se manifestó un contexto de inseguridad jurídica que desnaturaliza los fines del derecho penal como medio de control social, que no puede admitir irracionalidad o arbitrariedad al definir las penas. Frente a esto, se propone modificar dicha ley penal para que permita la reducción selectiva de la penalidad a límites inferiores al mínimo legal ante situaciones excepcionales, de manera que el juzgador tenga un margen de flexibilidad e imponga una pena temporal en su justa medida.

**Palabras clave:** respuesta punitiva; violación sexual de menores; cadena perpetua; causales de disminución de punibilidad; principio de culpabilidad; proporcionalidad; seguridad jurídica.

**Términos de indización:** sanción penal; abuso sexual; niño (Fuente: Tesaurus Unesco).

### ABSTRACT

The author analyzes the problem of the application of life imprisonment in the crime of rape of minors, provided for in Article 173 of the Peruvian Criminal Code. He considers that although the Peruvian Supreme Court and Constitutional Court have reaffirmed its constitutionality, in the face of exceptional situations that arise in each particular case (grounds for reduction of punishability, procedural bonuses and personal circumstances of both the victim and the aggressor), the criminal law has not provided for the possibility of reducing the penalty to limits below the legal minimum, which in many cases has led to the legal operator of lower instances, despite such assumptions, to impose disproportionate penalties, far from the principle of guilt. This had to be corrected by the Supreme Court, and a context of legal insecurity was manifested that denaturalizes the purposes of criminal law as a means of social control, which cannot admit irrationality or arbitrariness in defining penalties. In view of this, it is proposed to modify said criminal law to allow the selective reduction of the

penalty to limits lower than the legal minimum in exceptional situations, so that the judge has a margin of flexibility and imposes a temporary penalty in its just measure.

**Key words:** punitive response; rape of minors; life imprisonment; grounds for reduction of punishability; principle of culpability; proportionality; legal certainty.

**Indexing terms:** penal sanctions sexual; abuse; children (Source: Unesco Thesaurus).

## RESUMO

O autor analisa o problema da aplicação da pena de prisão perpétua no crime de estupro de menores, previsto no artigo 173 do Código Penal peruano. Considera que, embora a Suprema Corte e o Tribunal Constitucional peruanos tenham reafirmado sua constitucionalidade, diante de situações excepcionais que surgem em cada caso particular (motivos de redução da punibilidade, bônus processuais e circunstâncias pessoais tanto da vítima quanto do agressor), a legislação penal não previu a possibilidade de redução da pena a limites inferiores ao mínimo legal, o que, em muitos casos, levou o operador jurídico das instâncias inferiores, a despeito dessas premissas, a impor penas desproporcionais, distantes do princípio da culpabilidade. Isso teve de ser corrigido pela Suprema Corte, e foi revelado um contexto de insegurança jurídica que distorceu os propósitos do direito penal como meio de controle social, que não pode admitir irracionalidade ou arbitrariedade na definição das penas. Em vista disso, propõe-se a alteração dessa lei penal para permitir a redução seletiva da pena abaixo do mínimo legal em situações excepcionais, de modo que o juiz tenha uma margem de flexibilidade e imponha uma pena temporária na medida certa.

**Palavras-chave:** resposta punitiva; estupro de menores; prisão perpétua; motivos para reduzir a punibilidade; princípio da culpabilidade; proporcionalidade; segurança jurídica.

**Termos de indexação:** sanções penais; abuso sexual; crianças (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 23/8/2023

**Revisado:** 24/10/2023

**Aceptado:** 3/11/2023

**Publicado en línea:** 30/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es unánime, tanto en la doctrina como en la legislación, que el objeto de protección penal en los delitos de violación sexual es la libertad sexual, desprovista de referentes moralizadores; sin embargo, la realidad demuestra que el ataque también es contra víctimas que carecen de esa libertad, o aún si pudieran consentir el acto sexual, es legalmente irrelevante, pues el consentimiento de los menores de catorce años no tiene efectos jurídicos, ya que no están en la posibilidad de comprender la naturaleza del acto sexual que admiten. Por ello, en estos supuestos el bien jurídico tutelado no es la libertad sexual, sino la indemnidad o intangibilidad sexual.

Surge así, como lo refiere Hugo (2022):

la necesidad de un control punitivo, que, sobre la base de considerar las tratativas sexuales, incluso las permitidas por los menores, asegure la salvaguarda de la intangibilidad sexual de los mismos, surgiendo de esta manera el concepto de violación presunta, caso en el cual, por el escaso desarrollo psicofísico que presentan los menores de corta edad, se presume la vulneración de su indemnidad sexual. (p. 82)

Efectivamente, el alto nivel de incidencia y dañosidad social del delito de violación sexual en agravio de menores, sancionado por el artículo 173 del Código sustantivo, refleja un problema de seguridad y salud pública, el cual dio lugar a la agravación de la pena conminada, cadena perpetua. Esta se encuentra legitimada constitucionalmente; sin embargo, el operador

jurídico tiene un problema al momento de su aplicación, mediante la determinación judicial al dictar la sentencia, cuando se presentan situaciones excepcionales en un caso en concreto: causales de disminución de punibilidad, bonificaciones procesales, circunstancias personales tanto de la víctima como del agresor, que en algunos casos entran en conflicto con otros principios constitucionales, pues el tipo penal establece como pena absoluta la cadena perpetua. Es decir, no existe norma legal que permita actuar al operador jurídico frente a supuestos que lo faculten expresamente para aplicar la respuesta punitiva por debajo del mínimo legal e imponer una pena temporal. Ello, en muchos casos, conforme se demuestra claramente en la jurisprudencia, ha generado que en instancias inferiores se impongan penas desproporcionadas, donde el operador jurídico hizo prevalecer la penalidad estricta de la ley penal, cadena perpetua, que tuvo que ser corregida por la Corte Suprema.

En tal sentido, el duro cuestionamiento a dicha respuesta punitiva, no solo por su gravedad e intensidad, sino, además, por el vacío legal anotado, frente a situaciones excepcionales, nos lleva a plantear como objetivo principal de la presente investigación determinar si se justifica en nuestro sistema penal una conminación punitiva tan marcadamente sobre-criminalizadora como es la cadena perpetua como pena absoluta para el delito de violación sexual de menores; y, como objetivos específicos: (i) determinar si la aplicación de la pena de cadena perpetua para el delito de violación sexual de menores podría eventualmente vulnerar el principio de proporcionalidad; (ii) señalar si, al momento de la determinación de la pena, son relevantes las causales de disminución de punibilidad legales o supralegales u otras circunstancias personales tanto de la víctima como del agresor; y (iii) establecer si en nuestra normatividad procesal, en caso de violación sexual de menores, existen reglas que permiten la aplicación de la pena a límites inferiores al mínimo legal.

## 2. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La realidad nacional demuestra con suma preocupación la grave incidencia del delito de violación sexual de menores. Así, los registros del

Instituto Nacional Penitenciario (INPE) indican que es el segundo delito de mayor incidencia después del robo agravado. En efecto, en el año 2017, los internos por violación sexual de menores fueron 8107, que representan el 9.2% de la población penal; luego a febrero de 2022 se incrementa a 10 167 (11.6%) (INPE, 2022, p. 26). Sin embargo, este dato estadístico es referencial, porque solo representa a aquellos delincuentes identificados y recluidos, mas no la totalidad de casos, donde los delincuentes no fueron identificados o están prófugos, pues en estos delitos es usual que no se denuncie o no se hace oportunamente. Esta cifra es muy alta y se denomina cifra negra o desconocida.

Asimismo, según las cifras estadísticas del Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar a través del Programa Aurora, que forma parte del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), de enero a septiembre de 2023 se atendieron 22 959 casos de violencia sexual en los CEM (Centros Emergencia Mujer) a nivel nacional. De ellos, el 71.0%, que equivale a 16 296 casos, son en agravio de niñas, niños y adolescentes menores de diecisiete años (MIMP, 2023, p. 1).

Según el Informe de las Naciones Unidas de abril de 2022, se tiene que en el Perú diariamente 16 niñas y adolescentes mujeres sufren de abuso sexual. Asimismo, entre el 2020 y el 2021, se incrementaron los casos de maternidad adolescente entre menores de quince años, de 1158 a 1438 (Naciones Unidas, 2022, párr. 2).

Estos datos muestran una preocupante y clara manifestación de la violencia de género, que exige de parte del Estado acciones contundentes frente al abuso sexual que sufren los menores de edad a fin de poder revertir la tendencia al alza reflejada en los últimos años; no obstante, esa respuesta punitiva deberá realizarse dentro de los límites que ofrece el derecho penal a través de los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica.

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La penalidad original del delito previsto en el artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley n.º 30838, de 4 de agosto de 2018, respondía a una determinación etaria; sin embargo, actualmente rige la cadena perpetua como pena absoluta. Este incremento de la penalidad en el tiempo, como señala la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, se sustenta en la grave alarma social y su alta incidencia, que constituye un verdadero problema de seguridad pública y genera una mayor sensibilidad social respecto de la vulnerabilidad de las niñas y los niños perjudicados por sus efectos perniciosos en las víctimas. Es por ello que surgió en los poderes del Estado la necesidad de dar una respuesta punitiva intensa, conforme al artículo 4 de la Constitución Política (Recurso de Nulidad n.º 761-2018/Apurímac, p. 4).

Al ser así, el Estado debe garantizar a las niñas y los niños una adecuada protección, mediante el acceso a la justicia y la respuesta punitiva conforme a la Constitución y al derecho internacional de los derechos humanos; sin embargo, el delito materia de estudio prevé una pena absoluta y no regula un margen de reducción frente situaciones excepcionales. En tal sentido, ante este vacío normativo, la determinación de la pena no puede dejarse abandonada a la libertad del juez, sino, atentos al principio de legalidad y seguridad jurídica, debe girar conforme a las pautas fijadas en la ley, que finalmente se sustenten en los principios de culpabilidad y proporcionalidad y se orienten a los fines retributivos y preventivos de la pena. No obstante, el Código Penal actual no brinda soluciones precisas frente a esta problemática, que requiere ser abordada y establecer alternativas de solución.

### 4. EL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO MODERNO Y EL EXPANSIONISMO PENAL

#### 4.1. Concepto de derecho penal

Si tenemos en consideración una conceptualización genérica del derecho penal, veremos que este se encuentra integrado por todo un conjunto

de normas que definen aquellas conductas consideradas prohibidas, catalogadas como delitos y que merecen una pena o medida de seguridad. Conforme sostiene García-Pablos de Molina (2009):

el derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante las leyes penales castiga con penas y otras consecuencias afines las conductas desviadas más nocivas para la convivencia, procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo. (p. 11)

Es decir, podemos concebir, como señala Roxin (1997), que

el derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen en el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el derecho penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. (p. 41)

De esta manera, el derecho penal se caracteriza por la subordinación al Estado mediante la norma punitiva, de allí que forma parte del derecho público. En este sentido, corresponde al derecho penal regular las conductas más nocivas que afectan derechos fundamentales, cuya reacción se materializa con las penas o medidas de seguridad.

#### **4.2. La intervención del derecho penal como *ultima ratio***

De acuerdo con la teoría punitiva moderna, a fin de que el sistema punitivo pueda legitimarse en el contexto social, con sus notorias y graves consecuencias, para el logro de la composición social es imprescindible que se presente como absolutamente necesario; ya que, de lo contrario, la pena solo significaría la lesión inútil de los derechos fundamentales. En tal sentido, si su intervención es inoperante e inútil ante la comisión de delitos, la aplicación del derecho penal no tendría justificación.

En efecto, conforme sostuvo Zugaldía (1993):

en una sociedad democrática el derecho penal se legitima en tanto previene la realización de hechos delictivos, es decir, el recurso al derecho penal y a la pena será ilegítimo cuando se demuestre que es inútil o innecesario para alcanzar el fin que se le asigna. Por ello surge la necesidad de orientar la intervención punitiva del Estado hacia un derecho penal mínimo. (p. 240)

De allí que no hay duda de que el derecho penal debe ser la *ultima ratio* a la cual recurre el Estado con el objeto de proteger los bienes jurídicos que la sociedad reconoce frente a los ataques más graves que puedan sufrir. En tal sentido, la intervención del derecho penal, a través de la pena, se sustenta en el principio de necesidad, el cual, conforme se ha desarrollado, está relacionado con el concepto de utilidad, que significa que el derecho penal será útil siempre que se oriente a la prevención de los delitos.

## **5. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE CADENA PERPETUA EN EL SISTEMA PENAL**

El Código Penal de 1924 reguló varios tipos de sanciones, entre ellas las privativas de libertad, que presentaban cuatro modalidades: prisión, relegación, penitenciaría e internamiento, además de las penas de expatriación, inhabilitación y multa. Este rigió hasta 1991 en que se promulga nuestro vigente Código Penal.

Desde su implementación, la pena de cadena perpetua fue duramente cuestionada al considerarla ilegítima. En efecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 010-2002-AI/TC Lima, afirma que tal pena lesiona el principio constitucional de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad, previsto en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución. Asimismo, sostuvo que es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad, pues estos constituyen

un límite para el legislador penal e impiden que el ser humano pueda ser tratado como cosa o instrumento, independientemente del fin que se pretenda alcanzar, ya que este, incluido el delincuente, debe considerarse como un fin en sí mismo. Es decir, «la cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano y que el Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla» (Expediente n.º 010-2002-AI/TC Lima, fundamento 188).

Sin embargo, consideró que la inconstitucionalidad de la pena *in comento* se salva si se prevén mecanismos temporales de excarcelación, mediante los beneficios penitenciarios u otra medida que evite la intemporalidad de dicha pena, por lo que exhortó a que en un plazo razonable el legislador dicte una ley que obligue a los jueces a revisar las condenas. Seguidamente, se emitió el Decreto Legislativo n.º 921, publicado el 18 de enero de 2003, que estableció la obligación de revisar la pena de cadena perpetua una vez cumplidos los treinta y cinco años de privación de libertad. Cabe precisar que, en mérito al artículo 4 del mismo decreto legislativo, se incorporó un capítulo en el Código de Ejecución Penal, denominado «Revisión de la pena de cadena perpetua», que tiene por finalidad regular el procedimiento de dicha revisión, cuya constitucionalidad fue confirmada por el Tribunal Constitucional en los expedientes n.ºs 003-2005-PI/TC, 0965-2004-HC/TC, 04044-2011-PHC/TC y 01715-2011-PHC/TC, y se estableció que dicha pena es constitucionalmente válida y no colisiona con los derechos de libertad, dignidad humana y fin resocializador de la pena.

Asimismo, la legitimidad y la constitucionalidad de la pena de cadena perpetua, de forma más específica para el delito de violación sexual de menores, fue reafirmada en la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, al sostener que dicha pena conminada no resulta inconstitucional y debe ser impuesta por los jueces penales, desde el principio de proporcionalidad. El fundamento para ello es que la sociedad percibe y rechaza la violación sexual de menores de edad por considerarla una lacra lacerante, lo cual justifica la constante agravación de la pena legalmente conminada, pues a través de ella se trata de prevenir los daños que estos

delitos generan a la niñez por su especial estado de vulnerabilidad. Dicho delito genera una significativa afectación en todos los niveles: psíquico, social y cultural, que lesionan su normal desarrollo sexual, de manera que la conminación punitiva no vulnera el principio de proporcionalidad (Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, ff. jj. 17-19).

Sin embargo, esta confirmación sobre la constitucionalidad de dicha pena atemporal conminada en la ley penal no significa que su aplicación, a través de la determinación judicial en el caso en concreto, responda únicamente a los fines vinculados a la protección de la norma, sino, además, a otros que persigue legítimamente. Serán las particularidades de cada caso las que orienten hacia una correcta individualización de la pena. En ese sentido, corresponderá analizar la presencia legal de circunstancias extraordinarias, en cuyo caso, conforme lo demuestra la jurisprudencia, se optará por una pena temporal.

## **6. PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LA CADENA PERPETUA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES**

### **6.1. La protección de la indemnidad sexual como bien jurídico**

Los menores de catorce años no son titulares de la posibilidad de decisión sexual, inclusive será irrelevante si fácticamente pueden consentir o eventualmente participar en tratativas sexuales, por lo que el sistema penal no protege la libertad sexual, sino su indemnidad o intangibilidad, de manera que sus condiciones físicas y psíquicas estén libres de injerencias externas que imposibiliten un normal desarrollo de su personalidad.

En tal sentido, conforme afirma Salinas (2008): «al Estado le interesa 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» (p. 625). Es decir, no cabe duda de que la protección de menores tiene por objeto evitar las influencias negativas en el desarrollo de su personalidad, a fin de asegurar el ejercicio de su libertad sexual cuando sean adultos (Muñoz, 1999, p. 197).

Conforme se aprecia, la indemnidad sexual, como bien jurídico protegido, consolida la idea de asegurar a los menores un normal desarrollo de su personalidad para que a futuro se determinen libremente en su sexualidad. Y es que como se señala en el Acuerdo Plenario n.º 01-2012/CJ-116:

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 ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual. (f. j. 12)

## 6.2. Justificación de la respuesta punitiva sobrecriminalizada

Las cifras mostradas en las líneas iniciales del presente artículo exigen de parte del Estado acciones contundentes, es decir, existe el deber del Estado de ejercer un control penal sobre las tratativas sexuales, incluso sobre aquellas permitidas por los menores, en este caso se presume la transgresión a la indemnidad sexual. Se trata de un deber ineludible de protección del Estado a favor de personas muy vulnerables, integrada por los menores, pues en virtud del artículo 4 de la Constitución Política: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono».

Esta respuesta punitiva se justifica en tanto que, conforme sostiene Hugo (2022), se trata de una violencia de género que constituye un problema de seguridad y salud pública, que por su gravedad impacta severamente en la salud física y psicológica de la víctima (p. 98). En efecto, especialistas como Echeburúa y Corral (2006) afirman, en ese sentido, que las consecuencias a corto plazo en la víctima son devastadoras para el funcionamiento psicológico, más cuando el agresor es un miembro de su familia; asimismo, a largo plazo son más inciertas y podrían generar alteraciones emocionales o de comportamientos sexuales inadaptados en la vida adulta. Por ello, señalan que un 25 % de los niños abusados sexualmente se convierten en abusadores en la adultez (p. 81).

Debido a ese gran impacto y sensibilidad social que genera el delito de violación sexual de menores en agravio de un menor de catorce años, es que mediante la Ley n.º 30838, del 4 de agosto de 2018, se implanta la cadena perpetua como pena absoluta, sin ninguna distinción etaria. Así pues, constatamos el objetivo general planteado en este trabajo de investigación respecto a que la constante frecuencia de violaciones sexuales de menores en nuestro país genera una arraigada condición de alarma social y se constituye en un verdadero problema de seguridad pública, que obliga al Estado a contrarrestar sus efectos mediante su control punitivo. Ello ha determinado una evolución marcadamente intensa y sobrecriminalizadora en la conminación punitiva para este delito, y se ha implementado la cadena perpetua como pena absoluta, que halla su legitimación constitucional en la necesidad de una mayor defensa de los menores de los efectos perniciosos que acarrea la vulneración de su indemnidad sexual, como bien jurídico tutelado.

### **6.3. Proporcionalidad de la cadena perpetua como pena conminada**

No podemos negar que la pena de cadena perpetua implementada para el delito de violación sexual de menor, previsto en el artículo 173 del Código Penal, mediante la Ley n.º 30838, pretende concretizar el fin preventivo general negativo de la pena, pues conforme a su propio título se observa que su fin es «fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». Es por ello que corresponde analizar si dicha respuesta punitiva sobrecriminalizada es conforme al principio de proporcionalidad.

Este principio tiene dos ámbitos de aplicación. En primer lugar, en el momento de la criminalización primaria, en la elección de las conductas que se criminalizarán, de acuerdo con la política criminal expresada en la Constitución; y, en segundo lugar, en sentido estricto, opera en la criminalización secundaria, en el momento de la individualización de la pena por el juzgador.

En cuanto a su primera manifestación, en la doctrina nacional, Peña Cabrera (1994) sostiene que la pena de cadena perpetua implica la privación tanto de la vida como de la libertad; es eliminativa, no en sentido físico, pero excluye al sentenciado por siempre de la coexistencia humana (p. 70). Bajo esta definición, pareciera que dicha pena es contraria al principio de dignidad humana y a su fin resocializador y por ende inconstitucional; sin embargo, su legitimidad y su constitucionalidad fueron reafirmadas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, según se ha anotado precedentemente. En tal sentido, queda establecido que dicha pena, como pena conminada en la ley, es conforme a la Constitución.

Por otro lado, en cuanto al segundo ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad, referido a la aplicación de la pena a través de su individualización, debe atenderse a situaciones excepcionales presentadas en cada caso, en virtud de las cuales es posible la imposición de una pena temporal. Para ello, se debe recurrir al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual «la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho». Conforme lo precisa Meini (2013), la pena no solo debe responder a la gravedad del injusto cometido, es decir, a la responsabilidad por el propio hecho, sino, sobre todo, a las necesidades sociales que expresa al momento de su imposición y su ejecución; y al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida (p. 157).

En tal sentido, de conformidad con lo propuesto por la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, es necesario ponderar la proporcionalidad de una específica reacción penal desde tres perspectivas: idoneidad, necesidad, y su estricta proporcionalidad, pues:

la norma debe guardar equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la pena; no lo será, desde luego, cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa. (f. j. 16)

En efecto, la pena, que legítimamente parte de fuentes del legislador democrático, depende a su vez de diversos factores, como la gravedad del comportamiento, la importancia del bien jurídico que se protegerá y los fines disuasivos que se persigan. De modo que no se puede negar la incidencia nociva y dañina de la violación sexual de menores, que determina a su vez un repudio y rechazo masivo de la comunidad. En consecuencia, la vulneración que se produce al normal desarrollo de la sexualidad de las víctimas menores de edad y a sus niveles psíquicos, sociales y culturales legitima una pena tan extrema como la cadena perpetua, sin que con ello se vulnere el principio de proporcionalidad.

Así, logramos constatar nuestro primer objetivo secundario, en el sentido de que la pena debe corresponder a la gravedad del injusto y a las expectativas sociales de protección. Se puede aceptar, si ambos criterios entran en conflicto, la prevalencia de las necesidades sociales de la pena; ello en función del mayor daño que se puede ocasionar a los valores de convivencia social, en razón a la transgresión de la norma de conducta infringida. Como sucede en el caso de la violación sexual de menor, que por su rechazo masivo ha determinado una constante progresividad en la gravedad de la pena legalmente conminada, y se ha establecido la pena de cadena perpetua, que se justifica y adquiere legitimación constitucional, en tanto no se vulnera el principio de proporcionalidad; aunque debe precisarse que existen situaciones excepcionales, como son las bonificaciones procesales y circunstancias personales tanto de la víctima como del agresor, que bajo los fundamentos del principio de proporcionalidad se deberían tomar en cuenta para una reducción selectiva de la penalidad al momento de su individualización.

#### **6.4. Las causales de disminución de punibilidad supralegal: el interés superior del niño**

Es válido traer a la discusión los casos específicos en los que la propia aceptación de la víctima sea atendible a los efectos de la imputación penal y el merecimiento de pena. Al respecto, la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018, del 18 de diciembre de 2018, desde el punto de vista del derecho

internacional convencional, refiere a una causal de disminución de la punibilidad suprallegal. Se señaló:

El interés superior del niño, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Si imputado y agraviada forman ya una unidad familiar estable y tienen hijos menores de edad, y el primero cumple efectivamente con sus obligaciones de padre, se tiene que la culpabilidad por el hecho disminuye sensiblemente, y debe operar, siempre, disminuyéndose la pena por debajo del mínimo legal. (f. j. 24)

La Corte Suprema abordó esta problemática a partir de casos reales. Así se tiene que la Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad n.º 761-2018/Apurímac, expone:

4. El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege [...] se erige, por consiguiente, en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En efecto, en la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho, por consiguiente, se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, a tono con pautas del Código Penal en este tipo de instituciones de una disminución siempre discrecional y razonable de la penalidad conminada para el delito, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor. (f. j. cuarto)

Conforme se aprecia, la jurisprudencia aborda el tema desde la perspectiva de la dogmática penal, como una causal de disminución de la punibilidad, necesariamente postdelictiva, precisamente porque en el

caso en concreto surge la necesidad de proteger otros valores, como la relación familiar positiva, forjada entre imputado y víctima; y hace prever el probable efecto lesivo, que podría generar la imposición de una pena efectiva, sobre sus hijos menores de edad, quienes dependen del imputado y son acogidos y cuidados por él. La Corte Suprema en este caso impone una pena de cuatro años, suspendida en su ejecución.

Asimismo, existen casos donde por la proximidad a la edad de decisión sexual (catorce años) medió una relación sentimental, y posteriormente conformaron una unidad familiar, ello permitió una reducción de la penalidad. Así se tiene que en el Recurso de Nulidad n.º 2977-2014-Pasco, del 15 de noviembre de 2016, se tuvo como hechos probados que el imputado indujo a una menor de trece años de edad a mantener relaciones sexuales, con el pretexto de que eran enamorados. Al momento de determinar la pena concreta se valoraron esencialmente:

Las condiciones del sujeto activo, su cultura y costumbres [...] el acusado refirió dedicarse a la ganadería y agricultura, actividades que desempeña en compañía de la menor agraviada [...] los familiares [...] no se oponen a la relación existente entre ambas partes y que luego de que esta se formalizara, el propio denunciante [bisabuelo] estuvo de acuerdo con el hecho de que ambas partes se casen, lo cual si bien no alcanza para determinarse en la figura del error de prohibición [...] sí debe tomarse en cuenta, a fin de aminorar el ámbito punitivo por la real afectación del bien jurídico tutelado y los actos posteriores tendientes a reparar el daño. (f. j. octavo)

Se presenta la figura de la confesión sincera, porque desde el inicio de la investigación y hasta el final de la misma, el acusado no solo aceptó los cargos, sino que por ello propició una resolución más rápida y eficaz de la administración de justicia, lo cual justifica una reducción significativa [...] también [...] al descuento por conclusión anticipada. (Fundamento noveno)

Después de observar las partidas de nacimiento [...] de los hijos que el procesado procreó con la agraviada y con quienes convive en vida familiar, se desprende la necesidad de analizar los efectos de la sanción a imponer también sobre la base del interés superior del niño, debido a que el imponer una pena con carácter de efectiva no solo afectaría la libertad del acusado, sino [...] también las posibilidades de subsistencia de la menor agraviada y de sus hijos, al ser el encausado el soporte económico de la familia constituida. (f. j. décimo)

En atención a estos fundamentos, se confirmó lo impuesto por la Sala Penal Superior: cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por tres años; para dicho efecto se tomaron en cuenta los criterios de bonificación procesal y el principio del interés superior del niño, que, por último, influyeron fuertemente en la reducción de la pena.

Ahora bien, antes de la modificación legislativa del artículo 173 del Código Penal, mediante la Ley n.º 30838, se dictó la Casación n.º 335-2015 del Santa, en la cual se propuso que cuanto mayor sea el acercamiento de la víctima a la edad de catorce años, mayor será la atenuación de la pena, sobre todo en aquellos casos en que medie el consentimiento de ella y la separación etaria con el agente no sea muy pronunciada, como en el caso de los sujetos que se encuentran con responsabilidad restringida (dieciocho a veintiún años). Si esta separación etaria es mayor, el juez tendrá que evaluar si no han mediado en la relación ámbitos de coacción, intimidación, temor reverencial, etc., para decidirse por la atenuante.

No obstante, la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, en concordancia con la Ley n.º 30838, que instituye la pena de cadena perpetua para el caso de violación sexual de menores, niega estos fundamentos y deja sin efecto el carácter de vinculante de la citada casación, considerando que

Sin embargo, la inclusión de estos «factores» y la mención a un «control de proporcionalidad de la atenuación» no son de recibo. Primero, porque la ley —el artículo 46 del Código Penal— estipuló las circunstancias a las que irremediamente el juez debe acudir

para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado Código. Segundo, porque, igualmente, la ley —en un sentido amplio— es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) —sin fundamento jurídico expreso—, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el Ordenamiento. (f. j. 26)

Conforme se aprecia, coincidimos con la Corte Suprema en el sentido que aborda el tema desde la perspectiva *de lege data*; es decir, desde un criterio de legalidad, pues es la ley la que fija las causales de disminución de punibilidad o reglas para la bonificación procesal, que para el delito analizado no otorgan un margen de discrecionalidad. Por ello, nuestro cuestionamiento es *de lege ferenda*, ya que, justamente, invocando el principio de necesidad de la pena, allí donde esta no resulte justa, será innecesaria. Asimismo, de conformidad también con el principio de proporcionalidad, debería el legislador proporcionarnos una norma que resuelva el conflicto, pues la propia sentencia casatoria establece que la pena de cadena perpetua es de naturaleza atemporal e indeterminada, y por ende debe ser aplicada en sus justos términos, pero también cabe la posibilidad, frente a situaciones excepcionales, de que se imponga una pena privativa de libertad temporal, como es la presencia de las llamadas causales de disminución de punibilidad o de reglas de reducción por bonificación procesal.

De este modo, se constata nuestro segundo objetivo secundario, puesto que al momento de la determinación de la pena son relevantes las causales de disminución de punibilidad legales o supralegales u otras circunstancias personales tanto de la víctima como del agresor, sobre la base de los principios que animan la finalidad del derecho penal y el principio de proporcionalidad.

## 6.5. La responsabilidad restringida como factor de atenuación

La responsabilidad restringida está íntimamente relacionada con la imputabilidad, entendida como la capacidad de atribuir a una persona la realización de una conducta, ya sea comisiva u omisiva. Por ello, si interpretamos, en sentido contrario, el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal, será imputable quien tenga la suficiente capacidad de comprensión del carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. Por tanto, «la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva» (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal). Vista así, la imputación penal se asienta necesariamente en la responsabilidad penal o capacidad de culpabilidad.

Al respecto, en la misma línea, Muñoz (1999) define como imputabilidad «al conjunto de facultades psíquicas y físicas mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico» (p. 184). En este orden de ideas, la capacidad de culpabilidad —imputabilidad— es el requisito fundamental de la atribuibilidad, puesto que el autor penalmente lo es solo en la medida en que pueda responder como tal. Conforme lo precisa Villa Stein (2014):

la capacidad de comprender o de entender que tiene un sujeto presupone suficientes facultades psíquicas y físicas como para aquilatar, medir o conocer lo que ocurre en su entorno con prescindencia de los actos propios o con ocasión de ellos, pero además de esta facultad cognitiva, que le permite al sujeto una aproximación fenomenológica de los hechos, la capacidad de entender se compone de cualidades valorativas elementales por virtud de las cuales el sujeto se percata del valor social de sus actos. (p. 457)

Ahora bien, el artículo 22 del Código Penal regula la responsabilidad restringida por la edad, facultando la reducción prudencial de la pena, cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción; sin embargo,

el segundo párrafo del mismo artículo prohíbe su aplicación para el delito de violación de la libertad sexual. Esta prohibición colisiona con el artículo 1 de la Constitución, cuando señala que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, asimismo con los principios preventivos y resocializadores de la pena a que se refiere el artículo 139 de la misma ley de leyes. En tal sentido, un derecho penal que se precie de democrático y humanista como el nuestro, necesariamente debe ofrecer respuestas punitivas diferenciales en supuestos y situaciones diferentes que resulten atendibles o justificadas. Por ello, es válida la aplicación de la responsabilidad restringida a aquellos sujetos menores de edad que aún no han culminado plenamente su desarrollo genésico, que no han madurado lo suficiente para poder comprender debidamente el carácter antijurídico de su accionar. Lo contrario significaría estigmatizarlos o traumatizarlos de forma innecesaria con severas e inútiles represiones, pues conforme sostienen Hurtado y Prado (2011), la aplicación de una larga pena privativa de libertad para un joven mayor de dieciocho y menor de veintiún años genera efectos demasiado negativos, por lo que recomiendan al juzgador buscar en cada caso concreto la vía interpretativa que le permita descender bajo el *minimum* legal (p. 619).

Se parte aquí del principio de proporcionalidad en estricto, conforme al cual la pena no puede superar la medida de la culpabilidad (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal). Así, una imputabilidad notoriamente disminuida, en el sentido del principio de culpabilidad, debería comportar como efecto una pena también disminuida. En el Acuerdo Plenario n.º 4-2016/CIJ-116, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 17 de octubre de 2017, se establece que la responsabilidad penal restringida contenida en el artículo 22 del Código Penal:

se erige en una eximente imperfecta radicada en la categoría culpabilidad. El primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad —condición previa e indispensable de la culpabilidad—. Esta tiene dos ámbitos:

a) el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años; y, b) el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico.

Por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no solo fijó en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad [...], sino que, además, como un concepto específico, estableció que [...] corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual —según línea jurisprudencial uniforme— siempre opera del mínimo legal hacia abajo. (f. j. 9)

Conforme se aprecia, el fundamento de la responsabilidad restringida por la edad estriba en que la persona entre dieciocho y veintiún años de edad no alcanza aún la madurez con capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez aún no ha terminado; asimismo, en el caso de los mayores de sesenta y cinco años, la edad avanzada manifiesta una fase de la vida en decadencia, que se caracteriza por la disminución de las facultades vitales y degeneración, lo cual justifica que su capacidad de culpabilidad sea limitada y por ello se considera como una causa eximente imperfecta. Por esta razón, las restricciones introducidas en el artículo 22 del Código Penal, así se trate de delitos de suma gravedad, trastocan la esencia del instituto penal, y son constitucionalmente inadmisibles desde el principio de igualdad ante la ley, pues conforme se sostiene en el Acuerdo Plenario n.º 4-2016/CIJ-116, dicha norma incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente, ya que el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa de la entidad del delito cometido (gravedad del injusto penal), sino en la evolución vital del ser humano (f. j. 15).

Así, en la Casación n.º 72-2021 Áncash, del 14 de junio de 2022, al verificar factores que determinan la proporcionalidad y la racionalidad de la pena, se reformó la pena privativa de libertad de veinte años e impusieron siete años. Para ello se consideró que «entre la agraviada de cerca de trece años (doce años y diez meses) y el imputado de dieciocho

años con siete meses existía una relación sentimental, [...] lo cual además era de conocimiento de los padres de ella» (fundamento de derecho 6.15).

Es decir, se fundamentó en la concurrencia de la causal de disminución de la punibilidad, la responsabilidad restringida, que justifica que se fije una pena por debajo del mínimo legal; asimismo, concurrieron criterios preventivos que redujeron la necesidad o el merecimiento de pena, en función del nivel sociocultural, puesto que el sentenciado pocos meses antes había cumplido la mayoría de edad y no tenía antecedentes penales. Ello lo ubica en un margen de antijuridicidad atenuado; así, la Corte Suprema señala «que, de haber seguido la convivencia, el hecho se habría justificado plenamente, como ha ocurrido en otros casos similares, donde hubo inclusive prole y se formó una familia» (fundamento de derecho 6.19).

## 6.6. Aplicación de la pena por debajo del mínimo legal

La determinación de la pena permite al operador jurisdiccional, mediante un mecanismo técnico y valorativo, identificar y medir la respuesta punitiva estatal, desde la perspectiva de la aplicación tanto cualitativa como cuantitativa de la penalidad. De acuerdo con Prado (2010):

con la expresión determinación judicial de la pena, se alude a toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub judice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso. (p. 130)

Es decir, una vez establecida la responsabilidad penal del acusado, el siguiente paso viene a ser la identificación de la pena justa. Dicho de otro modo, es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas

legalmente (Jescheck, 1981, p. 131). O como se sostiene en la Casación n.º 814-2017-Junín, de fecha 8 de septiembre de 2020: «La determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales, tanto en sus aspectos cualitativo, cuantitativo y ejecutivo» (sumilla).

Sin embargo, conforme se precisa en la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, dicho procedimiento no puede abandonarse

al libre arbitrio judicial, pues el juez debe respetar las pautas legales establecidas en nuestro ordenamiento —que a final de cuentas apunta a concordar la decisión sancionadora con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y los fines retributivos y preventivos de la pena—. (f. j. 20)

Ahora bien, el actual sistema otorga menos margen de discrecionalidad, al establecer en el artículo 173 del Código Penal la pena atemporal absoluta; sin embargo, es posible que se imponga una pena temporal, siempre que advierta dichos factores de atenuación, pero vinculada necesariamente al control del deber de la motivación de las sentencias conforme al principio contenido en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución.

El problema se presenta cuando los operadores penales se enfrentan a la decisión de determinar la pena en los supuestos de violación sexual, que se encuentra conminada con pena de cadena perpetua y la ley no establece cómo proceder en aquellos supuestos en los cuales sea justificado aplicar la respuesta punitiva por debajo del mínimo legal. Ello precisamente porque en la determinación normativa del artículo 29 del Código Penal no se precisa el extremo mínimo de privación de libertad y en su representación típica tampoco se señala tal posibilidad (artículo 173 del Código Penal). Lo que extraña ciertamente es que una respuesta punitiva de tanta drasticidad no involucre la posibilidad de la observancia de circunstancias extraordinarias, que podría dar un margen de discrecionalidad en la imposición de la cadena perpetua en el caso específico, y se reservaría su imposición a las conductas más atroces.

Al respecto, de acuerdo con la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, la cadena perpetua, como pena fundamental, debería ser aplicada en su justa medida y en sus justos términos; no obstante, siempre es posible atender a circunstancias excepcionales, como cuando por ejemplo medie una relación de pareja, en cuyo supuesto debería buscarse una opción individualizadora caso por caso, cuando concurre una causa de «disminución de punibilidad» o es aplicable algún tipo de «reducción de la pena por bonificación procesal» (p. ej. confesión sincera); y, en igual sentido, cuando se presente algún tipo de circunstancias especiales de relevancia con respecto a criterios preventivos, que puedan tener el efecto de reducir notoriamente la necesidad de la pena. Situaciones extraordinarias, como el grado de desarrollo psicológico particular del agente, los condicionantes sociales que pueda haber sufrido, acreditados con las correspondientes pericias, de tal manera que permitan razonablemente reducir la incidencia y la necesidad del merecimiento de pena (f. j. 29).

Conforme se aprecia, no se ha descartado de forma absoluta la posibilidad de disminución de la penalidad cuando concurren situaciones extraordinarias allí señaladas, lo que ya se ha visto reflejado en la jurisprudencia. Así se tiene que en la Casación n.º 814-2017-Junín, de fecha 8 de septiembre de 2020, se sostuvo que «la cadena perpetua debe ser aplicada en justos términos, pero, excepcionalmente, cuando concurren causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal, debe imponerse una pena privativa de libertad temporal de treinta y cinco años» (sumilla).

Asimismo, la Corte Suprema, en cuanto a la reducción de la pena por confesión sincera y conclusión anticipada del proceso, en la consulta recaída en el Expediente n.º 11173-2020 Cajamarca, del 2 de junio de 2021, ha establecido:

Los artículos 161 y 372 inciso 2 del Código Procesal Penal, en el extremo que prohíben la reducción de la pena por confesión sincera y conclusión anticipada del proceso, no pueden ser entendidos o interpretados en el sentido de que van acorde a lo preceptuado en

la Constitución Política del Perú, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamado «Pacto de San José», ya que obstaculizan el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, propiamente a que se reduzca la pena del sentenciado de manera proporcional. (Considerando 8.2)

De esta manera, se reafirma la línea jurisprudencial de la Corte Suprema en cuanto a la posibilidad de disminución de la penalidad cuando concurren situaciones extraordinarias; sin embargo, el legislador no ha provisto una norma precisa que regule la forma y las condiciones en que ha de procederse en cuanto se decida la aplicación de la respuesta punitiva en caso de violación sexual de menores, por debajo del mínimo legal. Justamente como recomendación a nuestra investigación propondremos una modificación legislativa al respecto.

En tal sentido, y por lo fundamentado, se constata nuestro tercer objetivo secundario, respecto a que dentro del marco humanitario y garantista que caracteriza a nuestra legislación penal se establecen diversas normas. Estas normas, basadas en consideraciones legales, personales, gravedad del hecho, corresponsabilidad social y bonificaciones procesales, determinan a modo premial la posibilidad de la disminución de la intensidad de respuesta punitiva a límites inferiores al mínimo legal, que podrían ser de aplicación en el caso de violación sexual de menores, pero que normativamente no se encuentran precisadas como se debe.

## **7. BENEFICIOS Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

El presente artículo revela un campo teórico de suma importancia por su incidencia social, ya que implica una situación de vacío legal que podría afectar derechos fundamentales. Por ello, nuestra investigación tiene como fundamento principal la reorientación y la consolidación del conocimiento doctrinario de la evolución y la realidad actual del tratamiento de la penalidad del delito de violación de menores. Esto se realizará

desde la óptica constitucional, que se basa en los más modernos principios penales orientados a la protección de la seguridad de las personas, cuyo beneficio es reconducir la labor docente, legislativa y la interpretación judicial y doctrinaria. Esta, por la importancia del tema tratado, requiere de mayor profundidad y un necesario debate jurídico que permita mejorar la legislación y su aplicación práctica, obteniendo como resultado la correcta imposición de la pena en cada caso en concreto.

En este sentido, de conformidad con los fundamentos de nuestra investigación, a efectos de precisar la aplicación de la pena de cadena perpetua por debajo del mínimo legal en caso de violación sexual de menores, proponemos las siguientes modificaciones legislativas:

**1. Texto actual del artículo 29 del Código Penal (duración de la pena privativa de libertad)**

«La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años».

**Propuesta de modificación del artículo 29 del Código Penal**

«A los efectos de la reducción de la cadena perpetua a límites inferiores al mínimo legal, se impondrá una pena privativa de libertad temporal».

**2. Texto actual del artículo 173 del Código Penal (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.

**Propuesta de modificación del artículo 173 del Código Penal**

«Excepcionalmente, cuando concurren causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal, se impondrá una pena privativa de libertad temporal».

## 8. CONCLUSIONES

1. El delito de violación sexual de menores genera una fuerte alarma social, que constituye un problema de seguridad pública y requiere del Estado una respuesta punitiva contundente. Por ello en el artículo 173 del Código Penal, modificado mediante la Ley n.º 30838, se ha implementado la cadena perpetua, que halla su legitimación constitucional en la necesidad de una mayor defensa de los menores de los efectos perniciosos que acarrea la vulneración de su indemnidad sexual. Este fue reafirmado tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Constitucional, que establecieron que no colisiona con los derechos de libertad, dignidad humana y fin resocializador de la pena.
2. La determinación judicial de la pena depende de diversos factores, como la gravedad del comportamiento, la importancia del bien jurídico a proteger y los fines disuasivos que se persiga. En tal virtud, no se puede negar la incidencia nociva y dañina de la violación sexual de menores al normal desarrollo de la sexualidad de las víctimas y a sus niveles psíquicos, sociales y culturales. En tal sentido, se legitima una pena tan extrema como la cadena perpetua, sin que con ello se vulnere el principio de proporcionalidad.
3. La proximidad de la víctima a cumplir los catorce años, edad considerada para el reconocimiento de su libertad sexual, sobre todo en los casos de actos sexuales en los cuales medien relaciones sentimentales y/o actos exentos de violencia en los que se pueda acreditar pericialmente la presencia de una madurez temprana en el menor, sí debería ser considerada como un factor atenuante de la penalidad sobre la base de los principios que animan la finalidad del derecho penal y el principio de proporcionalidad.
4. El Código Penal peruano no aporta normas claras y precisas para la determinación justa de la pena en casos de violación sexual de menores, cuando concurren situaciones extraordinarias, causas de disminución de punibilidad, bonificación procesal por conclusión anticipada o confesión sincera, circunstancias especiales de relevancia con respecto a criterios preventivos que puedan reducir notoriamente la necesidad

de la pena, en los cuales sea justificado aplicar la respuesta punitiva por debajo del mínimo legal.

5. La jurisprudencia ha establecido que la cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos; pero, excepcionalmente, cuando se presenten las causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal, se impondrá una pena privativa de la libertad temporal. Sin embargo, el legislador no ha provisto una norma precisa que regule la forma y las condiciones como ha de procederse en cuanto se decida por la aplicación de la respuesta punitiva, en caso de violación sexual de menores, por debajo del mínimo legal.

## REFERENCIAS

- Echeburúa, E. y Corral P. de (2006, enero-abril). Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia. *Cuadernos de Medicina Forense*, 12(43-44), 75-82. <https://scielo.isciii.es/pdf/cmfn/n43-44/06.pdf>
- García-Pablos de Molina, A. (2009). *Derecho penal parte general: fundamentos*. Jurista Editores.
- Hugo, S. (2022). *Lecciones de derecho penal: derecho penal general I*. Pro Derecho Perú Investigaciones Jurídicas.
- Hurtado, J. y Prado, V. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general* (t. I). IDEMSA.
- Instituto Nacional Penitenciario (INPE) (2022). *Informe estadístico enero 2022*. [https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe\\_estadistico\\_enero\\_2022.pdf](https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_enero_2022.pdf)
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de derecho penal: parte general* (t. I.). Bosch Casa Editorial.
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) (2023). *Formas de la violencia (enero-octubre) 2023*. Portal Estadístico Programa Nacional Aurora. <https://portalestadistico.aurora.gob.pe/formas-de-la-violencia-2023/>

- Muñoz, F. (1999). *Teoría general del delito*. Temis. [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06\\_mu%C3%91oz\\_conde\\_t\\_del\\_delito.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06_mu%C3%91oz_conde_t_del_delito.pdf)
- Naciones Unidas (2022, 21 de abril). *Ante los casos de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes* [Comunicado de prensa]. <https://peru.un.org/es/178888-ante-los-casos-de-abuso-sexual-contra-ninas-ninos-y-adolescentes>
- Peña Cabrera, R. (1994). *Tratado de derecho penal: parte especial I* (2.<sup>a</sup> ed.). Ediciones Jurídicas.
- Prado, V. (2010). *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. IDEMSA.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general: T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Salinas, R. (2008). *Derecho penal: parte especial*. Grijley.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Ara Editores.
- Zugaldía, J. (1993). *Fundamentos de derecho penal (parte general): las teorías de la pena y de la ley penal*. Tirant lo Blanch.

### **Fuentes normativas y jurisprudenciales**

- Acuerdo Plenario n.º 01-2012/CJ-116 (2012). Corte Suprema de Justicia de la República (26 de marzo de 2012). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/60131c004320fac3bebcbee6f9d33819/Acuerdo%2BPlenario%2B01-2012%2BCJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=60131c004320fac3bebcbee6f9d33819>
- Acuerdo Plenario n.º 4-2016/CIJ-116 (2017). Corte Suprema de Justicia de la República (12 de junio de 2017). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Acuerdo-Plenario-4-2016-CIJ-116-LP.pdf>
- Casación n.º 335-2015 del Santa (2016). Corte Suprema de Justicia de la República (1 de junio de 2016). [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Casaci%C3%B3n-335-2015-Del-Santa-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Casaci%C3%B3n-335-2015-Del-Santa-Legis.pe_.pdf)

- Casación n.º 814-2017-Junín (2020). Corte Suprema de Justicia de la República (8 de septiembre de 2020). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Casacion-814-2017-Junin-LP.pdf>
- Casación n.º 72-2021 Áncash (2022). Corte Suprema de Justicia de la República (14 de junio de 2022). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/07/Casacion-72-2021-Ancash-LPDerecho.pdf>
- Consulta n.º 11173-2020 Cajamarca (2021). Corte Suprema de Justicia de la República (2 de junio de 2021). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Consulta-11173-2020-Cajamarca-LP.pdf>
- Decreto Legislativo n.º 921 (2003). *Diario Oficial El Peruano* (18 de enero de 2003). <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/boletin-18-01.htm#:~:text=En%20efecto%2C%20el%20Decreto%20Legislativo,para%20los%20delitos%20de%20terrorismo>
- Expediente n.º 010-2002-AI/TC Lima (2003). Tribunal Constitucional (3 de enero de 2003). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2002-AI.html#:~:text=El%20Tribunal%20Constitucional%20comparte%20el,%C2%B0%2025475>
- Expediente n.º 0965-2004-HC/TC (2004). Tribunal Constitucional (11 de octubre de 2004). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/10/Expediente-00965-2004-HC-LPDerecho.pdf>
- Expediente n.º 003-2005-PI/TC Lima (2006). Tribunal Constitucional (9 de agosto de 2006). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Exp-003-2005-PI-TC-LPDerecho.pdf>
- Expediente n.º 01715-2011-PHC/TC Lima (2011). Tribunal Constitucional (6 de julio de 2011). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01715-2011-HC.html>
- Expediente n.º 04044-2011-PHC/TC Arequipa (2011). Tribunal Constitucional (21 de octubre de 2011). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04044-2011-HC.html>
- Ley n.º 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2018). *Diario Oficial El Peruano*

(4 de agosto de 2018). <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-el-codigo-penal-y-el-codigo-de-ejecucion-pe-ley-n-30838-1677448-1>

Recurso de Nulidad n.º 2977-2014-Pasco (2016). Corte Suprema de Justicia de la República (15 de noviembre de 2016). [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/R.N.-2977-2014-Pasco-Legis.pe\\_.pdf?fbclid=IwAR15vM90nhqNCgYmQP\\_g0gnsn2CZt1kInb59qr0YC58Z2FqYyZIRJ09Ayg0](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/R.N.-2977-2014-Pasco-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR15vM90nhqNCgYmQP_g0gnsn2CZt1kInb59qr0YC58Z2FqYyZIRJ09Ayg0)

Recurso de Nulidad n.º 761-2018/Apurímac (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de mayo de 2018). <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-761-2018-Apurimac.pdf>

Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433 (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de diciembre de 2018). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da98f0049835a78a112f59026c349a4/Sentencia-Plenaria-001--2018-CIJ-433.pdf?MOD=AJPERES&CAID=2da98f0049835a78a112f59026c349a4>

### **Financiamiento**

Autofinanciado. Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de tesis doctoral para optar el grado de doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

### **Conflicto de intereses**

El autor declara no tener conflicto de intereses.

### **Contribución de autoría**

La contribución del autor en el artículo completo consistió en: (i) recojo y adquisición, análisis e interpretación de datos para el trabajo; concepción y diseño del trabajo; (ii) redacción del trabajo y su revisión crítica al contenido intelectual importante; (iii) aprobación final de la versión que se publicará.

### **Agradecimientos**

A Dios, por guiar mi vida y hacer posible el artículo.

### **Biografía del autor**

Rolando Bustillos Cuba, peruano, abogado, graduado y titulado en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (UNHEVAL), magíster en Ciencias Penales en la misma casa de estudios. En el 2022 egresó del Programa de Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Juez titular del Juzgado de Investigación Preparatoria de Ambo de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. Ex fiscal provincial penal del Distrito Fiscal de Junín (2017). Ex defensor público en la Dirección Distrital de Defensa Pública de Pasco y Junín (2012-2016). Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes (UPLA), desde el 1 de mayo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2018. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco (UDH) durante los años 2019 y 2020.

### **Correspondencia**

rolando.bustillos@unmsm.edu.pe

rbustillosc@pj.gob.pe