

# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

## Escuela de Posgrado



La imputabilidad restringida en los procesos de  
Terminación Anticipada ¿Es posible su aplicación al  
amparo de la Ley n.º 30838?

Tesis para obtener el grado académico de  
Maestra en Derecho Procesal que presenta:

*Maria Luisa Genoveva Conga Palomino*

Asesor:

*Vladimir Katherniak Padilla Alegre*

Lima, 2024

## INFORME DE SIMILITUD


Yo, Vladimir Katherniak Padilla Alegre, docente de la Escuela de Posgrado de la P ntificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada La imputabilidad restringida en los procesos de terminación anticipada  Es posible su aplicación al amparo de la Ley Nro. 30838?, de la autora Maria Luisa Genoveva Conga Palomino

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 27/08/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis no advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 27 de agosto de 2024

Apellidos y nombres del asesor: PADILLA ALEGRE, Vladimir Katherniak	
DNI: 07750538	
ORCID: 0000-0002-5864-9705	



## **DEDICATORIA**

Primero a Dios, por ser mi fuente de fe, de mis ideales; a mis padres que me enseñaron que el esfuerzo es cosecha de satisfacciones, por su amor y apoyo incondicional, que día a día me dan y por ser mi motor de superación, a mi hermana por su coraje y carácter de crecer cada día más.

Además en memoria de mis abuelitos que fueron el mejor ejemplo de paciencia y perseverancia en mi niñez y juventud.

Por último a mi fuente de inspiración Fiona, Danna, Piwi, Morgan, Dukesa, Rocky, Tayson y demás, que siempre me robaron sonrisas y me dieron valentía para aportar un granito de ideas para una sociedad distinta, sin desigualdades.



### **AGRADECIMIENTO**

A mi familia que me motivaban cada día para poder lograr y no desistir.

A mi asesor de tesis que contribuyó demasiado para la construcción y mejora de la tesis quien me aportó su conocimiento, sobretodo por su paciencia y tiempo.

## RESUMEN

La presente investigación tuvo como **objetivo general** analizar si era posible admitir los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la Terminación Anticipada, de allí que, la **pregunta general** de investigación fue: ¿Es posible admitir los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación en el proceso de Terminación Anticipada?, Por esa razón, nuestra investigación sigue un **enfoque cualitativo**, adoptando la perspectiva epistemológica del iuspositivismo y un paradigma teórico propositivo. Dada su naturaleza, emplearemos la técnica de análisis documental, procesando la información a través de la argumentación jurídica y utilizando herramientas de recolección de datos, como fichas textuales y resúmenes, para extraer la información pertinente de cada texto. El **resultado** fue que: dentro de un ordenamiento jurídico se debe buscar garantizar la coherencia y constitucionalidad al aplicarse una Ley, como es el caso del artículo 5 de la Ley N° 30838 y/o el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, asimismo, evitar tratos desiguales que puedan vulnerar los derechos fundamentales y la prevalencia de los principios constitucionales, por consiguiente, no se puede admitir un trato desigual dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho. La **conclusión** más relevante fue que: el análisis exhaustivo de la normatividad legal y la jurisprudencia relacionada con la exclusión de beneficios procesales para los delitos contra la libertad sexual, tanto en el artículo 22 del Código Penal peruano como en el artículo 5 de la Ley N.º 30838, revela la existencia de tratos desiguales e inconstitucionales. Finalmente, la **recomendación** que corresponde es: derogar el artículo 5 de la Ley N.º30838 y modificar el artículo 471 del Código Procesal Penal.

**Palabras claves:** Principio de igualdad ante la ley, responsabilidad restringida, terminación anticipada.

## ABSTRACT

The general objective of this investigation was to analyze whether it was possible to admit the foundations of the non-application of the second paragraph of article 22 of the Penal Code in article 5 of Law No. 30838 on the prohibition of the application of Early Termination, of There, the general research question was: Is it possible to admit the grounds for the non-application of the second paragraph of article 22 of the Penal Code in article 5 of Law No. 30838 on the prohibition of application in the process of Early Termination? For this reason, our research follows a qualitative approach, adopting the epistemological perspective of legal positivism and a propositional theoretical paradigm. Given its nature, we will use the documentary analysis technique, processing the information through legal argumentation and using data collection tools, such as textual files and summaries, to extract pertinent information from each text. The result was that: within a legal system, one must seek to guarantee coherence and constitutionality when applying a Law, as is the case of article 5 of Law No. 30838 and/or the second paragraph of article 22 of the Penal Code, likewise, avoid unequal treatment that may violate fundamental rights and the prevalence of constitutional principles; consequently, unequal treatment cannot be accepted within a Social and Democratic State governed by the rule of law. The most relevant conclusion was that: the exhaustive analysis of the legal regulations and jurisprudence related to the exclusion of procedural benefits for crimes against sexual freedom, both in article 22 of the Peruvian Penal Code and in article 5 of Law N ° 30838, reveals the existence of unequal and unconstitutional treatment. Finally, the corresponding recommendation is: repeal article 5 of Law No. 30838 and modify article 471 of the Criminal Procedure Code

**Keywords:** Principle of equality before the law, restricted liability, early termination.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>INFORME DE SIMILITUD</b> .....	<b>ii</b>
<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>iv</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>v</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>vi</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>

### PRIMERA PARTE: MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

#### CAPÍTULO I

#### LOS FUNDAMENTOS DE LA INAPLICACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTICULO 22° DEL CÓDIGO PENAL

1.1. Nociones básicas de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.....	4
1.1.1. Tratamiento normativo. ....	5
1.1.2. Consideraciones básicas del autor. ....	6
1.2. Definición y concepto desde la dogmática penal. ....	7
1.3. La inimputabilidad restringida por razón de la edad como atenuación.....	8
1.4. La inaplicación de la responsabilidad restringida en casos de violación sexual.....	9
1.4.1. Postura legalista del Código Penal. ....	10
1.4.1.1. Nociones desde el populismo punitivo.....	11
1.4.1.2. Sesgo cognitivo en la aplicación del autor del delito de violación sexual. ....	11
1.4.1.3. Interpretación sistemática del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal. ....	14
1.5. Control constitucional y convencional del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. ....	17

1.5.1. Fundamentos de inaplicación desde una postura constitucional de la responsabilidad restringida. ....	17
1.5.2. Fundamento de discriminación desde el lumbral del derecho constitucional. ....	19
1.5.2.1. El principio de igualdad ante la ley. ....	20
1.5.2.1.1. Antecedente histórico. ....	20
1.5.2.1.2. Definición y alcance. ....	22
1.5.2.1.3. Fundamento jurídico. ....	24
1.5.2.2. Igualdad ante la ley en la Constitución de 1993. ....	25
1.5.2.2.1. Límites y restricciones. ....	25
1.5.2.2.2. Igualdad material y formal. ....	26
1.5.2.2.3. Prohibición de la discriminación. ....	27
1.5.2.2.4. Aspecto general. ....	27
1.5.2.3. Discriminación y sus causas. ....	28
1.5.2.3.1. Discriminación y sus formas. ....	31
1.5.2.3.2. Prohibición de normas discriminatorias. ....	32
1.2.1.5.3. Fundamento de trato desigual desde el lumbral del derecho constitucional. ....	32
1.6. Jurisprudencia relevante de la responsabilidad restringida. ....	33
1.6.1. Casación N° 335 – 2015 – Del Santa. ....	34
1.6.2. Expediente N.º 00751-2010-PHC/TC. ....	34
1.6.3. Acuerdo Plenario N.º 4 – 2008/JC-116. ....	35
1.7. La culpabilidad en la inimputabilidad restringida y su graduación de punibilidad. ....	35
1.7.1. Nociones básicas de la culpabilidad. ....	36
1.7.1.1. Una visión psicológica de la culpabilidad. ....	37
1.7.1.2. Una visión normativa de la culpabilidad. ....	38
1.7.1.3. La asequibilidad normativa de Roxin. ....	39
1.7.1.4. La reprochabilidad basada en la culpabilidad de Jakobs. ....	40
1.7.1.5. La culpabilidad en el derecho penal peruano. ....	41
1.7.2. La culpabilidad desde la inimputabilidad restringida. ....	42
1.7.3. Cuestiones ontológicas de la graduación de la punibilidad desde la culpabilidad. ....	43

**CAPÍTULO II**  
**LA PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA**  
**DESDE LA LEY N.º 30838**

2.1. Terminación anticipada .....	45
2.1.1. Aspectos generales .....	45
2.1.2. Legislación comparada sobre la terminación anticipada.....	46
2.1.3. Concepto de la terminación anticipada.....	47
2.1.4. Finalidad de la terminación anticipada.....	49
2.2. Beneficios de la terminación anticipada.....	50
2.2.1. Característica de la terminación anticipada.....	52
2.2.2. Naturaleza jurídica.....	54
2.2.3. Principios que intervienen en el proceso de terminación anticipada.....	55
2.2.4. Ámbito de aplicación.....	57
2.3. Terminación anticipada y su objeto.....	57
2.4. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.....	59
2.4.1. Definición.....	59
2.4.2. Libertad sexual.....	59
2.4.3. Libertad sexual y su contenido.....	60
2.4.4. Libertad sexual y su tratamiento en el Código penal peruano de 1924.....	62
2.4.5. Libertad sexual en el Código penal peruano vigente.....	63
2.4.6. Bien jurídico protegido.....	63
2.4.7. Tipicidad objetiva y comportamiento típico.....	64
2.4.8. Acceso carnal y acto sexual análogo.....	65
2.4.9. Medios comisivos.....	65
2.5. Tipo subjetivo.....	66
2.6. Indemnidad sexual.....	67
2.6.1. Definición de indemnidad sexual.....	67
2.6.4. Tipicidad objetiva y comportamiento típico.....	74
2.6.5. Acceso carnal y acto sexual análogo.....	75
2.6.6. Medios Comisivos.....	75
2.6.7. Tipo Subjetivo.....	77
2.7. Definición sobre el delito contra la libertad e indemnidad sexual.....	77

2.7.1. Bien jurídico protegido .....	77
2.7.2. Antecedentes históricos.....	78
2.7.3. Delitos sexuales.....	79
2.7.4. Abuso sexual.....	79
2.8. Delito de exhibicionismo y provocación sexual.....	80
2.8.1. Delito de prostitución y corrupción de menores.....	81
2.8.2. Ley 30838 reforma en delitos sexuales.....	82

## **SEGUNDA PARTE: DISEÑO METODOLÓGICO Y RESULTADOS**

### **CAPÍTULO III DISEÑO METODOLÓGICO**

3.1. Tema y problema .....	84
3.1.1. Descripción de la problemática actual .....	84
3.1.2. Formulación del problema .....	88
3.1.2.1. Problema general .....	88
3.1.2.2. Problemas específicos.....	88
3.1.3. Objetivos de la investigación .....	88
3.1.3.1. Objetivo general .....	88
3.1.3.2. Objetivos específicos.....	88
3.1.4. Propósito del tema.....	88
3.2. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.....	89
3.3. Metodología.....	90
3.4. Diseño metodológico.....	90
3.4.1. Trayectoria metodológica.....	90
3.4.2. Escenario de estudio.....	91
3.4.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	91
3.4.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	91
3.4.4.1. Técnicas de recolección de datos.....	91
3.4.4.2. Instrumentos de recolección de datos.....	91
3.4.5. Tratamiento de la información.....	92
3.4.6. Rigor científico.....	93
3.4.7. Consideraciones éticas.....	93

**CAPÍTULO IV**  
**FUNDAMENTOS DE LA INAPLICACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL**  
**ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO PENAL EN EL ARTÍCULO 5° DE LA LEY N.º**  
**30838 SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA**  
**TERMINACIÓN ANTICIPADA**

4.1. La admisión del fundamento de existencia de discriminación para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada. ....	94
4.2. La admisión del fundamento de trato desigual para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada. ....	100
4.3. Los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada. ....	108
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>116</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>118</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>119</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis lleva como título: “La imputabilidad restringida en los procesos de Terminación Anticipada ¿Es posible su aplicación al amparo de la Ley n.º 30838?”, cuyo propósito fue la derogación del artículo 5 de la Ley N° 30838, debido a que la jurisprudencia cuestiona la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, argumentando que impone una discriminación injustificada por edad y va en contra del principio de igualdad ante la ley en los delitos contra la libertad sexual. Este conflicto se traslada a la Ley N.º 30838, que prohíbe la Terminación Anticipada en casos similares, generando el trato desigual, la discriminación y sobre todo desafía los principios constitucionales.

Consecuentemente, se empleó la metodología paradigmática de la investigación propositiva, la cual hizo posible interpretar el marco constitucional sobre el artículo 2º inciso 2 el cual contiene el principio de igualdad ante la Ley, de igual manera, se analizó los textos doctrinarios sobre la prohibición de la Terminación Anticipada consagrada en el 5 de la Ley N° 30838, con el propósito de analizar su correspondiente estructura normativa; también se hizo el uso de la hermenéutica jurídica el cual ha permitido el análisis del texto legal, como es la Ley N° 30838, la Constitución Política y demás cuerpos normativos con el propósito de definir las dimensiones de diversos conceptos jurídicos y consideraciones legales que están sujetos a ser confrontados con el marco normativo; se recurrió a la argumentación jurídica para teorizar cada unidad temática. De igual forma, se analizaron las categorías y subcategorías objeto de estudio en esta investigación. Para lograr nuestro cometido, hemos decidido sistematizar la investigación en cuatro capítulos para una mejor comprensión de la tesis.

En el capítulo primero, se ha desarrollado la prohibición de la aplicación de la Terminación Anticipada desde la Ley N.º 30838, en el cual se profundizó acerca de las nociones, tratamiento, consideraciones, definiciones, conceptos, imputabilidad restringida y otros aspectos elementales relacionados con imputabilidad restringida y el principio de igualdad ante la Ley.

Así, el problema general es ¿Se puede admitir los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo

5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la Terminación Anticipada?, luego el objetivo general fue: Analizar la posibilidad de admitir los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada.

Seguidamente, en el capítulo segundo se desarrolla sobre la prohibición de la aplicación de la Terminación Anticipada desde la Ley N°30838. Para ello se ha desarrollado sobre la Terminación Anticipada, sus aspectos generales, a partir de la legislación comparada, beneficios, sobre la libertad sexual y otros aspectos necesarios. Ello nos ha permitido tener un amplio panorama general sobre la prohibición de la Terminación Anticipada y sus consecuencias en nuestra investigación.

En el capítulo tercero denominado Diseño Metodológico, Se detalla la manera en que se llevó a cabo la elaboración de la tesis, principalmente en la perspectiva epistemológica jurídica, la cual se alineó con el iuspositivismo. Posteriormente, se respalda la elección de la metodología paradigmática, la cual se orientó hacia un enfoque propositivo, es decir, el análisis estructural de las normas jurídicas. A continuación, se abordó la presentación del contexto de estudio, la identificación de los sujetos analizados, la rigurosidad científica que orientará la tesis y, finalmente, la técnica empleada, que consistió en el análisis documental, involucrando la revisión de documentos y la elaboración de fichas.

En el cuarto capítulo se desarrolla sobre los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo del Código Penal propiamente en el artículo 5 de la Ley N° 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la Terminación Anticipada. Este se encuentra integrada por dos aspectos elementales que viene a ser: la admisión del fundamento de existencia de discriminación para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838, sobre la prohibición de la aplicación de la Terminación Anticipada y el otro es la admisión del fundamento de trato desigual para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la Terminación Anticipada

En última instancia, la tesis concluye presentando las conclusiones y recomendaciones derivadas de la investigación.

La tesista aspira que el contenido de la tesis pueda ser de utilidad tanto en el ámbito académico como para una aplicación inmediata, con la esperanza de que los legisladores encuentren orientación para abordar una situación que actualmente no se ajusta a la lógica necesaria.



## **PRIMERA PARTE: MARCO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **CAPÍTULO I**

#### **LOS FUNDAMENTOS DE LA INAPLICACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTICULO 22° DEL CÓDIGO PENAL**

##### **1.1. Nociones básicas de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.**

En lo que respecta a los fundamentos sobre la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, es menester indicar que el legislador en una primera instancia establece de manera expresa y de forma incompleta sobre la responsabilidad penal, de modo que, el texto en análisis establece la reducción de la pena de manera prudencial para los hechos punibles en caso de que el agente tenga la edad de 18 o menos de 21 años, de igual manera, se establece sobre esta reducción para los casos en los que el agente tenga la edad de 65 años cuando realice una infracción penal, como lo prescribe el Código Penal de 1991.

Sin embargo, con las sucesivas reformas se ha generado la incorporación, de manera progresiva, de ciertas excepciones al texto incompleto, esto como respuesta a específicos delitos que son considerados como muy graves. Así tenemos:

- La primera reforma que se dió al Código Penal peruano de 1991 fue a través de la Ley N° 27024 en el año de 1998; el cual permitió agregar un segundo párrafo al artículo 22, este establecía la exclusión del sujeto activo de este beneficio para aquellos casos que se trataran de delitos de violación a la libertad sexual, terrorismo (agravado), tráfico ilícito de drogas, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, estableciéndose una pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua para esta excepción.
- La segunda reforma, se dió mediante la Ley N° 29439 en el año 2009, el cual modificó el primer párrafo, incrementándose lo siguiente: “salvo que el agente haya incurrido de manera reiterada en los delitos establecidos en el artículo 111 del tercer párrafo y 124 del cuarto párrafo”.

- La tercera reforma se dió con la Ley N° 30076 del año 2013, referido al segundo párrafo del artículo 22°, se adicionó como excluido de este beneficio al delito de homicidio calificado por su condición oficial del agente, extorsión, feminicidio, secuestro, robo agravado y apología.
- Por último, a través del Decreto Legislativo N° 1181 del año 2015, en el segundo párrafo se incrementó la exclusión del delito de criminalidad organizada, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento, genocidio, desaparición forzada y tortura.

A partir de lo expuesto, es posible precisar que el artículo 22° del Código Penal contempla la disminución de la pena del sujeto activo, en consecuencia, el juez tiene la facultad de disminuir la pena en caso que el imputado tenga entre 18 y 21 años o en su caso personas mayores de 65 años, por ende, la disminución de la pena responde a la responsabilidad penal restringida, sin embargo, dicha disminución de la pena, no puede ser aplicado a los casos de reincidencia para los delitos prescritos en el segundo párrafo del artículo 22, constituyéndose en que la sanción punitiva sea mayor a 25 años o cadena perpetua.

#### **1.1.1. Tratamiento normativo.**

Con la promulgación de la Ley N° 30076 se logró la modificación del artículo 22° del CP, esto debido a que el legislador tuvo que agregar la exclusión de agente de la organización criminal y también referente a la seguridad nacional, por ende, la implantación de esta figura reza de la siguiente manera:

(...) está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (Código Penal, 1991).

La modificación al tipo penal de la responsabilidad restringida por razón de la edad implica de alguna manera, la respuesta a los múltiples casos de inseguridad pública que se vienen dando en la realidad de la sociedad peruana, lo referido se aprecia en aquellos casos donde actualmente se ha vuelto común

que los adultos jóvenes en el margen de edad (18 y 21) años, incluso adolescentes participan en delitos de robo agravado, violación, sicariato y crimen organizado, incluso recordando 10 años atrás a partir del caso “ Gringasho” se produjo un debate en el ordenamiento jurídico sobre si era posible permitir que se juzgue a los adolescentes como si fueran mayores, por ende, ante la incomodidad popular, por la inseguridad, lo que se pretende con esta modificación es brindar seguridad pública.

En ese sentido, lo establecido en el artículo 22º del Código Penal nos prescribe sobre la disminución moderada que podría aplicar el juez por la edad del sujeto activo; de acuerdo a este artículo, la edad del sujeto es un criterio fundamental que se toma en cuenta en relación a la culpabilidad.

Por lo tanto, el establecer el límite de edad por dicho artículo analizado se sujeta a un criterio netamente objetivo en cuanto va enfocado en la determinación de la pena, esto es la consecuencia propiamente de la aplicación de política criminal adoptada por el Estado, y es que este mismo ente se ha encargado de establecer, que personas se encuentran dentro de este grupo para designarles una minoría de culpabilidad en comparación a las otras personas que se encuentran fuera de este margen establecido.

Al contrario, en el caso de la legislación española dicho escenario es distinto debido a que, en su Código Penal, artículo 69 se determina que la persona mayor a 18 y menor a 21 años, que realice un hecho delictivo estará sujeto a la aplicación de disposiciones previstas en la ley que regulen acerca de la responsabilidad penal del menor para aquellas situaciones que lo requiera, así como los requisitos que se establezcan para este.

De lo desarrollado se puede extraer que, en la legislación española, es el Ministerio Público o el juez el encargado de decidir si somete o no a una persona de ese grupo al proceso penal, es decir, hace referencia a un proceso del adolescente que haya incurrido en realizar el hecho delictivo.

### **1.1.2. Consideraciones básicas del autor.**

La noción acerca de la responsabilidad restringida se basa en la idea de limitar la responsabilidad del autor en específicas circunstancias, mencionado concepto ha sido analizado por distintos autores en campos como la filosofía, ética y la teoría política donde se propone consideraciones importantes de la atribución de responsabilidades para casos en específicos (Monge, 2008, p. 33).

Los defensores de la responsabilidad restringida sostienen que existen situaciones en donde las personas no puede ser responsables de manera total sobre determinados actos, debido a que existen factores que restringen o limitan la capacidad de control o elección. En efecto, en la responsabilidad restringida se considera la relevancia del contexto y las circunstancias a las que se ha orientado una acción, es aquí donde se reconoce que la responsabilidad moral o legal del individuo no puede ser evaluado de manera aislada, sino que se debe considerar de acuerdo con las presiones sociales, culturales o económicas que influyan en la toma de decisiones del autor.

En consecuencia, se resalta aquella necesidad de la determinación de límites específicos para establecer cuándo es posible la aplicación de una responsabilidad restringida al autor. Esto es delimitar los criterios de forma razonable y objetivo para reconocer las condiciones sobre el cual el autor de un hecho ilícito podría ser eximido de manera parcial o total sobre su responsabilidad.

De igual manera, Robinson (2012) refiere que ciertos enfoques de la responsabilidad restringida conducen a que está en determinados casos se reduzca, sin embargo, ello no significa que se debe de eliminar del total las acciones ejercidas por el autor del hecho, pues lo que se propone es que la sociedad o institución a cargo adopte medidas alternativas como sanción (p. 78).

Por último, la implementación de la responsabilidad restringida tiene implicancias relevantes para el sistema jurídico, ético y político, es necesario debates constantes acerca del equilibrio en la protección de los derechos individuales con el propósito de mantener justicia y coherencia en la atribución de responsabilidad al actor de un hecho ilícito.

## **1.2. Definición y concepto desde la dogmática penal.**

Por lo que, corresponde a la dogmática penal, es menester partir señalando que es una rama del derecho penal el cual se encarga del estudio, análisis y sistematización de teorías, fundamentos y principios jurídicos que regulan el derecho penal, entre sus objetivos se encuentra el comprender e interpretar la norma penal, sus fundamentos y estructuras que se delimitan al sistema penal (Cobo, 2016 p. 88).

De lo expuesto, entonces la dogmática del derecho penal está relacionada con la responsabilidad restringida, que se refiere a una forma específica de

imputar responsabilidad penal, considerando ciertas limitaciones o condiciones que pueden afectar la capacidad de una persona para comprender o controlar plenamente sus acciones cuando comete un delito. Implica una noción por el cual se aplica especialmente a situaciones dónde, debido a circunstancias particulares, cómo trastorno mental, alteraciones psicológicas, discapacidades cognitivas, estado de inconciencia, entre otros, el agente no cuenta con la capacidad total de poder comprender la naturaleza ilícita de un acto o actuar ilícito conforme a esta comprensión, de modo tal, que se disminuye su punibilidad.

Por lo tanto, Amaya (2017, p. 78) da a conocer que la responsabilidad restringida, de acuerdo con la dogmática penal, implica que, pese a la existencia de la comisión de un delito, el individuo puede no ser penalmente responsable de acuerdo a la medida que una persona es plenamente consciente y capaz, y eso se debe a que la capacidad de comprender sobre la ilicitud de su acción o para poder controlar su conducta se encuentra restringido o afectado por condiciones especiales propias de su edad.

En consecuencia, lo que se busca con la responsabilidad restringida desde un contexto dogmático penal es el criterio que se considere estas restricciones al momento de imponer una sanción penal, proponiendo medidas alternativas o atenuantes en lo que vendría a ser la aplicación de la ley con tratamientos, medidas o restricciones de libertad con la finalidad de adecuar la respuesta penal a la situación, circunstancia y necesidad particular del infractor.

### **1.3. La imputabilidad restringida por razón de la edad como atenuación.**

La imputabilidad restringida por razón de la edad como atenuación debe ser entendida que toda persona no se encuentra desarrollada completamente para asumir una responsabilidad, por lo tanto, se debe de atenuar la pena al momento de establecer la responsabilidad penal, sin embargo, no se le debe confundir con la eximición completa de la responsabilidad penal que comete el sujeto activo en base a su edad, ya que solamente el legislador ha permitido la reducción de la pena prudencialmente.

Por tal razón, Gonzales (2018, p. 36) refiere que la inimputabilidad restringida con sustento a la edad como un atenuante conlleva a que nos enfoquemos a la realidad peruana como política criminal donde se acentúa como

consecuencia del aumento de inseguridad ciudadana. En el ámbito penal se evidencia que el proceso de criminalización presenta una sobre criminalización debido a la delegación que realiza el Poder Legislativo al Ejecutivo en la expedición distintos decretos que hacen restricciones o proscipciones para el beneficio de la inimputabilidad restringida con base a la edad del sujeto activo.

En ese sentido, la inimputabilidad restringida por la edad se relaciona con aquella situación donde el agente por su minoría de edad no puede ser considerado de manera plena como responsable de sus acciones desde la esfera penal, esto se da en aquellos casos en donde el agente no cuenta con la mayoría de edad o no tiene desarrollado su capacidad de discernimiento de forma plena, pero que pese a ello se le atribuye una determina responsabilidad por haber realizado actos delictivos, sin embargo, referida responsabilidad es de forma atenuada.

Por consiguiente, Reategui (2014, p. 105) sostiene que la inimputabilidad restringida por la edad se aplica a situaciones en las que el agente del acto ilícito es un menor de edad y se cree que su capacidad es limitada y por lo tanto no puede comprender completamente su acto ilícito debido a su edad y nivel de desarrollo.

En esa misma línea, el Código Penal peruano y el Código de los Niños y Adolescentes comprende diferencias entre un menor de 18 años y un adulto en cuanto a la responsabilidad penal, es así como se establece que un menor de edad no cuenta con la misma capacidad que una persona adulta, por tal razón, es complejo que el menor pueda comprender de forma precisa las consecuencias de su accionar delictivo.

Efectivamente, la inimputabilidad restringida se fundamenta en el posible caso donde se identifica la comisión de un acto ilícito efectuado por un menor de edad, sin embargo, el tratamiento de su responsabilidad penal por esa condición se encuentra atenuada o limitada. Lo determinado puede ser aplicable en caso de medidas especiales y medidas socioeducativas que equivalen a penas o sanciones estrictas como sucede con las personas mayores de edad.

#### **1.4. La inaplicación de la responsabilidad restringida en casos de violación sexual.**

#### **1.4.1. Postura legalista del Código Penal.**

La postura legalista del Código Penal se encuentra relacionado con el principio de legalidad, porque este se encarga de brindar las garantías necesarias frente al sistema punitivo ejercido por el Estado. Por tal razón, antiguamente existía una idea que preocupaba a Beccaria, este era acerca de que el magistrado o el juez debía quedar sujeto a lo establecido por la ley, pues existía una indicación donde la pena no debía ser considerado como violencia frente a uno o más ciudadanos, debería ser aplicada de manera pública, necesaria, rápida, proporcionada a los delitos y dictados por la ley (Monge, 2004, p. 456).

Por consiguiente, la Constitución señala en su artículo 2 inciso 24 acerca de que “ninguna persona se encuentra obligada a hacer lo que la ley no manda, ni impedido hacer lo que ella no prohíbe”, a razón de lo señalado podemos apreciar que lo referido no es más que la faz entre la relación de la libertad y la limitación de esta misma.

Sin embargo, dicha limitación solo se presentará para aquellas circunstancias excepcionales, siempre y cuando la conducta tipificada resulte ser grave o impida una convivencia en la sociedad. Es por eso por lo que una ley que presenta prohibición, mandato, penas o medidas de seguridad integran la normatividad de excepción a la libertad de una persona. Esto quiere decir, que se inicia de la generalidad de que la libertad y sus restricciones en base a razones significativas y en respuesta al agotamiento de las diferentes instancias y previos al derecho penal, pero más aún cuando se trata de la vulneración de un bien jurídico como la libertad, vida, honor, patrimonio y otros consagrados en la Constitución.

La Constitución Política de 1993 consagra el principio de legalidad en sustento a una tradición antigua, donde se prescribía que nadie podía ser condenado por algún acto u omisión que no se encontrará calificado en la ley de forma expresa e inequívoca como una infracción punible. No obstante, la Constitución no contempla aspectos importantes sobre el alcance del principio de la legalidad. Un claro ejemplo de ello es que, al obviar el tratamiento de la culpabilidad en igualdad a la dignidad de la persona humana y su libre desarrollo de la personalidad, o cuando se queda sin un objetivo de carácter jurídico, no

sancionar bajo los principios de lo que se afecta a las posibles situaciones del desarrollo ciudadano.

#### ***1.4.1.1. Nociones desde el populismo punitivo.***

La exclusión del agente que haya incurrido en el delito de violación sexual responde a un populismo punitivo debido a que se evidencia una mala legislación, lo cual produce preocupaciones éticas y jurídica significativas, esto en relación con el principio de igualdad y la protección de los derechos del agente que tiene más de dieciocho y menos de veintiuno o más de sesenta y cinco años.

Efectivamente tal como sostiene Santiago (2018, 55) el derecho penal constantemente se constituye en una amenaza debido a las intervenciones que lo caracteriza sobre la libertad, propiedad y seguridad de una persona, pero se debe considerar en todo momento las garantías, es por eso por lo que necesita de medios formales y políticas públicas para evitar arbitrariedades.

Ahora bien, es necesario una aplicación del principio de igualdad ante la ley de manera equitativa y justa para todas las personas, muy independiente de su edad se configura en una garantía constitucional, sin embargo, la exclusión del agente contemplado en el artículo 22 del Código Penal peruano de la responsabilidad restringida segundo párrafo para los casos de violación sexual, refleja el populismo punitivo por parte de los legisladores, porque se niega la consideración especial a aquella persona que no se encuentra en una capacidad plena y desarrollo físico, emocional y cognitivo. Es necesario tener en consideración que para esta situación no se da relevancia a la pena en sí, sino a una mera garantía del principio de igualdad ante la ley.

En síntesis, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 acerca de la responsabilidad restringida para el agente contemplado en dicho artículo en los casos de los delitos de violación sexual implica una legislación compleja desde un punto de vista ético y legal, debido a que se requiere trabajar de manera comprensiva y considerando la situación del agente en el sistema legal para proteger sus derechos, así mismo, fomentar la rehabilitación y reinserción en la sociedad.

#### ***1.4.1.2. Sesgo cognitivo en la aplicación del autor del delito de violación sexual.***

Con referencia al sesgo cognitivo en casos de violación aplicados por el autor de este delito se suele relacionar con el perjuicio o distorsión que se da en

el pensamiento, efectivamente este puede influir en aspectos de cómo se investiga, percibe, juzga o sanciona a los autores del delito de violación sexual. Por ende, mencionados perjuicios pueden presentarse en distintas etapas del proceso, es decir, desde la evaluación originaria de un caso por parte de la autoridad hasta llegar al juicio (Gómez, 2022, p. 99).

De hecho, por lo señalado el impacto de estos sesgos puede afectar de manera negativa en lo que concierne a la administración de justicia y el tratamiento de las víctimas del delito de violación sexual, es decir, implicaría la subestimación de la gravedad de un delito generando con ello el impedimento de una investigación exhaustiva y a la vez dificultando que se obtenga justicia para la víctima, por tal razón, es relevante que las personas involucradas en el caso de estos delitos se encuentren en capacidad de reconocer y mitigar cualquier sesgo para la aplicación imparcial de la ley y el acceso a la justicia.

Por su lado, García & Hernández (2017, p. 67) sostienen que un sesgo cognitivo viene a ser aquel patrón sistemático de pensamiento, por el cual, se aparta de la objetividad, se distorsiona la percepción y el juicio de tomar decisiones. En simples palabras, los sesgos vienen a ser atajos mentales que el cerebro emplea para procesar cualquier tipo de información de manera rápida, pero que en muchas ocasiones puede conducir a conclusiones incorrectas, parciales o irracionales.

De manera que, un sesgo cognitivo puede afectar de manera distinta a muchas áreas de la vida, incluyendo la toma de decisiones personales, la interacción social, formulación de juicios, percepciones y la forma en que se procesa algún tipo de información en cualquier contexto ya sea social, político, económico, médico, jurídico y otros. Asimismo, es importante reconocer este tipo de sesgos en relación con la toma de decisiones informadas para evitar errores que deriven de un juicio influenciado por este sesgo mental.

Por otro lado, es importante señalar que el estudio de los sesgos cognitivos en el ámbito jurídico posee una respetable y larga historia, debido a que sobresalen por el impacto que pueden producirse en la aplicación del autor del delito de violación sexual, incluso en la apariencia física de este para influenciar en el hecho ocurrido por la introducción del sesgo cognitivo.

De tal suerte que, se requiere detallar de manera precisa en que consiste un sesgo cognitivo, la cual no debe ser entendido de otra manera como aquella

desorientación sistemática, instintivo e impensada de un estándar racional o una norma para emitir, ya sea un juicio conceptual o perceptual al perpetuar un hecho o evento predictivo. De hecho, no se podría afirmar que se trata de un mínimo error, sino de aquel comportamiento que sucede conscientemente en circunstancias análogas y por ende que son replicables o predecibles tal como lo señala (Pérez, 2019, p. 104).

De lo referido, entonces podemos aseverar que los sesgos cognitivos suelen ser producidos inicialmente por el empleo de la heurística que vienen a ser aquellos atajos que el hombre emplea para el procesamiento de información, de igual manera, se trata de efectos en las restricciones de nuestra capacidad cerebral para procesar información, emocional, social inmorales; dichas distorsiones se muestran en el procesamiento de búsqueda y almacenamiento de información en la evocación.

Para concluir, García & Martínez (2019, pp. 88- 106) realizan una clasificación de los diferentes sesgos cognitivos que se presentan a continuación de *grosso modo*:

- **Sesgo de confirmación:** se entiende a este como aquella aberración psicológica por el cual se especifica la inclinación natural de una persona para investigar, explicar y recordar información que respalde o afirme su opinión, creencia, e hipótesis precedente, por lo que se opta por minimizar, ignorar o desechar información que va contra dichas creencias. Así mismo, este tipo de sesgo puede influenciar en el procesamiento de información, puesto que buscamos evidencias que resguarden y defiendan nuestras creencias y con ello evitamos la información que puede poner en duda las creencias determinadas. Por lo tanto, el sesgo de confirmación podría afectar distintas áreas de la vida partiendo desde una decisión personal hasta la percepción de eventos, la estructura de opiniones sociales, políticas y jurídicas.
- **Sesgo retrospectivo:** también considerado como sesgo de la falsa creencia de que se sabía todo el tiempo, este hace referencia a cuando una persona percibe un hecho pasado como el más imaginable de que usualmente era en determinado momento que sucedió.

Esta situación, por lo tanto, se trata de una creencia errada donde una persona tendría que haberse anticipado o previsto un hecho o efecto

después de que haya ocurrido, pese a que antes que ocurriera no haya existido información o pistas para anticiparse de manera certera. Pasado el hecho, se suele reinterpretar la información existente de acuerdo a lo sucedido, lo cual genera una idea falsa de lo que era ineludible.

En el sesgo retrospectivo, lo que produce es la distorsión sobre la comprensión de un hecho o evento pasado y consecuente a esto afecta una toma de decisión futura, debido a que las personas pueden sobreestimar la capacidad para anticiparse a un evento minimizando la incertidumbre que había en el momento que se decidió algo.

- **Sesgo heurístico:** este tipo de sesgo es considerado como un patrón de pensamiento complejo y expedito que emplea atajos mentales para la toma de decisiones de forma eficaz y expedita, este tipo de atajos pueden ser significativos en diversas situaciones cotidianas, pero constantemente desvían a errores sistemáticos o sesgados en la toma de decisiones o un juicio.

Lo heurístico se trata de reglas generales que hacen que el pensamiento se simplifique en lo que respecta al procesamiento de información, por lo que como un atajo mental se centra en la experiencia pasada, estereotipos, reglas mínimas para tomar una decisión expedita lo cual en muchas ocasiones produce juicios predecibles e inexactos.

#### ***1.4.1.3. Interpretación sistemática del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal.***

En el ámbito del derecho penal se suele utilizar la interpretación sistemática como un método o dirección para aplicar o comprender la norma jurídica, ley o disposiciones dentro del sistema jurídico. Asimismo, permite determinar la ubicación de la norma dentro del cuerpo normativo para luego emitir conclusiones hermenéuticas en fundamento a los principios y reglas lógicas (Valdez, 2019, p. 45)

Naturalmente, la interpretación sistemática hace posible que la norma se base en la unidad y la coherencia dentro del ordenamiento jurídico, ello en respuesta de que la norma jurídica no se encuentra sola, sino que se encuentra relacionada con otras normas que dan lugar a la constitución de un sistema normativo por dicha agrupación.

Por otro lado, Tarello (2003, p. 104) sostiene que el sentido de la norma jurídica se da cuando se relaciona y enlaza con la institución a donde corresponde o en todo caso con las demás instituciones del ordenamiento jurídico con el que debe ser vinculado de manera coherente y armónico, la pertenencia de una disposición legal implica su no aislamiento, porque es parte de algo más extenso o desarrollado a donde corresponde. En esencia, el sentido de la ley solo se obtiene cuando se da la interpretación de la norma jurídica incompleta, además se relacionan con la formación de la norma jurídica.

De lo citado podemos extraer que la interpretación sistemática se trata del enfoque utilizado para la comprensión y aplicación de las leyes o normas jurídicas en el ordenamiento jurídico, este método de interpretación se encarga de considerar a la norma jurídica como parte integral del sistema jurídico más extenso y coherente.

Así mismo, Atienza, Ruiz & Villar (2001) afirman que la interpretación sistemática cuenta con tres niveles importantes para poder especificar la regulación o relación de la norma jurídica, mencionados niveles se detallan a continuación:

- **Primer nivel:** es la conexión del precepto con otra norma de particularidad y sentido o con la institución donde se encuentra anexado.
- **Segundo nivel:** se trata de vincular el precepto antes señalado con el fin, valor y otras normas de la disciplina al que corresponde.
- **Tercer nivel:** se relaciona la norma con cada valor y fin del ordenamiento jurídico en forma general (p. 88)

En otras palabras, para que la interpretación sistemática de la norma jurídica sea suficiente se requiere tener en cuenta los niveles antes descritos debido a la importancia sobre el cual recae la relación de la norma jurídica con el sistema más extenso al cual pertenece.

Por consiguiente, Flórez (2012, p. 55) sostiene que la interpretación de la norma requiere una relación con los criterios lógicos jurídicos de orden material normativo como el principio jerárquico y en fundamento a ello es que, ciertas normas poseen mayor jerarquía que otras normas, así mismo, se encuentra el principio de especialidad debido a la incompatibilidad de normas, donde prevalece la especial, por último, se encuentra el principio cronológico, el cual, consiste en que la ley posterior deroga a la anterior cuando entren en conflicto.

Ahora bien, en sustento a lo señalado sobre la interpretación sistemática en la aplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, requiere un análisis sobre los presupuestos del delito de violación sexual, puesto que mediante este es posible identificar la disposición relacionada a la responsabilidad restringida por la edad y la exclusión del agente que haya incurrido en el delito de violación sexual y otros. Así mismo, es necesario tener en cuenta el contexto normativo para establecer las pautas sobre las circunstancias atenuantes o agravantes en lo que respecta al segundo párrafo del artículo 22. Por otro lado, es preciso establecer la intención del legislador al momento de legislar referido artículo y finalmente, es necesario contemplar los principios generales con el propósito de aplicar la proporcionalidad, protección de a los derechos fundamentales, circunstancias atenuantes y agravantes reconocidos en la ley.

Para concluir, Sánchez (2017, p. 49) asevera que la interpretación sistemática permite dar solución a los vacíos y lagunas que se presentan en algunas normas, de manera si se le concibe de forma aislada, redirigiéndolo a concepciones de sentido cargado, aunado a esto hacerlas parte de los principios y valores de manera conjunta del ordenamiento jurídico, por tal razón, es que se le confiere la función integradora, correctiva o de concordancia para los preceptos especiales.

De hecho, la interpretación en desarrollo previene recaer en limitaciones que aíslan a las disciplinas jurídicas del ordenamiento jurídico de manera conjunta, evidenciando que lejos de encontrarse en la parte se localiza un todo y que su sentido de la norma no se encontrara en el significado singular, sino en un conjunto o institución normativo.

Así mismo, es menester precisar que esta disposición comprende un extenso catálogo en lo que respecta a las circunstancias genéricas establecidas en el artículo 52 del Código Penal de 1924, empero, en referida norma el legislador no ha diferenciado entre un agravante atenuante como se habría realizado en el Código Penal de 1863. En este caso, las agravantes genéricas aplicadas por el juez en un proceso se rigen a la necesidad de cada caso en concreto, de manera, que los efectos emitidos por este residen en el incremento o atenuación de la penalidad, es decir, se sujeta al grado del injusto o la culpabilidad del sujeto activo.

De igual manera, en relación a la interpretación sistemática, la Corte Suprema plantea la posibilidad de aplicar el control difuso de acuerdo al artículo 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 236 de la Constitución, donde se establece que los jueces al emitir su fallo en el fondo de la cuestión de competencia, si encuentran incompatibilidad en su interpretación entre una disposición constitucional y una con rango de ley, este debe ser resuelto en conformidad al primero, para ello la norma debe de estar en concordancia al artículo 138 de la Carta Magna, en otras palabras, ante la incompatibilidad de la norma constitucional y legal el juez debe de preferir al primero.

### **1.5. Control constitucional y convencional del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal.**

#### **1.5.1. Fundamentos de inaplicación desde una postura constitucional de la responsabilidad restringida.**

En relación con este tema han surgido dos posturas importantes en los cuales uno de ellos sustenta que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal el cual sostiene que existe una compatibilidad constitucional y la otra postura sustenta que existe una inconstitucionalidad en dicha norma, lo señalado a dado lugar con esa situación la contraposición de las posturas a partir del ámbito constitucional.

En lo que respecta a la postura que respalda la objetividad de concurrencia en la responsabilidad restringida se cuenta con lo señalado en las siguientes absoluciones de consultas; N° 2151-2008 séptima absolución, N° 832-2012 séptimo considerando, N° 4137-210 séptimo considerando donde se describe acerca de la reforma implementada por la Ley N° 27024 sobre la validez del ejercicio del Estado y su potestad punitiva, a partir de lo señalado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal hace mención sobre la finalidad de la pena como retributivo y preventivo, por ello, es que se asume que no es posible alguna colisión con la Constitución esencialmente con lo prescrito en el artículo 2, inciso 2 de nuestra Carta Magna.

Por otro lado, la modificación antes descrita se dio en diciembre de 1998 siendo la primera que se daba al artículo 22 del Código Penal, con esta modificatoria se le agrega un segundo párrafo que introducía la prohibición de aplicar alguna atenuante de privilegio a los agentes que contaran con la responsabilidad restringida cuando se trate de delitos graves como; violación

sexual, tráfico ilícito de drogas, atentado contra la seguridad nacional, terrorismo (agravado) o traición a la patria y otros delitos que se sancionen con pena privativa de libertad no menor de 21 años o cadena perpetua.

Ante referida modificatoria el colegiado correspondiente manifestó que la modificación realizada al artículo 22 del CP no producía colisión con la Constitución específicamente con el principio de igualdad, debido a que se trata de una mera excepcionalidad centrada y valida de acuerdo a lo prescrito en el Título Preliminar del Código Penal, artículo IX y esto porque se relaciona con los fines retributivo y preventivo que emana de la potestad punitiva del Estado.

La sala de Derecho Constitucional y Social Permanente empleó el mismo razonamiento para poder dar solución a la Consulta N° 1602-2009 refiriendo que la modificatoria realizada mediante la Ley N° 27024 no viene a ser discriminatorio, ni mucho menos es injustificado, puesto que su validez se sustenta en el ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado, es más, se toma en cuenta el fin retributivo y preventivo que tiene la pena, ello se encuentran contemplados dentro del Título Preliminar del Código Penal en el artículo IX, razón, por el cual, se puede afirmar que la modificación al artículo 22 del Código Penal no presenta ninguna colisión con el derecho de igualdad a la ley contemplada en la Constitución Política peruana.

Como se aprecia, lo descrito anteriormente viene a ser una mera reproducción de lo que ya anteriormente se había citado en líneas anteriores, sin embargo, debemos de considerar que está afirmación se sigue manteniendo 4 años después de la primera modificación al artículo 22 del Código Penal, y es que se sostiene de manera firme que no existe discriminación o injustificación en dicha modificación, ello se afirma en base a los mismos considerandos expuestos líneas arriba.

Prosiguiendo en esa misma línea, la Sala Suprema en respuesta a la Consulta N° 1618-2016 sustenta que no se pierde la presunción constitucional cuando la norma legal determina un trato diferenciado entre diferentes, así mismo, eso no implica que se vulnere el principio de igualdad, por el contrario, los jueces al inaplicar la norma para los casos individuales sin contemplar el supuesto mencionado para el control difuso se vulnera el principio de igualdad ante la ley debido a que se inaplica de forma injusta y con fines contrarios al control difuso.

En síntesis, no existe ninguna vulneración al principio de igualdad debido a que contiene distinciones entre distinciones, pero no se da alguna explicación que sustente esta postura, es más, se restringe al delimitar que los jueces se encargan de aplicar el control difuso sobre el artículo 22 del Código Penal, recayendo en una vulneración al principio de igualdad, al no considerar los suficientes supuestos.

### **1.5.2. Fundamento de discriminación desde el lumbral del derecho constitucional.**

Por el contrario, existen fundamentos sobre la discriminación existente en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal a partir del lumbral del derecho constitucional tal como se aprecia en los diferentes pronunciamientos por la Corte Suprema quienes afirman que no existe concordancia entre el artículo en análisis y la norma constitucional, por lo que, en oposición a lo sostenido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en muchos de sus pronunciamientos sostiene la existencia de compatibilidad, así mismo, la Sala ha permitido que se aplique el control difuso en el artículo en mención, prueba de ello se encuentra el considerando séptimo de la Consulta N° 2472-2010. Donde se expone que la aplicación del control difuso se encuentra justificado en el artículo 22 del Código Penal, de manera que, de no ser así se admitiría la diferencia de trato no justificado en relación con la Constitución y las personas que están bajo la misma situación particular.

La aprobación del control difuso por la Sala de Derecho Constitucional y Sala Permanente en el artículo 22 del Código Penal a pesar de haber emitido su desaprobación en otras Consultas sobre el mismo artículo, generando pronunciamientos muy distintos a los anteriores, por tal razón, en este caso especialmente se refiere que él no aprobar la Consulta, el control difuso se interpretaría como una distinción de trato no justificado constitucional.

En esa misma línea, tanto la Sala Penal Permanente como la Corte Suprema señala en el considerando sexto de la Casación N° 336-2016, sobre el caso donde el magistrado no se pronuncio acerca de la reducción de la pena en el supuesto de responsabilidad restringida, es decir, en la condición que tiene la gente para obtener el atenuante privilegiado, siendo que el juez opto por dictarlo en fundamento a la exclusión para los agentes que hayan incurrido en el delito de violación sexual tal como lo prescribe el segundo párrafo del artículo 22 del

Código Penal, todo esto ha generado la vulneración del principio y derecho de igualdad prescrita en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Carta Magna. Ante dicha circunstancia el Tribunal Supremo ha establecido la existencia de incompatibilidad entre la norma constitucional y legal esto con el propósito de poder garantizar la cautela constitucional de la igualdad ante la ley en base a la aplicación del control difuso contemplado en el artículo 138 de la Constitución el cual se orienta a la inaplicación señalado en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

Asimismo, la Sala Penal permanente manifiesta seguidamente que lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal es incompatible con lo prescrito en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, por tal razón, es que opta por la aplicación del control difuso para la ley que tenga menor jerarquía, siendo en este caso lo señalado en el artículo 22 del Código Penal.

Por otro lado, ante dicha incompatibilidad constitucional sostenida por la Sala Penal, se opta por realizar una explicación mediante la Casación N° 335-2015 en los fundamentos 28 y 29; la atenuante de imputabilidad disminuida y su exclusión viene a ser una medida arbitraria el cual no es apto para poder lograr la finalidad de luchar eficazmente contra la criminalidad y contemplar un índice delictivo bajo términos aceptables.

Como se ha podido ir advirtiendo, la aplicación de exclusión referida en el segundo párrafo del artículo sujeto a análisis evidencia la existencia de arbitrariedad y la falta de idoneidad, de igual manera, se aprecia los efectos que pueden producirse por su aplicación, pues se encuentra vinculado con ciertos problemas sociales, pero en especial con la discriminación debido a que vulnera de manera directa al principio de igualdad, así mismo, colisiona con la Convención Americana de Derechos Humanos, esto porque la pena establecida no es proporcional a la culpabilidad del sujeto activo cuando se le aplica la atenuante de la responsabilidad restringida, es decir, la pena no se adaptaría con el propósito de reeducar, rehabilitar y reincorporar al imputado.

### **1.5.2.1. El principio de igualdad ante la ley.**

#### *1.5.2.1.1. Antecedente histórico.*

Hacer mención sobre el principio y derecho de igualdad ante la ley implica relacionarlo con la desigualdad, esto porque hace mucho tiempo atrás la distinción era tratada como una regla por lo que la igualdad se admitía como una

excepción al trato que recibían ciertas personas en fundamento al estatus que tenían en la sociedad, actualmente tras la evolución del hombre, el principio y derecho de igualdad se encuentra consagrada en la Constitución y el ordenamiento jurídico de manera que su aplicación se extiende en todos los ámbitos del derecho.

La igualdad puede ser analizada desde dos vertientes esenciales; primero como un principio dentro del ordenamiento jurídico, el cual responde a la construcción y al sentido del ordenamiento jurídico, a la vez requiere de una interpretación específica para cada caso en particular, el segundo viene a ser como un derecho fundamental que tiene toda persona, el cual debe ser requerido de forma individual, en ese sentido, es otorgado a cada una de las personas con la finalidad de ser tratado con total igualdad ante la ley, sin ningún trato de discriminación por algún aspecto esto en razón a que todos los ciudadanos tenemos las mismas condiciones y somos sujetos de derecho.

Actualmente, referido principio es entendido como aquel que se gesta a partir del principio de libertad y la Revolución Francesa, cuya existencia dio lugar al rompimiento de los estratos sociales que predominaba en Europa en aquellos tiempos, con este principio se pretendió restringir los privilegios, pues se pretendía que las leyes emitidas por el autárquico, sea aplicada de manera *erga omnes*, es decir, de manera general sin ninguna distinción, y en fundamento a todo ello es que hoy en día las normas materiales y formales dentro de un Estado de derecho debe ser aplicada de forma general y unipersonal dejando de lado la existencia de leyes particulares basadas en la diferencia de las personas, en ese sentido, el derecho de la igualdad comprende que todo individuo debe ser tratado de manera equivalente por parte del Estado, asimismo, se debe se debe dar la prohibición de tratos desiguales, de discriminación en personas que tienen la condición de iguales, sin embargo, la realidad social ha evidenciado que existe diferencias en la sociedad por lo que se reclama que el Estado establezca medidas destinadas a cumplir con el principio y derecho de igualdad ante la ley.

Desde la perspectiva constitucional, el principio de igualdad tiene dos fases importantes para poder comprenderlo: la igualdad ante la ley e igualdad en la ley, este primero se refiere a que la norma es aplicada por igual a todas las personas que se encuentra en una situación establecida como supuesto en la norma jurídica, la segunda fase, se trata de que un órgano de justicia no puede

de forma arbitraria modificar el sentido de su fallo en circunstancias iguales, cuando crea conveniente y además alejarse de los precedentes sin ninguna explicación para ello referido órgano competente deberá fundamentar razonablemente y suficiente porque su apartamiento del precedente en casos que son sustancialmente iguales (Gutiérrez, 2011, p. 78). Lo mencionado por dicho autor acerca de la igualdad es apropiado debido a que se configura en el desafío que enfrenta constantemente al derecho, más aún en aquellas sociedades donde existe la diversidad cultural, siendo así, que existe una aspiración normativa en lo que respecta a la igualdad y su relación a la dignidad humana que se le atribuye a cada individuo sin ninguna distinción puesto que se trata de un bien jurídico constitucional.

#### *1.5.2.1.2. Definición y alcance.*

El principio de igualdad ante la ley como todo principio jurídico cuenta con un origen y este se da en un momento en específico como el resultado de un esfuerzo, que implica una línea evolutiva. Por ello, abordar acerca de la igualdad desde un punto de vista constitucional, implica determinarlo desde dos dimensiones; por un lado, como un principio que rige todo el ordenamiento jurídico de un Estado democrático de derecho, que se considera como un valor fundamental y a la vez una regla esencial que se enfoca en preservarlo y garantizarlo. Por otro lado, es considerado como un derecho constitucional, que se exige de manera individual porque otorga a toda persona el derecho de ser tratado de manera igual ante la ley y de no ser objeto por ningún motivo o razón de discriminación (Praeli, 1997, p. 63).

Cabe decir que, tal como refiere dicho autor lo usual es que se encuentre textos constitucionales en determinados artículos que expresen y consagren de manera clara y concisa el derecho de igualdad ante la ley así como la prohibición de cualquier forma de discriminación, de igual manera se encuentra el principio de igualdad el cual también contiene un valor especial por tratarse de una regla que debe ser considerada al momento de desarrollar la aplicación y el desarrollo legislativo de manera conjunta sobre los derechos fundamentales que se encuentran consagradas en la Constitución.

La igualdad ante la ley puede ser entendido como la relación de dos personas, circunstancias u objetos, en otras palabras, se realiza una comparación entre dos cosas, circunstancias o personas iguales, en caso no

exista elementos de comparación no es posible realizar la aplicación de igualdad bajo esta condición.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos considera en su artículo 2, que toda persona posee los mismos derechos y libertades que se contiene en referida Declaración, esto quiere decir, que no existe alguna diferencia en base al sexo, color, religión, raza, opinión política o de cualquier otra índole que sea nacional o social, de posiciones económicas o cualquier otra situación que amerite diferencia entre los ciudadanos, a esto se suma, la condición política, jurídica e internacional del territorio país que esté sujeto a la condición de una persona.

De lo prescrito, por la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2 podemos sostener que hace referencia en sí al principio general como al derecho en específico de igualdad, y que a la vez se reconoce todo derecho de manera igual sin ninguna distinción a toda persona, así mismo, esta disposición se encarga de prohibir cualquier discriminación que se fundamente en el estatus de una persona, buscando la igualdad *erga omnes*.

Otra disposición importante que realiza la Declaración Universal de Derechos Humanos en adelante DUDH, viene a ser lo prescrito en el artículo 7, donde se da el reconocimiento al derecho de toda persona hacer tratado de manera igual ante la ley, de igual manera, se hace mención a la igualdad de protección de la ley y la protección igualitaria de la ley, dichos términos podrían ser interpretados bajo el mismo sentido de necesitar una igualdad positiva, sin embargo, aunque sus significados no hayan sido definidos con precisión por sus redactores aún existe una disputa con respecto a ello, empero, pese a dicha controversia es evidente que la gran mayoría de redactores entienden que existe una distinción entre dichos conceptos acerca de la no discriminación, igualdad ante la ley y el último término que es la igualdad de protección de la ley (Estrada, 2018, p.325).

En esa misma perspectiva, García (1991, p. 144) afirma que el principio de igualdad como tipo del derecho relacional, suele ser complejo para ser entendido en el derecho a la igualdad como un derecho independiente, al igual que es difícil hacerse la idea de una violación del derecho a la igualdad que no comprende la transgresión de otro derecho, esto se debe a la naturaleza en específica de la igualdad ante la ley y su exigencia de que la transgresión se de

en un ámbito material determinado; no se vulnera la igualdad en abstracto; sino en la regulación, aplicación y gestión de este mismo.

#### *1.5.2.1.3. Fundamento jurídico.*

Es menester partir señalando que el principio de igualdad y no discriminación viene a ser una piedra angular en el derecho internacional, puesto que a la vez es un derecho humano muy reconocido incluso en todos los Estados que forman parte de las Naciones Unidas asumen la obligación legal de proteger y promover el derecho a la igualdad y la no discriminación. Es por eso por lo que en fundamento a dichas obligaciones es que tradicionalmente se ha equiparado al derecho humano de igualdad y no discriminación (Smith, 2020, 59).

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla el derecho de igualdad en su artículo 2 y artículo 7 como la igualdad ante la ley y protección equitativa de la ley, dónde este último se refiere a que todos somos iguales ante la ley y que no debe existir ninguna distinción, así mismo, se sostiene que el derecho a la igual de protección de la ley se refiere a aquella protección contra toda discriminación que pueda contradecir la Declaración en desarrollo.

Después de haberse desarrollado de manera general los articulados respecto al principio de igualdad ante la ley en la Declaración Universal de los Derechos Humanos procederemos a desmembrar lo referido en el artículo 2 el cual hace mención acerca de que toda persona posee todos los derechos y libertades que se encuentran investidos en dicha Declaración, esto sin ninguna distinción ya sea por raza, color, sexo, religión, idioma, opinión política o de cualquier otro índole, origen social o nacional, nacimiento, posición económica u otra condición, incluso, no se podrá realizar ninguna distinción basada en la condición política, jurídica o territorial que esté sujeta una persona.

Lo dispuesto en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos se refiere al principio de igualdad de forma general y al derecho en específico, es por eso que se reconoce aquellos derechos que se encuentran contemplados en dicha Declaración para que pueda ser aplicada a todas las personas sin ninguna distinción de acuerdo a lo admitido anteriormente, es más esta disposición se enfoca de prohibir cualquier discriminación que se base en el estatus de la persona, en otras palabras, se enfoca en la igualdad entre grupos.

En el caso del artículo 7 de la misma Declaración en desarrollo se confirma el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley como la igualdad de protección de la ley o la protección de manera igual de la ley. De modo tal que lo dispuesto en el artículo en desarrollo puede ser interpretado desde la perspectiva de necesitar una igualdad positiva, a pesar de que su significado no se encuentre determinado de manera precisa por el redactor produciéndose una discusión al respecto.

De igual manera, la igualdad ante la ley se encuentra en diferentes disposiciones e instrumentos que forman parte de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, por tal razón, se dio lugar a este principio en la Carta Internacional de Derechos Humanos como un aspecto importante. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adopta en su artículo 26 acerca de que toda persona es igual ante la ley y poseen el derecho a la no discriminación a una protección igual de la ley. De esta manera, es que la ley prohíbe todo tipo de discriminación y garantiza la protección efectiva e igual contra cualquier tipo de discriminación por motivos, color, raza, religión, sexo, política, origen nacional o social, nacimiento, estatus u otra índole.

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado aportes significativos sobre la conceptualización de la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de este principio mediante las opiniones de Consulta, es por eso por lo que en fundamento a esto es que el derecho de igualdad es aceptado por casi todas las Constituciones a nivel mundial.

### **1.5.2.2. Igualdad ante la ley en la Constitución de 1993**

#### *1.5.2.2.1. Límites y restricciones.*

La Constitución Política peruana de 1993 consagra en su artículo 2 numeral 2 que todas las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley, aunado a esto se establece que nadie deberá ser discriminado por cualquier aspecto como el sexo, raza, opinión, religión, idioma, condición económica o cualquier otra índole.

El Tribunal Constitucional a través de una sentencia ha determinado que la igualdad ante la ley es contemplada como un principio-derecho debido a que se centra en una perspectiva de igualdad, produciendo la efectividad del respeto a la dignidad y la esencia del ser humano, por tal razón, no es posible vulnerar

referido principio-derecho porque de no ser así, se produciría la afectación de la dignidad humana.

#### *1.5.2.2.2. Igualdad material y formal.*

Tanto la igualdad material y formal son dos variaciones del principio global de la igualdad ante la ley, resaltando que en estos dos, el que sobresale es el principio de igualdad formal porque el Estado lo reconoce, facilita y habilita la igualdad a través de circunstancias y ocasiones suscitadas entre las personas, por otro lado, en lo que concierne a la igualdad material, este resalta por el respeto y el reconocimiento que le da al derecho que tienen las personas en relación al trato y a ejercer la ley por igual.

Al mismo tiempo, Gonzales (2015, p. 77) sostiene que la igualdad ante la ley como principio ha resaltado por caracterizarse y ejercer la justicia, implicando una gran formación para ser concretada, debido a que este principio requiere en muchas circunstancias una gran relevancia para sí mismo, porque la justicia cuando es practicada impacta en muchas situaciones que implica su respeto en las diferencias para ciertas situaciones sociales al momento de aplicarse la ley.

En otras palabras, la igualdad ante la ley como principio se ha establecido a través de la caracterización y el ejercicio de la justicia. Esto requiere una gran preparación porque este principio necesita de una gran relevancia en muchas situaciones porque cuando se aplica la justicia, influye a muchos casos y su respeto en las diferencias para determinadas circunstancias al momento en que se aplica la ley.

Por consiguiente, Praeli (2016, p. 56) considera al principio de igualdad como el medio por el cual todas las personas mantienen un trato igual, que sean ciudadanos dignos de ser respetados y que se produzca un mejor trato entre ellos. En modo similar, el Tribunal Constitucional ha especificado que al referir sobre la igualdad este se relaciona directamente con la ley por lo que su respeto es necesario como una igualdad jurídica, sin embargo, ello no implica que se haga referencia a una igualdad material o efectiva, sino que frente a los supuestos iguales se determinen efectos iguales, pero se debe justificar de manera razonable para que pueda tener como base el valor de ser aceptado de manera general.

#### *1.5.2.2.3. Prohibición de la discriminación.*

Al hacer referencia sobre la prohibición de la discriminación, se trata del enfoque que se da a que ninguna persona que ocupe el cargo de funcionario o servidor público puede efectuar tratos desiguales entre los individuos, de igual manera, puede entenderse como la prohibición a todo trato desigual, el cual puede producir la perturbación de un normal ejercicio de los derechos fundamentales, por otro lado, también se establece que el Estado mediante sus órganos que emiten normas prevé que éstas no se forjen en base a fórmulas discriminatorias, en defecto que el órgano judicial no emita resoluciones contrarias al derecho (Pérez, 2016, p. 89).

Por lo tanto, la prohibición de discriminación es un principio por el cual se delimita que toda persona debe ser tratado con justicia, igualdad y dignidad sin darle importancia a su origen étnico, género, raza, religión sexo, discapacidad y otras características personales. En efecto esta prohibición se orienta a cualquier tipo de trato desigual o perjudicial hacia una persona o un grupo en base a su característica, se busca garantizar la protección del derecho a la igualdad y oportunidad para las personas muy aparte que puedan tener diferencias.

Así mismo, García (2017, p. 104) sostiene que este principio no solo engloba a la discriminación de forma directa y manifiesta sino a la forma más tenue de discriminación, como viene a ser el trato diferenciado fundamentado en prejuicios, estereotipos o normas sociales arraigadas, referida prohibición obliga a los Estados y demás órganos a prevenir, prohibir y eliminar todo tipo de discriminación en las políticas, leyes y prácticas.

En conclusión, la prohibición de discriminación conlleva a que se proteja a la persona contra las discriminaciones, debido a que se le considera como un componente fundamental de los derechos humanos universales, por tal razón el cumplimiento de este suele ser esencial para que exista una administración justa, inclusiva y respetuosa de la dignidad del hombre.

#### *1.5.2.2.4. Aspecto general.*

La igualdad ante la ley se encuentra contemplado en el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en mencionada disposición se establece que todos sin distinción alguna son considerados como iguales ante la ley, es por esa razón, que sin ninguna distinción todos tienen derecho a ser protegidos de manera igual ante la ley. En pocas palabras, toda persona tiene

igual derecho de protección contra cualquier trato de discriminación que trasgreda lo dispuesto en la presente Declaración y contrario a todo acto de provocación a referida discriminación.

Por consiguiente, en el caso de la legislación nacional el derecho de igualdad ante la ley se encuentra prescrito en la Constitución Política peruana de 1993 artículo 2, numeral 2 el cual hace referencia a que toda persona tiene el derecho a ser tratado igual ante la ley, es por eso por lo que nadie puede ser discriminado por sexo, raza, origen, religión, condición, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Visto constitucionalmente el derecho a la igualdad cuenta con dos vertientes importantes que vienen a ser; “igualdad ante la ley”, “igualdad en la ley”. En el caso de la primera vertiente se asume que la norma sea aplicada por igual a todas las personas que se encuentran en las circunstancias establecidas en la norma y el segundo recae en que la norma debe proteger a toda persona sin realizar ninguna distinción.

### **1.5.2.3. Discriminación y sus causas.**

En relación a la discriminación y las causas que dan lugar a su existencia suelen ser diferentes como el sexo, raza, nacionalidad, ideas políticas, religión y otros, usualmente al momento en que se prohíbe la discriminación en la norma constitucional se hace referencia de manera expresa a distintas razones por el cual se produce, para ello se delimita que esta discriminación no recae en un listado de causas taxativas sino sobre causas enunciativas tal como pasa con la Constitución peruana de 1993 en su artículo 2, inciso 2, que ninguna persona será discriminado ya sea por raza, sexo, idioma, religión, opinión, economía, y otra cualquier índole.

Como se evidencia, la Constitución en referencia describe de manera expresa siete circunstancias que dan origen a la discriminación, sin embargo, deja claro que referida prohibición es aplicable a cualquier otro tipo de discriminación que se pueda producir, ello se evidencia en la acepción “cualquier otra índole”.

En esa misma línea, Ballester (1994, p. 169) establece que la discriminación por raza se relaciona con el trato injusto, desigual, y perjudicial que se realiza en contra de una persona o grupo en base a la pertenencia étnica o racial que pueda tener, este tipo de discriminación implica prejuicios,

estereotipos, prácticas discriminatorias vinculadas a la percepción de superioridad o inferioridad de cierta etnia o raza.

Por consiguiente, la discriminación por causas de raza ha permanecido en la historia relacionada con la presencia de distintos grupos étnicos, entre ellos indígenas, mestizos, afrodescendientes y otros grupos étnicos. Los estereotipos y prejuicios raciales han influenciado de forma negativa en las oportunidades, participación política, educación, acceso al servicio básico, empleo y otros aspectos necesarios para un desarrollo de vida.

De igual manera, Alcántara (2005, p. 104) refiere que otra de las causas de discriminación viene a ser el sexo también denominada discriminación de género, este se relaciona con el trato injusto y desigual a una persona o grupo en base a su sexo esto es mujer o varón. La discriminación en manifestación suele evidenciarse mediante estereotipos, los roles de género determinados en la norma social donde se dan ciertos comportamientos, oportunidades o derechos fundamentados en el sexo de la persona produciendo un trato discriminatorio.

En ese sentido, la discriminación por sexo es un problema complejo que afecta tanto a los varones y mujeres sin diferenciarlos en base a los distintos aspectos ya sean sociales, económicos o políticos. Así por ejemplo en el caso de las mujeres enfrentan constantemente obstáculos y desigualdades los diferentes ámbitos ya antes mencionados.

La discriminación por idioma es otra de las causas que se vincula con el trato desigual en fundamento a la forma de hablar o entender, esto es el idioma en como la persona o grupo domina. Esta forma de discriminación suele ser manifestada de diferentes maneras debido al contexto lingüístico que predomina en algunos países que tienen diversidad de lenguas oficiales o comunidades lingüísticas tal como lo señala (Bernal, 1998, p. 67).

Por lo expuesto podemos asegurar que la discriminación de idioma se vincula con la marginación cultural y la preservación de las formas lingüísticas que emplean para comunicarse, por tal razón muchos grupos minoritarios enfrentan dificultades en lo que es la preservación de su lengua y cultura, esta misma situación genera la exclusión social y con ello la pérdida de su patrimonio cultural.

Al mismo tiempo, se encuentra la discriminación por religión, esto en sustento a las creencias religiosas o afiliaciones a un grupo religioso, esta discriminación se manifiesta de distintas maneras como es la exclusión de oportunidad laboral, restricción a los servicios básicos, marginación social, acoso o violencia basada en la religión como lo menciona (Acale, 2006, p. 88).

Como se ha podido apreciar en el caso de la discriminación por religión y otras causas, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha visto por conveniente proteger y promover la libertad de religión sin que las personas puedan ser discriminados ni perseguidos como resultado de pertenecer a un grupo religioso.

Otra de las causas de discriminación suele ser por la opinión, esto debido a que una persona emite opiniones, ideas, convicciones o posturas sobre determinados temas, religiones, políticas y otros, por tal razón, dicha situación conlleva a un trato marginado y discriminatorio para estas personas o grupos que tienen diferente forma de pensamiento o expresión, la forma de discriminación en desarrollo puede darse a través de una exclusión social, educativo, político, hostigamientos o violencia ejercida en contra de aquellos que expresan opiniones que difieren a una mayoría o a los que dominan en una sociedad (Rocha, 2015, p. 66).

Por lo tanto, la discriminación por opinión trastoca el derecho de la libertad de expresión, puesto que aquellas persona o grupos expresan opiniones que son consideradas como contrarias, impopulares o que son desafiantes a las normas establecidas en una sociedad, esta situación da lugar a discriminaciones, represiones o represalias en contra de los grupos minoritarios o personas que suelen ejercer la libertad de expresión.

Por último, Escolano (2006, p. 320) señala que se encuentra la discriminación económica por el cual se genera el trato desigual o perjudicial frente a una persona o grupo debido a las circunstancias económicas o condición socioeconómica en las que se encuentra, esta discriminación suele expresarse de diferentes maneras, entre ellas; la exclusión y discriminación en los ámbitos relevantes sobre la desigualdad social y económica.

En síntesis, la discriminación económica se da a los grupos socioeconómicos marginados, es decir, personas en situación de pobreza, desempleo, trabajador precario, personas pertenecientes a clases sociales con

menor privilegio, estos enfrentan discriminación a la vivienda adecuada, educación, atención médica, y demás servicios esenciales.

#### *1.5.2.3.1. Discriminación y sus formas.*

Entre las formas más comunes de discriminación se encuentran las directas o indirectas, esta distinción ayuda a entender que las prácticas discriminatorias no siempre se manifiestan explícitamente. Es así como el trato desigual se manifiesta claramente en la discriminación directa, esto ocurriría, por ejemplo, si se estableciera una regla que prohíbe que las mujeres voten, la situación antes referida se trata de una discriminación directa tal como lo postula (Díaz, 2015, p. 299).

De manera que la discriminación directa puede ser entendida como la forma evidente y manifiesta de trato desigual o perjudicial a una persona o grupo basado en determinadas características protegidas como viene a ser; la raza, género, religión, edad, discapacidad y otros aspectos relacionados con la producción de desigualdades entre los individuos, este tipo de discriminación es explícita, evidente e identificable puesto que se manifiesta sin ninguna ambigüedad.

La discriminación directa se relaciona con aquellas situaciones donde existe un trato menos favorable para una persona que se encuentra en las mismas circunstancias que otra, pero que por alguna característica protegida recibe un trato discriminatorio de forma evidente. Esto es que el trato se da de manera explícita y clara que no da lugar a malentendidos.

Por su lado, Domínguez (2018, p. 367) refiere que la discriminación indirecta no se presenta de manera evidente, por lo que es necesario recurrir a varios factores adicionales para afirmar que existe un trato discriminatorio. Por ejemplo, se podría justificar la necesidad de una estatura específica para acceder a un puesto si se establece una norma, pero a la vez se podría justificar su necesidad en los fines del puesto, por tal razón, podría argumentarse que discriminar a una parte significativa de la sociedad con esa talla.

Esta forma de discriminación se trata de la manera más sutil de trato desigual que no puede ser identificada de manera rápida o a simple vista, en comparación a la discriminación directa, la discriminación indirecta no suele darse de manera intencional ni en forma manifiesta, sin embargo, tiene las

mismas consecuencias desfavorables y desventajosas para la persona o grupo sobre el cual recae esta discriminación.

#### *1.5.2.3.2. Prohibición de normas discriminatorias.*

Hacer mención sobre la prohibición de normas discriminatorias requiere hacer un análisis del derecho a la igualdad ante la ley porque este es parte de del derecho de igualdad, el cual tiene una relación importante con lo que es la prohibición de una norma discriminatoria. Es así como el derecho de igualdad se trata de que toda persona sea tratada en forma igual, de no ser así se producía una situación de discriminación, ello implica al Estado por su facultad normativa, para que no puedan incurrir en el grave error de emitir normas con mandatos discriminatorios. En consecuencia, el derecho de igualdad establece que una norma debe ser dictada y aplicada de manera igual para todos (García, 2021, p. 55).

De hecho, si una norma dictada por el Estado o sus órganos establecen una norma con trato desigual es necesario que se apliquen ciertos criterios en específicos para fundamentar su razón de ser, ello con la finalidad de establecer si se trata de un mandato legal por el cual sí emite una diferenciación o se trata de una norma discriminatoria.

En esencia, es relevante determinar que la denominación del derecho “igualdad ante la ley” no debería ser entendido como una prohibición de discriminación mediante una norma emitida por el Estado en sí, puesto que tiene la facultad de emitir leyes desde un sentido formal, en pocas palabras, específicamente del poder legislativo, por el contrario, dicha prohibición debe estar dirigida a todas las autoridades que conforman el Estado y que cuentan con la potestad de emitir una norma legal.

#### *1.2.1.5.3. Fundamento de trato desigual desde el lumbral del derecho constitucional.*

Al respecto, la Constitución de 1993 refiere en el primer párrafo del artículo 103 sobre la expedición de leyes especiales en caso la naturaleza de las cosas lo requieran, sin embargo, no se admite que sea por razones de diferenciación entre las personas. Por consiguiente, lo establecido en esta disposición se acoge al principio de generalidad y de la condición de igualdad al momento de expedir las leyes, evitando con esto conceder estatutos o privilegios particulares o personales.

Efectivamente, el principio de igualdad se encuentra consagrado en la Constitución y con este el reconocimiento de la existencia de situaciones en las que se requiere un trato desigual podría ser justificado y válido a nivel constitucional, es por eso que en el caso de la Constitución Política de 1993 el principio de igualdad se encuentra contemplado en el artículo 2, este establece que toda persona es igual ante la ley y se prohíbe la discriminación, ya sea por motivos de raza, origen, sexo, religión, idioma, opinión, condición económica o cualquier otra índole a esto se suma el reconocimiento de la igualdad de oportunidades sin ninguna discriminación.

No obstante, el artículo en referencia también contempla excepciones razonables sobre la igualdad ante la ley en caso de que existan situaciones objetivas que logren justificar el trato diferente para garantizar un acceso efectivo a las oportunidades y derechos. Desde esa perspectiva, el término del principio de igualdad no significa que necesariamente haya un trato idéntico para todos los casos, sino también se reconoce la posibilidad de justificación de diferencias de trato siempre y cuando haya razones objetivas que contengan fines legítimos como la protección de la vulnerabilidad de grupos o la corrección de desigualdad (Bernaes, 1996, p. 95).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha interpretado y aplicado referidos principios para reconocer el trato desigual que puede ser válido desde la perspectiva constitucional en caso de que este cuente con una justificación objetiva irrazonable, además no debe ser arbitrario ni discriminatorio, por lo tanto, ello significa que es posible determinar políticas o medidas de trato diferenciado pero necesariamente deben orientarse a corregir las desigualdades y proteger a los grupos vulnerables.

En conclusión, el fundamento del trato desigual desde la perspectiva del derecho constitucional peruano se centra en la garantía de igualdad ante la ley, pero que a la vez permite excepciones justificadas que tienen como finalidad la corrección de desigualdades o la protección de aquellos grupos vulnerables, sin embargo, para esto el trato diferenciado debe encontrarse respaldado por razones objetivas irrazonables.

#### **1.6. Jurisprudencia relevante de la responsabilidad restringida.**

### **1.6.1. Casación N° 335 – 2015 – Del Santa.**

La presente casación establece los criterios para determinar judicialmente la pena en casos de violación sexual por la menor edad, de ahí surge la relación con la inaplicación de la responsabilidad restringida. El Código Penal en su artículo 173 inciso 2 hace referencia a la inaplicación de la pena con conminada mediante un control difuso a la ley, para con ello poder establecer la compatibilidad con la Constitución, por tal razón, se requiere realizar la prueba de proporcionalidad desde los tres subprincipios fundamentales que son; la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto *sensu*. De la misma manera, es la inaplicación de la prohibición determinada en el Código Penal, artículo 22 segundo párrafo, requiere realizar un control difuso especialmente para el delito de violación sexual y con esto establecer si es compatible o no con la Constitución.

Lo señalado anteriormente acerca del control difuso se hace con la finalidad de poder establecer la graduación de la pena concreta que se le impondrá al procesado, por otro lado, en el supuesto de la inaplicación de la pena conminada del tipo penal en análisis, se requiere enfocarse en el Código Penal, artículo 29, en el caso de individualización judicial de la pena para el autor o partícipe que en el momento de concretarse el delito tenía entre 18 y 21 años se considerar los siguientes elementos:

- En el hecho no debe existir amenaza o violencia en contra de la víctima para el acceso carnal.
- La edad de la agraviada debe aproximarse a los 14 años.
- Debe existir una mínima afectación psicológica de la víctima.
- Diferencia de la edad entre el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito.

### **1.6.2. Expediente N.º 00751-2010-PHC/TC.**

En el presente expediente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la aplicación de los criterios restrictivos en cuanto a la aplicación de la responsabilidad restringida, en concordancia a lo establecido por el Código Penal, artículo 22, primer párrafo sobre la responsabilidad restringida por la edad se ha especificado que según el criterio del juez se dará la reducción de la pena de manera prudencial o la inaplicación de lo prescrito en el segundo párrafo del artículo en desarrollo.

### **1.6.3. Acuerdo Plenario N.º 4 – 2008/JC-116**

Desde ese punto se requiere entender de manera precisa sobre la libertad sexual y la capacidad legal que posee un individuo para desarrollarse en el aspecto de su sexualidad, por otro lado, la indemnidad sexual requiere ser entendida desde el punto de vista de la preservación de la sexualidad en caso no esté en condición de decidir acerca de su actividad sexual.

Por otro lado, la indemnidad sexual debe ser entendido como la conservación de la sexualidad de aquel individuo que no se encuentra en la condición de decidir por sí mismo sobre sus actividades sexuales, esta situación puede recaer en una persona incapaz o en un menor. El derecho a una actividad sexual en libertad es el fundamento material de las infracciones que las comprende en ambos casos, en consecuencia, es necesario establecer, a partir de la Constitución y las regulaciones actuales, la edad en la que una persona puede ejercer su libertad sexual y, por lo tanto, la edad en la que el Estado tiene la obligación de criminalizar acciones que vulneren la indemnidad sexual.

No obstante, es importante destacar que existen otras regulaciones igualmente vigentes que se relacionan con el tema y forman parte de figuras jurídicas penales tradicionales de nuestro sistema punitivo, lo que permite modificar el tipo de sanción. En este caso el Código Penal, artículo 175 regula el concepto de seducción, castiga a aquellos que tienen relaciones sexuales con alguien de entre catorce y dieciocho años, manipulando su voluntad mediante el engaño, en esencia dicho artículo implica inevitablemente que la víctima tiene la libertad de elegir su sexualidad, pero esta libertad ha sido limitada por el engaño, un medio ilegal para obtener el consentimiento.

### **1.7. La culpabilidad en la inimputabilidad restringida y su graduación de punibilidad.**

La inimputabilidad restringida se encuentra relacionada con aquella circunstancia donde una persona no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de sus actos o dirigir sus acciones de forma considerable y disminuida, pero que no se encuentre ausente. Para esta situación la culpabilidad podría ser afectada generando una gradación de punibilidad (Cafferata, 2017, P. 56).

Desde ese punto de vista, el Código Penal establece en su artículo 20 la disposición de inimputabilidad restringida, esto es, que el sujeto activo al momento en que cometa el delito por la alteración de su facultad mental o por

inmadurez psicológica, no cuenta con aquella capacidad de comprensión sobre el hecho ilícito, razón por el cual se prevé la atenuación de la pena. Efectivamente el marco normativo penal concede cierta flexibilidad en la grabación de una pena en caso se trate de una inimputabilidad restringida, esto quiere decir que el juez puede considerar la circunstancia especial del agente y la severidad de su incapacidad para poder establecer una reducción en la pena en comparación a un agente que tiene plena capacidad al cometer un delito igual o similar.

En esa misma línea, el juez tiene la potestad de ordenar la disminución de la pena, así como dictar medidas de tratamiento psicológico o médico para el agente, esto con el propósito de su rehabilitación y reinserción en la sociedad, dicho tratamiento puede ser valorado incluso como una manera de cumplir la pena, para ello el sujeto activo tendrá que estar sujeto a una supervisión de periodos para su evaluación de progreso y garantizar que no representa un peligro para la sociedad. Para concluir, la aplicación de la inimputabilidad restringida y la gradación de la punibilidad en la legislación peruana se encuentra sujeto a la interpretación judicial y a las disposiciones normativas contempladas en el Código Penal y demás normativas relacionadas a este.

#### **1.7.1. Nociones básicas de la culpabilidad**

El hacer referencia sobre la culpabilidad implica entenderlo como un elemento esencial en la responsabilidad penal, ello desde la postura de la responsabilidad restringida, se es consciente que existe una disminución de culpabilidad del agente por la condición de incapacidad en la que se encuentra, por lo dicho, entonces la culpabilidad está referido a la responsabilidad moral de una persona frente a la comisión de un delito, para ello se requiere que el agente realice el delito de manera consciente y voluntaria, es decir, el sujeto necesariamente tiene que actuar con un pleno conocimiento de lo que desea hacer y la intención de cometer el delito.

Por otro lado, el sujeto debe tener la capacidad emocional y mental para comprender la ilicitud de su acción, así mismo, para poder actuar según su nivel de entendimiento, en otras palabras, la persona debe ser capaz de comprender su naturaleza y las consecuencias de sus actos para poder aplicar la inimputabilidad. Ahora bien, para poder determinar la existencia de culpabilidad se requiere la presencia del dolo o la culpa, puesto que existe una distinción de

grados de la culpabilidad así, por ejemplo, el dolo se relaciona con la intención consciente de cometer un delito, por el contrario, la culpa se vincula con la negligencia o la falta de precaución que hace posible la comisión del acto delictivo (Kunsemuller, 2001, p. 205).

De igual manera, existen causas excluyentes que se relacionan con la culpabilidad como vienen a ser el estado mental, condición psicológica, edad y otras circunstancias que excluyen la culpabilidad de una persona, tal es el caso de la inimputabilidad el cual está referido a la incapacidad de una persona para ser considerado penalmente responsable por su condición mental que interfiere para comprender la ilicitud de sus acciones.

La culpabilidad desde la perspectiva de Castillo (2002, p. 369) sostiene que se trata del axioma más importante de los que se cimientan directamente de un Estado de Derecho, es el más fundamental en el desarrollo del Derecho Penal contemporáneo, ya que su violación implica un desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Gran parte de la doctrina jurídico-penal lo considera un postulado fundamental inherente a la nación de Estado de Derecho social y democrático.

En síntesis, la culpabilidad desde una amplia perspectiva viene a constituirse en la conciencia, voluntariedad y responsabilidad moral de una persona por realizar un acto delictivo, se trata de un principio base en el derecho penal por el cual se determina el eje para establecer la responsabilidad y la pena de un hecho delictivo en el sistema judicial.

#### ***1.7.1.1. Una visión psicológica de la culpabilidad.***

La culpabilidad vista desde la perspectiva psicológica engloba experiencias complejas como las emocionales y cognitivas que se presentan cuando una persona es consciente de que ha trasgredido una norma social, ética o personal, por ello se siente responsable de haber generado un daño en concreto o percibido tal como lo señala (Apter, 2008, p. 67).

Desde la visión psicológica, la culpabilidad se encuentra estrechamente apegada a las emociones como es el caso del remordimiento, vergüenza, pesar, o arrepentimiento, referidas emociones suelen variar en cuanto a la intensidad debido a cada percepción particular sobre la gravedad de su trasgresión, consiste en una evaluación interna donde el individuo por sí solo se juzga sobre las acciones y asume la responsabilidad por sus actos, este se consolida con la

capacidad de reflexión sobre lo que hizo, el daño ocasionado y los efectos de su acción.

Por su parte, Sánchez (2015, p. 204) refiere que la culpabilidad está relacionada con las normas y valores individuales de cada persona, viene a ser una discrepancia entre la acción realizada y el propio estándar ético el cual aumenta o disminuye según la sensación de culpa que pueda tener la persona. Esta situación en muchos casos conlleva que por la culpabilidad se motive el reparar el daño producido mediante una disculpa, enmienda, comportamiento compensatorio, la penalidad por su acción y otras formas de reparación.

#### ***1.7.1.2. Una visión normativa de la culpabilidad.***

Esta perspectiva, se fundamenta en los principios y criterios contemplados por la ley para establecer si una persona es culpable o no en la comisión de un delito, por ende, la culpabilidad desde la óptica normativa se asocia con la vulneración de la ley, es por eso por lo que para que exista la culpabilidad, la acción realizada debe de estar tipificado como tal en la ley vigente en el momento y lugar de los hechos cometidos.

Al respecto, Peña (2013, pp. 79-80) connota que la importancia de la culpabilidad político criminal de primera línea radica en que establece normativamente las condiciones y/o presupuesto que deben cumplirse para que se pueda imponer una pena legítima al autor o partícipe. La culpabilidad abarca una variedad de elementos que se adscriben al derecho penal democrático, los principios de necesidad, eficacia y proporcionalidad indican la importancia del principio de culpabilidad desde una perspectiva político-constitucional.

El autor anteriormente mencionado, sostiene que la culpabilidad es un principio cuya aplicación es evidente tanto en el ordenamiento jurídico como en el derecho penal contemporáneo. Por lo tanto, la culpabilidad, junto con el principio de legalidad, dirige no solo el funcionamiento del derecho penal, sino también limita el poder punitivo del Estado, esto porque puede incurrir en excesos justificados con fines preventivos en su legítimo intento de detener la criminalidad.

En ese sentido, el concepto de culpabilidad es crucial en la creación de un sistema jurídico penal que proteja al procesado, ya que no puede ser sometido a una sanción que no coincida con su culpabilidad, el desarrollo de la culpabilidad no puede separarse del desarrollo de un derecho penal

democrático. Además, la culpabilidad, conocido también como principio político criminal, incluye una variedad de principios relacionados. Uno de los más importantes y prácticos es el principio de proporcionalidad, que se enfoca en la determinación de la pena teniendo en cuenta la culpabilidad del agente que cometió el delito, estableciendo una igualdad entre la pena y la culpabilidad.

De otro lado, Rusconi (2007, p. 67) sostiene al respecto que desde el aspecto garantista de la culpabilidad tradicional es considerado con reserva: si hay culpabilidad, se debe aplicar una sanción incluso sin necesidades preventivas, mientras que si no hay culpabilidad (posibilidad de actuar de otra manera legalmente) no es posible aplicar una sanción penal, incluso si las necesidades preventivas sugieren lo contrario, es considerado como una restricción adversa de la efectividad de la norma política-criminal.

Como es evidente, las teorías preventivas de la pena están muy limitadas por el principio de culpabilidad, para prevenir delitos, es crucial aplicar una pena sin depender de la culpabilidad del acusado, sino para tener un impacto general en la sociedad o particular en el acusado. Entonces, la pena siempre debe ser proporcional a la culpa del autor, siempre dentro de los límites establecidos por la norma de contenido penal, si la pena es superior a la culpa del agente, se observaría un abuso en la aplicación de la ley y las consecuencias punitivas que la misma conlleva, por parte del Estado como el facultado del derecho a castigar.

### ***1.7.1.3. La asequibilidad normativa de Roxin.***

Para detallar la asequibilidad normativa de Roxin acerca de la culpabilidad necesariamente se tiene que establecer que se entiende por “asequibilidad normativa” y es que este término responde a la afirmación de culpabilidad de la persona cuando este se encontraba disponible al momento del hecho para la determinada norma de acuerdo con su condición mental y anímica. Ocurre que referida disposición no existe en caso de que la norma no puede hacerse efectivo en la conciencia de la persona de la persona por razón de su edad infantil, por error de prohibición invencible o por algún déficit mental.

Por lo tanto, si el sujeto es asequible normativamente de acuerdo con lo señalado en líneas arriba, en otras palabras, si la persona dispone del conocimiento y capacidad de una persona mentalmente sana y mayor de edad para las consecuencias penales, su comportamiento será consignado como culpable. La aseveración de la libertad de acción y de la culpabilidad en referidos

casos se configura como una afirmación normativa el cual procede los fundamentos del ordenamiento jurídico, en otras palabras, se trata de la facultad que no exceptúa, pero no necesita de una libertad de voluntad en un sentido científico natural (Roxin, 2017, pp. 9).

Por lo tanto, aunque esta libertad no pueda ser probada en el sentido empírico-neurológico, el ordenamiento jurídico trata como libres a las personas que son normativamente asequibles en el momento del hecho, debido a que las normas de tratamiento legal se basan en reglas jurídicas, desde una perspectiva científico natural, esta idea de culpabilidad es agnóstica, lo que significa que el derecho penal no está influenciado por los descubrimientos neurológicos obtenidos de la investigación del cerebro.

Así mismo, Roxin (2017, pp. 14) señala que la idea de la "asequibilidad normativa" se remonta a Franz Von Liszt, quien definió la imputabilidad como una determinación normal basada en motivos, no obstante, la idea de "asequibilidad normativa" se enfoca en los presupuestos de culpabilidad y los especifica en términos de determinabilidad en función de normas. Por otro lado, Peter Noll ya lo utilizó en 1966 previamente este término, pero solo mucho más tarde se convirtió en el centro de la discusión penal sobre la culpabilidad.

Por último, la perspectiva de culpabilidad que se propone aquí también es compatible con una posición indeterminista, que sostiene que una persona normativamente asequible está en condiciones de tomar decisiones autónomas conformadas causalmente exclusivamente en base a su libre voluntad, mediante una ponderación basada en motivos racionales. Se debe considerar la posibilidad de una solución indeterminista si se quiere construir un concepto de culpabilidad que sea aceptable para todas las partes, esto también respalda la idea agnóstica de culpabilidad que se sostiene aquí.

#### **1.7.1.4. La reprochabilidad basada en la culpabilidad de Jakobs.**

Al respecto, Jakobs delimita la estabilización de la confianza en el ordenamiento alterada por la conducta delictiva como el objetivo principal y determinante de la culpabilidad, por lo tanto, existe responsabilidad "cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte la confianza general en la norma" (Jakobs, 1997, p. 566).

Por lo tanto, si el autor no estaba dispuesto o se encuentra obligado a hacerlo, esta falta de motivación por la norma se entiende, como la culpabilidad y se define como una violación del derecho, que es una disminución de la confianza en la norma, de manera que para desarrollar este tipo de culpabilidad, el autor debe comportarse de manera antijurídica, tener la capacidad de cuestionar la validez de la norma, actuar sin respetar el fundamento de la norma y, en ocasiones, acompañar elementos especiales de culpabilidad que dependen del tipo de delito.

En consecuencia, el castigo al autor es inminente si se descubre que el derecho es incorrecto o no hay motivación jurídica, esto se debe al sustento de la confianza general en la norma, es más la determinación de la disposición necesaria dependerá del propósito de la pena y de las condiciones para su aplicación en el entendimiento general de la norma.

Por ende, Jakobs cree que el objetivo es preventivo-general, el Estado establece medidas preventivas para evitar violar el derecho y afectar la confianza general en la norma, en efecto, para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales, el derecho penal tiene una justificación material. Solo se orientan cuando encuentran regularidades, como en los contactos sociales y solo les interesa esos contactos sociales cuando expresan un sentido comunicativo que va en contra de las expectativas del orden jurídico, una expectativa que, sin duda, surge de la demanda social de cumplir con las normas establecidas (García, 2012, p. 67).

#### ***1.7.1.5. La culpabilidad en el derecho penal peruano.***

Sobre la culpabilidad existen autores nacionales que han desarrollado ampliamente todos los aspectos relacionados con este, así por ejemplo se tiene a Villa Stein Javier quien ha desarrollado la culpabilidad de forma puntual en su libro, por otro lado, se encuentra Urquiza Olaechea Javier, García Caveró Percy, Prado Saldarriaga Víctor, Hurtado Pozo José y otros autores nacionales más apegados por establecer aspectos esenciales de la culpabilidad.

En merito a lo señalado anteriormente, Bramont (2002, p. 359) refiere que la culpabilidad se basa en una determinación de valor, no examina al ser humano de manera abstracta y sin tener en cuenta la realidad, sino frente a un ser humano específico. Por otro lado, la tipicidad y la antijuridicidad son cruciales ya que determinan si es objetiva, subjetiva y normativamente el hecho al que

responden. Es decir, que la culpabilidad se centra en establecer el valor, centrada en un individuo, y la tipicidad y la antijuridicidad son esenciales para determinar si es objetiva, subjetiva o normativa.

De igual manera, otro de los autores peruanos que desarrollo sobre la culpabilidad es Roy (1998, p. 95) quien sostiene que la culpabilidad según la teoría que domina la doctrina es el juicio de reproche que formula el juez contra el autor o participante de una acción significativamente antijurídica, por no haber justificado su conducta a las exigencias del derecho pudiendo y queriendo hacerlo así, como elemento cuestionable del delito.

En ese sentido, el juez formula el juicio de reproche basándose en la posibilidad de hacer y el deber de hacer, de acuerdo con los requerimientos del derecho. Esto es que el juez es el encargado de formular un juicio de reproche que se sobreentiende como la graduación y proporcionalidad de la pena impuesta, de manera, que es posible afirmar que pese a reconocerse la habilidad en la frase de que la culpabilidad reside con lo mencionado se trata únicamente de lo que el juzgador decida.

Por su parte, Villa (1997, p. 105) menciona que la cuarta categoría de delitos es la culpabilidad, pues este se trata de la censura social que recibe la persona quien comete el delito violando la norma establecida, ya que tiene la capacidad de adaptarse a ella y conocer su carácter obligatorio, además, no existe una circunstancia extrema que manifieste y perciba su distanciamiento de la exigencia jurídica.

Como se aprecia gran parte de los autores citados en líneas arriba concuerdan que la culpabilidad no puede ser excluida del injusto, ya que toda acusación implica una conexión entre el hecho y el autor, solo se debe considerar la culpabilidad en aquellos casos donde se puede realizar la imputación personal, en otras palabras, debe ser posible la atribución a una persona el papel que ha desempeñado la imputación provisional del hecho. Por esta razón, es necesario dejar en claro primero qué entendemos por imputación personal para poder precisar los elementos que se agrupan en la culpabilidad.

### **1.7.2. La culpabilidad desde la inimputabilidad restringida.**

La culpabilidad desde el contexto de la inimputabilidad restringida viene a ser aquella situación donde una persona por razones de trastornos, discapacidades o condiciones psicológicas pueden haber realizado un acto que

recae en un delito, sin embargo, la capacidad para comprender la ilicitud de su acción o para actuar según con esa comprensión se denota considerablemente en disminución que otra persona con capacidad plena (Cobo, 2016, p. 67).

De igual manera, en el caso de la imputabilidad restringida, la culpabilidad es afectada debido a que el sujeto no tiene la capacidad plena de comprender la naturaleza y los efectos de sus actos, esto en comparación a una persona que es imputable debido a comprender las consecuencias a las que conlleva sus actos. Por lo tanto, la culpabilidad desde la inimputabilidad restringida se fundamenta en que la persona tiene una comprensión limitada de la licitud de sus acciones por algún trastorno mental o discapacidad lo cual reduce el grado de culpabilidad de este.

Por otra parte, Grisolfá (2018, p. 104) argumenta que la inimputabilidad restringida afecta a la culpabilidad cuando la persona al cometer un acto delictivo, su capacidad para controlarlo se encuentra relacionada a su condición mental o psicológica, aunado a ello la atribución de la inimputabilidad restringida por las razones en mención influye en la determinación de la pena.

En conclusión, la culpabilidad desde la inimputabilidad restringida se concreta cuando una persona que haya cometido un delito no tiene la capacidad plena para comprender la ilicitud de su acción y esto se debe a que tiene limitaciones mentales o psicológicas lo cual produce la reducción de su culpabilidad en el delito que haya cometido.

### **1.7.3. Cuestiones ontológicas de la graduación de la punibilidad desde la culpabilidad.**

Hacer referencia a la cuestión ontológica de la graduación de la punibilidad desde la culpabilidad en el ámbito legal y filosófico implica la esencia de cómo es que se gradúa la pena con relación al grado de culpabilidad del sujeto, es así como desde un punto de vista ontológico se cuestiona el grado de culpabilidad como único criterio para que se pueda graduar la punibilidad. En consecuencia, si la pena tiene una base puramente retributiva (justicia retributiva), basada en la culpabilidad moral del individuo, o si también debe tener en cuenta otros aspectos como la prevención general o especial, la rehabilitación y la protección social, la reflexión podría centrarse en esto (Ferrajoli, 2013, p. 44).

Ahora bien, se debe tener presente que la culpabilidad no es una idea única; su intensidad puede variar y puede manifestarse de diversas maneras, la cuestión ontológica podría preguntar cómo se puede medir o valorar el grado de culpabilidad en función de los elementos subjetivos del delito, como el dolo o la culpa, y cómo estos elementos afectan la graduación de la punibilidad.

Por otro lado, Jiménez (2010, p. 67) sostiene que se puede discutir la razón ontológica detrás de la idea de que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad de una persona, esto plantea cuestiones sobre si la severidad de la pena debe estar directamente relacionada con la gravedad de la culpa moral del acusado. Por ende, Desde una postura ontológica más amplia, la discusión sobre la graduación de la punibilidad puede incluir los aspectos éticos de la responsabilidad individual y colectiva. Esto implica tener en cuenta no solo la culpabilidad moral de cada individuo, sino también los factores externos, el entorno social y las circunstancias que pueden tener un impacto en la capacidad de actuar de manera moralmente responsable.

Por consiguiente, los debates ontológicos sobre la graduación de la punibilidad desde la culpabilidad involucran debates sobre la naturaleza misma de la culpabilidad, cómo se evalúa y cómo debe influir en la determinación de la pena dentro de un sistema legal y ético, estas conversaciones pueden variar según las perspectivas jurídicas y filosóficas, así como las normas y prácticas particulares de cada sistema legal.

## **CAPÍTULO II**

### **LA PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DESDE LA LEY N.º 30838**

#### **2.1. Terminación anticipada**

##### **2.1.1. Aspectos generales**

La terminación anticipada un proceso especial, el cual se apoya en el acuerdo de las partes procesales, pues es vista como un modelo de negociación en la justicia penal, sin embargo, la acepción de negociación no se refiere a la expresión de comercio, sino a la admisión y la aprobación de los cargos civiles y penales conforme al artículo 468 del Código Procesal Penal (Caballero, 2019, 24). Se trata de aquel mecanismo por el cual se culmina de manera anticipada un proceso penal bajo establecidas circunstancias, siendo así, que el derecho penal lo considera como el procedimiento por el cual la persona imputada de un delito llega a un acuerdo con la Fiscalía o el juez para poner fin al proceso penal de manera anticipada sin tener que llegar a juicio.

Según Angulo, en el proceso penal la terminación anticipada es referida como aquella posibilidad de poner fin al proceso sin la necesidad de instalar un juicio, también es distinguido como la “declaración de culpabilidad anticipada” porque el Ministerio público y el acusado llegan a un acuerdo en el cual se reconoce la responsabilidad por parte del acusado con el propósito de recibir a cambio beneficios procesales (2016, p. 112). Como se aprecia el acuerdo entre las partes viene a ser un aspecto importante que resalta en la terminación anticipada debido a que necesariamente se requiere que exista un acuerdo entre el acusado y el Ministerio público para con ello poder determinar las condiciones y los términos específicos, de manera que las dos partes llegan a un consenso y negocian acerca de la sanción a imponer y el beneficio procesal que se le otorgará al acusado.

Entre los aspectos generales que se encuentran inmersos en la terminación anticipada se encuentra el reconocimiento de responsabilidad, porque el acusado tiene la obligación de admitir y asumir los hechos que se le imputan, es decir se trata de la aceptación de culpabilidad por parte del imputado de aquellos cargos que se le atribuye, esto con el propósito de alcanzar los beneficios procesales, empero, esto varía de acuerdo a cada legislación y sobre

todo de las partes quiénes están en la facultad de reducir la pena o incluso la suspensión condicional de este (Villanueva, 2013, p. 114).

Sánchez (2004), por su lado refiere que la terminación anticipada tiene como finalidad principal agilizar los procesos penales, evitar llegar a juicio y con ello poder ahorrar los recursos, el tiempo judicial, por lo que un caso será resuelto de manera eficiente y más rápido en comparación a un proceso que llega a juicio (pp. 286-287).

La terminación anticipada como un proceso específico lo que busca es que los procesos penales se desarrollen de manera rápida, después de que exista un acuerdo entre la Fiscalía y el procesado donde este último admite la culpabilidad de los cargos que se le formula en su contra, es evidente, que algunos llegaron a un proceso judicial para evitar gastos y tiempo, lo cual implica que una determinada circunstancia es resuelta de manera eficaz y más expedita que un proceso que llega a la última etapa procesal.

A lo referido, se necesita establecer acerca de la económica procesal puesto que se relaciona de forma intrínseca con la Terminación Anticipada, debido a que este principio evita las actuaciones innecesarias y redundantes para reducir la duración del costo procesal, en otras palabras, se debe entenderla como fundamental porque trata de alcanzar la máxima efectividad en la reducción de los gastos de los recursos y tiempo.

### **2.1.2. Legislación comparada sobre la terminación anticipada.**

La institución de la terminación anticipada ha sido acogida por diferentes países entre ellos se encuentra la legislación peruana, pero a esto se suma también otros países como es el caso de Colombia el cual refiere que la persona que acepte los cargos específicos en la audiencia donde se le formula la imputación, conlleva a la reducción de la pena imponible de hasta la mitad, un acuerdo que se detallará en el escrito de acusación, además, es posible que el fiscal y el acusado lleguen a un consenso sobre los hechos acusados y sus repercusiones, después de que el juez de por aprobado los preacuerdos, se llevará a cabo una audiencia para dictar la sentencia correspondiente (Salinas, 2011, p. 189).

En ese sentido, en Colombia, el Código de Procedimiento Penal establece la regulación de Preacuerdos y Negociaciones, lo que significa que el beneficiario del imputado que se adhiera a esta regulación será recompensado, la pena será

reducida en la mitad en el proceso especial. De esta manera, el sistema se convierte en investigativo, ya que el derecho penal no se aplica a través de los tribunales ni a través del proceso, además, no es un sistema que priorice la protección de los derechos individuales, ya que lo importante es la producción a bajo costo y el trabajo en cadena. Por lo tanto, es importante entender la terminación anticipada como un método de resolución de conflictos basado en el consenso.

Por otro lado, otra de las legislaciones que regula sobre la terminación anticipada, es México en su Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual se regula bajo el termino de procedimiento abreviado, el cual tiene como beneficio la reducción de la pena, de la mitad hasta las dos terceras partes. Del mismo modo, el país de Venezuela mediante su Código Orgánico Procesal Penal, referida institución procesal está regulada por el Procedimiento de Admisión de los Hechos y tiene como beneficio la reducción de la pena de una tercera parte.

De la misma manera, Chile regula sobre la terminación anticipada, que se conoce como procedimiento abreviado en su Código Procesal Penal, este mismo establece como beneficio la imposición de una pena que no supere los 5 años. Por otro lado, se encuentra Argentina que mediante de su ley establece el procedimiento abreviado, en el que el fiscal y el investigado negocian una pena que no exceda los 6 años. Por último, se encuentra España, cuya legislación contempla la terminación anticipada a través de la Ley de Enjuiciamiento Nacional denominada esta figura procesal designado la conformidad, mediante el cual es posible imponer una pena que no supere los 6 años.

### **2.1.3. Concepto de la terminación anticipada.**

Por lo que se refiere al concepto de la terminación anticipada, se trata de un proceso el cual está sometido a los principios formales de un Estado de derecho, en razón a que su aplicación se da en un proceso acusatorio, así mismo, se avala el respeto y cumplimiento del derecho afectado al ciudadano, de manera que en relación a nuestra realidad hoy en día, se podría afirmar que este proceso se adentra un conflicto a raíz de diversos factores materiales como formales (Burgos, 2009, p. 92); de lo señalado, por referido autor la terminación anticipada no es más que un proceso mediante el cual se hace uso de los principios formales para poder después ser aplicada en el proceso de acusación,

pues con éste se pretende garantizar el obediencia y el acatamiento del derecho a la parte afectada.

En otras palabras, la terminación anticipada se caracteriza por ser un proceso especial debido a que forma parte de los mecanismos procesales de simplificación que actualmente se encuentran inmersos en los códigos procesales, estos tienen como finalidad soslayar que la investigación judicial y el juzgamiento sigan continuando, en caso de que exista un acuerdo entre el fiscal y el imputado, pero, para dicho acuerdo el imputado deberá aceptar los cargos de imputación para posteriormente ser beneficiado con la reducción de la pena, por consiguiente, la terminación anticipada es una transacción penal por el cual se elude el proceso penal.

Por su lado, el profesor Peña (1995), sostiene que la terminación anticipada surte sus efectos una vez que se haya abierto la instrucción o investigación, incluso hasta previo a la terminación de sí mismo, es más en el plazo complementario por iniciativa del imputado o el fiscal con el propósito de solicitar al juez por única vez que se celebre una audiencia especial, el cual se constatará con la presencia del juez, fiscal, procesado (s) y el abogado defensor, después de ello se dará la aceptación del acuerdo sin perjuicio de una confesión sincera y con el beneficio de la pena al imputado en una sexta parte (p.161).

Cómo podemos apreciar, el concepto emitido por el profesor Peña es acertado debido a que se refiere a la terminación anticipada como un rito procesal por el cual se da una transacción o negociación penal por parte del fiscal y el imputado en presencia del juez, el cual tiene como finalidad que este último sea beneficiado con la reducción de la sanción, por otro lado, el fiscal es facilitado con su trabajo en referencia a la persecución penal, asimismo, se logra aplicar la pena y a la vez establecer una reparación civil frente al órgano jurisdiccional.

De manera similar, la terminación anticipada es concebida como aquella institución por el cual se soluciona un conflicto jurídico penal, a través, de la transacción efectuada entre el imputado y el fiscal, de manera que, por medio, de este proceso especial no se continúa con la investigación judicial y a la vez evita llegar a la etapa de juicio. Entonces, se puede asegurar que el propósito de esta institución, es que el imputado llegué a un consenso con el fiscal acerca de las circunstancias de la pena y el delito que se le aplicará, siendo así, que el

imputado desistirá a sus derechos de defensa y al juicio oral, sin embargo, es menester señalar que algunos parámetros de este proceso no se han determinado de manera específica, por lo que aún se dan contradicciones lo cual conlleva a ser cuestionada en su aplicación (Cubas, 2009, p. 46).

En ese sentido, la terminación anticipada es la manera más adecuada y rápida de alcanzar la justicia, se trata de una negociación anticipada a la etapa de juicio que produce la conclusión recíproca, esto porque el imputado concertó la acusación de su culpabilidad y el fiscal se enfoca en la negociación de la reducción de la pena, de igual manera, se acuerda la reparación civil de la parte agraviada, no obstante, la víctima no participa de manera activa en dicha transacción de referido procedimiento.

#### **2.1.4. Finalidad de la terminación anticipada.**

Como se ha ido conceptualizando en líneas anteriores, acerca de la terminación anticipada por distintos autores todos de alguna manera concuerdan que se trata de un mecanismo que se enfoca en la finalización del proceso penal de manera previa, sin necesidad de llegar a la etapa de juicio oral, por otro lado, tiene como finalidad agilizar la justicia y evitar que se dé un juicio oral que conlleve a la prolongación y al costo que implica el desarrollo del proceso, también se busca fomentar la eficacia en la resolución de casos y otorgar una mayor celeridad en el sistema procesal penal (Gómez, 2022, p. 693); de lo desarrollado se da énfasis a la finalidad que tiene la terminación anticipada en acelerar que la justicia en un caso de resuelva de la manera más pronta posible, también se previene tener que llevar a juicio oral el caso y generar gastos, tiempo cuando determinado caso podría ser resuelto de manera más pronta y eficaz mediante el empleo de la terminación anticipada.

De cualquier manera, la finalidad que persigue la terminación anticipada no solo es la agilización del desarrollo del proceso sino se busca que se dé la reparación del daño ocasionado a la víctima y la búsqueda de la justicia, en fundamento a ello es que esta institución debería ser realizada de plena voluntad y con el consentimiento de las partes que están implicadas en el caso para garantizar la protección del derecho fundamental de las partes y un debido proceso.

Por otro lado, la admisión de responsabilidad muestra una disposición del infractor a asumir las consecuencias de sus acciones. Al admitir su culpabilidad,

el individuo reconoce haber transgredido las normas sociales o legales establecidas y demuestra su disposición a colaborar con el sistema judicial en lugar de obstruir la investigación o el proceso legal. Esta actitud puede ser vista como un paso positivo hacia la rehabilitación y la reintegración social.

De modo que, la admisión de responsabilidad puede indicar un cierto grado de arrepentimiento por parte del infractor. Reconocer el daño causado por sus acciones puede ser el primer paso hacia la reparación del daño y el cambio de comportamiento. Este arrepentimiento puede ser considerado por el tribunal al determinar la pena adecuada, ya que sugiere una mayor probabilidad de que el individuo se comprometa a no repetir la conducta delictiva en el futuro.

En síntesis, la admisión de responsabilidad en el ámbito legal puede ser un factor importante en la determinación de la pena adecuada. Al demostrar arrepentimiento y reconocimiento de la conducta delictiva, el infractor puede justificar una sanción atenuada que tenga en cuenta no solo la gravedad del delito, sino también su disposición a asumir la responsabilidad y a enmendar su comportamiento. Esto refleja una comprensión más amplia de los objetivos de la justicia penal, que van más allá del castigo punitivo hacia la rehabilitación y la reintegración social.

## **2.2. Beneficios de la terminación anticipada.**

En lo que concierne a los beneficios de la terminación anticipada este se configura en aquel mecanismo donde se da la simplificación procesal, en el cual el imputado y el fiscal llegan a negociar aspectos elementales como la pena, de manera accesoria la reparación civil y todas las consecuencias que produce este, sin embargo, se pone mayor énfasis en la negociación de la pena, dejando así en un segundo plano a la reparación civil con el objetivo de que ocurra el posible caso que se termine en la etapa de investigación, en base a que referida situación implicaría en si la descarga de procesos en el juzgado (Amaya, 2017, p. 59).

De lo señalado, se podría destacar que el imputado es el primer sujeto que se beneficia al acogerse a esta figura, en razón, a que recibe un beneficio por aceptar los cargos y alcanzar el acuerdo con el fiscal, esto es que se genera con ello la aplicación de la condena mucho menor a la que recibiría en caso de que se le emita una sentencia condenatoria mediante la vía usual o regular del proceso penal.

En esa misma línea, Reyna (2009, p. 155) sostiene que para poder establecer este tipo de pena se requiere tener en consideración los estándares legales configuradas para cada tipo penal, así mismo se debe considerar las distintas normas que implica cada una de las situaciones modificativas acerca de la responsabilidad genérica, es decir, ya sean agravantes o atenuantes. En ese caso se debe tener en cuenta lo establecido en el Código Penal artículo 45 y 46 para poderse enmarcar en lo establecido por el marco legal acerca de una pena básica y los criterios de acuerdo al grado del injusto y la culpabilidad del inculpado, puesto que no darse una negociación según los estándares normativos implicaría una errónea negociación, en fundamento a que lo que se va a negociar no es en sí la pena máxima del delito si no esencialmente de lo que el fiscal va a requerir de acuerdo a la necesidad de la circunstancia.

En la negociación el acuerdo debe ceñirse a la determinación de la pena concreta o final que se haya consensuado a pedido del fiscal, posteriormente se debe aplicar el beneficio que puede producirse por la terminación anticipada, en base a ello es que el artículo 471 del Nuevo Código Procesal Penal determina que el beneficio que se consigue por la terminación anticipada viene a ser la disminución de una sexta parte de la pena, considerándolo a éste como un adicional que se suma al beneficio que percibe el inculpado por la confesión sincera tal como lo señala el artículo 161 del Nuevo Código Procesal Penal. Por otro lado, el Acuerdo Plenario N° 5-2008/ CJ-116, enmarca que el beneficio por la confesión distorsiona la responsabilidad que tiene carácter excepcional y genérico, incluso establece el marco penal en específico de modo tal que la acumulación de la confesión sincera y la terminación anticipada no presentan barrera alguna.

Ahora bien, en lo que respecta la aplicación de la reducción de una sexta parte de la pena, solamente se da cuando se haya establecido de manera concreta, debido a que posee un carácter automático y fijo. Dicha aclaración se realiza para que no pueda ser entendido éste como la pena máxima sino cómo aquel que es solicitado por parte del fiscal según el delito en aplicación de otros estándares que conciernen al imputado y de acuerdo con lo regulado por la norma sobre los criterios de aplicación de la pena. Por consiguiente, se aprecia que el imputado es beneficiado con la terminación anticipada, en razón a que se

acumula de beneficios y logra negociar su pena concreta en sí y más no la máxima sobre un determinado delito.

En consecuencia, si el imputado sale beneficiado con la terminación anticipada es necesario que también la contraparte (víctima) participe de manera activa en el acuerdo negociado para que con ello pueda exigir que el imputado beneficiado cumpla con reparar íntegramente lo acordado en la terminación anticipada. En consecuencia, a que la víctima es quién sufre la acción típica del hecho ilícito realizada por el imputado beneficiado. Para concluir evidentemente la terminación anticipada resulta ser beneficiosa debido a que proporciona los resolución rápida y eficiente de los casos, Así mismo, garantiza certeza jurídica y contribuye a reducir la sobrecarga judicial.

### **2.2.1. Característica de la terminación anticipada.**

En referencia a la característica la terminación anticipada vale señalar que éstas se encuentran prescritas en el nuevo código procesal penal dónde se aprecia claramente determinadas características que se nombrarán a continuación:

- La terminación anticipada puede ser solicitada por parte del imputado o el fiscal ante el juez de investigación preparatoria.
- Se aprecia la oportunidad para el imputado a partir de que el fiscal formaliza la investigación preparatoria hasta antes de formular la acusación.
- El juez de investigación preparatoria se encargada de celebrar por única vez la audiencia de terminación anticipada, ello no implica el cuaderno principal no siga su camino, al contrario, este sigue continuando.
- La solicitud puede ser presentada de manera individual o conjunta por parte del imputado y el fiscal, de igual manera, estos sujetos pueden tener reuniones preparatorias informales antes de haber presentado la solicitud correspondiente.

Por otro lado, Cámara (2015, p. 220) refiere que ser un mecanismo que permite dar fin al proceso de forma anticipada sin necesidad de llegar a concluirse en un juicio, la terminación anticipada cuenta con características relevantes que lo resaltan como tal, siendo así que entre las características más importantes se encuentra la voluntariedad porque el acuerdo que se da entre el

ministerio público y el imputado es por consentimiento de ambas partes de ponerle fin al proceso a través del mecanismo de la terminación anticipada.

De igual manera, la renuncia a juicio oral es otra de las características que tiene la terminación anticipada, puesto que la renuncia del derecho de ser sometido a juicio oral por parte del imputado implica que este no podrá presentar testigos o pruebas a su favor, ni mucho menos ejercer el derecho de confrontar la acusación en su contra. El reconocimiento de los hechos es otra de las características donde el imputado reconoce su participación en los hechos que se le imputan de manera clara y expresa.

Por su parte, Beltrán (2009, p. 156) considera que otra de las características de la terminación anticipada es el beneficio que percibe el imputado, esto es que se puede otorgar la reducción de la pena, la calificación jurídica del delito o extinción de la acción penal. A esto se suma el control judicial, es decir, pese a que se trata del acuerdo entre el imputado y el Ministerio público la terminación anticipada deberá ser homologada por un juez quien tiene la responsabilidad de velar por el respeto de los derechos de las partes y que exista un acuerdo justo y equitativo.

La información al imputado es otra característica de la terminación anticipada, el imputado deberá ser informado de forma clara y comprensible acerca de los efectos y beneficios que implica la aplicación de referida figura, en base a ello es que el imputado. Por consiguiente, es preciso indicar que la regulación adecuada de la terminación anticipada implica tener en cuenta cada una de sus características. De igual manera, el desarrollo de la audiencia debe ser instalada con la asistencia obligatoria del imputado, su abogado defensor y el fiscal, puesto que la concurrencia de las demás partes viene a ser facultativa. Por eso, Villavicencio (2000, p. 90) determina que el Nuevo Código Procesal Penal estipula a los siguientes sujetos protagonistas que concurren al proceso de terminación anticipada; el imputado y su defensa, es considerado uno de los actores más relevantes debido a que son conocedores de los hechos por el cual se le está procesando, del mismo modo, por los beneficios que se le otorga al acogerse a este procedimiento especial. Otro sujeto procesal viene a ser el Ministerio público (Fiscal) quien asume un rol fundamental, puesto que la propia ley le permite la iniciativa de solicitar la celebración de una audiencia especial. Por último, se encuentra el juez penal quién después de haber recibido la

solicitud de terminación anticipada tiene la obligación de contrastar que el delito objeto de procedimiento penal es adecuado para ser aplicado con esta figura jurídica, en ese sentido el juez será quien disponga la audiencia que se realizará como un acto privado, en un cuaderno aparte y con la presencia del fiscal, el imputado y su defensa, así mismo el juez tiene la obligación de explicar al procesado las consecuencias y el alcance de su aceptación ya sea parcial o total.

### **2.2.2. Naturaleza jurídica.**

Hacer mención sobre la naturaleza jurídica de la terminación anticipada es hacer alusión a aquella institución por el cual se finaliza el proceso penal de forma anticipada, sin tener que llegar a un juicio o que se emita una sentencia, por otro lado, es necesario referir que el imputado, fiscal o la víctima puede solicitar que se recurra a esta figura jurídica, incluso se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos y condiciones determinados por ley. Usualmente, en la terminación anticipada el imputado debe admitir su culpabilidad de forma expresa y a la vez renunciar al derecho de someterse a un juicio, sin embargo, esto puede conllevar a que el imputado perciba una pena menos a la que le hubiera correspondido en el caso que sea condenada a través de un juicio, es más incluso no podría recibir la pena privativa de libertad, sino solo las medidas alternativas.

De manera que la terminación anticipada se fundamenta en los principios de reconocimiento de la culpabilidad, reparación del daño causado y la oportunidad de que el imputado se resocialice, de manera que la naturaleza jurídica de la terminación anticipada reside en la institución que busca de manera rápida y justa solucionar casos que lo ameriten, con ello se promueve la conciliación entre las partes implicadas para evitar que se dé una sobrecarga procesal.

En ese mismo sentido, Neyra (2010, 50) refiere que la terminación anticipada en sí es un proceso penal especial por el cual se da la simplificación procesal, en base a ello esta institución se caracteriza por el consenso y ser un exponente de la justicia penal negociada, sucede que tiene como finalidad concluir la causa en la etapa de la investigación preparatoria, de manera que el objeto de la negociación básicamente es la pena, es decir que no se negocia el cargo que se le imputa o una pena diferente a lo que se había previsto legalmente

en fundamento a que esta institución debe respetar el principio de legalidad y sus dimensiones.

De modo que la naturaleza jurídica de este procedimiento también se relaciona con el sustrato de la política criminal puesto que su principal finalidad viene a ser una rápida y eficaz justicia bajo la observancia de los principios que interviene en esta institución jurídica, por lo tanto, la terminación anticipada debe ser entendida como un consenso entre el imputado y el fiscal dónde supuestamente se da la aceptación de los cargos, a la vez su principal objetivo es que el proceso concluya de forma rápida y no sea prolongada, en otras palabras, se evita seguir en la etapa intermedia y la de juzgamiento que conlleva al juicio oral. En esencia, como presupuesto de su configuración es necesario que en primer lugar se compruebe la responsabilidad del imputado, la pena y la reparación civil, en razón que entender el beneficio y la finalidad de esta institución jurídica para los sujetos procesales podrá aclarar la naturaleza jurídica de este mismo.

### **2.2.3. Principios que intervienen en el proceso de terminación anticipada.**

En el proceso de la terminación anticipada concurren diferentes principios relevantes que deben ser considerados para poder tener claro el fundamento de referida figura jurídica, es por ello por lo que pasaremos a desarrollar ciertos principios importantes que hacen posible su desarrollo:

- **Principio de oportunidad;** a través de este principio el fiscal o autoridad competente puede dar por terminado el proceso penal sin la necesidad de llegar a juicio, pero para ello se debe cumplir con los requisitos y respetar los intereses tanto privados como públicos. Por otro lado, es necesario entender que el principio de oportunidad establece el requerimiento de carácter político-criminal con el propósito de evadir incidencias y producir una sobrecarga procesal, el hacinamiento en las cárceles, la aplicación de esta institución jurídica evita que se lleve a cabo procedimientos y sanciones innecesarias o tardías (De la serna, 2013, p. 89).
- **Principio de legalidad,** si bien es cierto la terminación anticipada debe encontrarse prevista en la ley con la finalidad de respetar los derechos procesales de las partes. No es posible que se pueda imponer una terminación anticipada de forma arbitraria o sin un fundamento legal. Así

mismo, después de que se haya oficializado el seguimiento penal por parte del Ministerio público y los efectivos de la policía, la “noticia criminal” infaliblemente hace un llamado a la presencia del aparato jurisdiccional que tiene como objeto obtener la decisión judicial, siendo así que después de haberse iniciado la persecución penal, ya no es adecuado interrumpirlo o hacerlo cesar solo a excepción de las formas prescritas por la ley entre estos se encuentra la terminación anticipada.

- **Principio de economía procesal;** la terminación anticipada permite ahorrar tiempo y recursos en el sistema judicial al momento de evitar la concreción de un juicio. Asimismo, se beneficia a las partes involucradas con la evasión de un proceso costoso y largo.
- **Principio de proporcionalidad;** en el caso de la terminación anticipada este debe ser proporcional a la gravedad del daño ocasionado y las circunstancias del caso, de modo que no se puede aplicar este principio a los delitos graves o aquellos casos donde se han afectado derechos fundamentales de la víctima.
- **Principio de justicia;** este principio busca que se ejerza la justicia y la resolución del conflicto de manera equitativa para las partes involucradas como es el caso de las víctimas, imputado y la sociedad en su conjunto.
- **Principio de igualdad;** con este principio se establece que toda persona es igual ante la ley y que debe ser tratada de la misma forma que los demás, de manera que en el caso de la terminación anticipada el Ministerio público como el imputado deben poseer las mismas oportunidades de poder presentar sus pruebas y argumentos para consolidar el acuerdo entre ambos.
- **Principio de presunción de inocencia;** entendamos que este no solo constituye ser un principio procesal, sino que también viene a consolidarse en un derecho fundamental por el cual se garantiza que toda persona no sea condenada en un juicio sin que antes se haya hecho algún movimiento mínimo de las diligencias probatorias, a través de los medios de prueba, claro está considerando la prueba prohibida como una excepción declarada por la ley. En igual forma este principio determina que toda persona debe ser considerado como inocente hasta que se

compruebe la culpabilidad. En el caso de la terminación anticipada el imputado admite su culpabilidad, sin embargo, ello no debe afectar su derecho de presunción de inocencia en los futuros casos o relacionados a este (Fernández, 2018, p. 356).

Después de haber desarrollado los principales principios que intervienen en el proceso de la terminación anticipada en la legislación nacional podemos asegurar que la finalidad que tiene este es de garantizar que se realice un proceso justo y equitativo para las partes que se ven involucradas en un determinado caso que amerita la aplicación de la institución jurídica de la terminación anticipada.

#### **2.2.4. Ámbito de aplicación.**

En lo que concierne al ámbito de aplicación es menester señalar que la opción del legislador por permitir que se concluya el proceso de manera anticipada en cualquier clase de delitos, responde al alcance establecido en la Ley 28088 emitida el 18 de junio de 2003, en el cual connota a la Ley de Delitos Aduaneros, como se aprecia en cuanto a lo estipulado en el Título Primero, pues este se enfoca en tipificar los delitos aduaneros bajo las circunstancias de atenuantes y agravantes en la responsabilidad penal que implica reglas esencialmente en la aplicación de la pena. Seguidamente, en el Capítulo Segundo del Título II se consolida acerca de la modalidad de la conclusión anticipada para aquellos delitos aduaneros, incluso se determina de manera precisa su tramitación.

Sin embargo, referida ley no configura la única con respecto al ámbito de aplicación, debido a que en 1994 se logra promulgar la Ley 26320, por el cual se determina un procedimiento de conclusión anticipada para los delitos referentes al tráfico ilícito de drogas los cuales se encontraban prescritos en el Código Penal en sus artículos 296, 298, 300, 301 y 302.

Por otro lado, en lo que corresponde al Código Procesal Penal y la implantación de la terminación anticipada del proceso que tienen carácter general reemplaza la fórmula que se comprende en las leyes anteriores sin derogarla, no obstante, las normas de contenido penal que se tipificaban en las leyes como el caso de los delitos aduaneros que tenían contenido material vigente y actualizado.

### **2.3. Terminación anticipada y su objeto.**

En relación con el objeto de la terminación anticipada, este viene a ser la simplificación del proceso por el cual se alcanzaría que los casos de necesidad de la sociedad cuenten con la administración de justicia equitativa, eficaz y que a la vez descongestione la carga procesal. Sin embargo, este objeto no solo debe buscar el descongestionamiento de la carga procesal, sino que también este debe custodiar por el respeto de los estándares del derecho penal persecutor y la reparación integral de la víctima.

En esa misma línea, San Martín (2009) puntualiza que el “procedimiento de determinación anticipada reside en la necesidad de alcanzar una justicia más inmediata y eficaz, respetando en todo momento el principio de legalidad procesal” (p. 31). De lo señalado por dicho autor podemos rescatar que el objeto de la terminación anticipada sí fundamenta en buscar una justicia rápida y eficiente sin dejar de lado el principio fundamental de la legalidad procesal.

El Nuevo Código Procesal Penal especifica en su artículo 471, que el imputado quien se someta a este proceso de terminación anticipada, se beneficiará con la reducción de la pena básicamente de una sexta parte, entendiendo a este beneficio como adicional y a lo que acumula en caso de que se acoja a la confesión, en ese sentido el imputado recibe ambos beneficios. En base a lo señalado, entonces el objeto de la terminación anticipada no es más que agilizar la administración de justicia y permitir que se dé una solución rápida y eficiente en aquellos casos donde sea aplicable, pues con ello se evita que se prolongue de manera innecesaria el proceso judicial.

Por consiguiente, García (2011, p. 76) sostiene que la terminación anticipada viene a ser una alternativa a la realización de un juicio oral, donde el imputado acepta su responsabilidad del delito que se le atribuye a cambio de recibir una pena menor o algún beneficio procesal en cuanto a la reparación del proceso judicial. En ese sentido, el objeto de esta figura reside en garantizar de manera rápida la reparación del daño ocasionado por el delito, así mismo, evitar la reincidencia del imputado y alcanzar una solución satisfactoria para las partes involucradas en este proceso, respetando en todo momento los derechos y garantías fundamentales de las partes.

En consecuencia la terminación anticipada lo que busca es descongestionar los juzgados y a la vez destinar los recursos judiciales a aquellos casos que requieren mayor complejidad o que sean prioritarios, con

esto se permite mayor eficiencia en lo que vendría a ser la administración de justicia, en síntesis el objeto de la terminación anticipada en proceso penal es brindar la solución eficiente y rápida a aquellas circunstancias penales, garantizando la reparación del daño, evitando que el imputado reincida y respetando los derechos fundamentales de las partes involucradas.

## **2.4. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.**

### **2.4.1. Definición.**

Es esencial examinar el impacto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual desde una perspectiva interseccional, ya que suelen ser una manifestación de la violencia de género y la discriminación estructural contra las mujeres. Las ciencias sociales contemplan el término interseccionalidad para describir las confluencias entre diversas categorías sociales, como género, orientación sexual, etnia, raza, condición socioeconómica, edad y discapacidad, la idea permite identificar cómo interactúan las diversas desigualdades y discriminaciones arraigadas que existen en nuestra sociedad.

Los delitos de violencia sexual están protegidos por dos bienes jurídicos, uno de ellos viene a ser el bien jurídico de la libertad sexual y el otro es la indemnidad sexual, el propósito para el delito de violación sexual tipificado en el tipo base del artículo 170 del Código Penal, así como en los artículos 171, 172, 174 y 176 de referido Código, es proteger la "libertad sexual" y, en este sentido, sancionar la conducta típica de obligar a una persona a tener acceso carnal o a realizar otros actos análogos.

De la misma manera, Arce (2010, p. 204) sostiene que el delito contra la libertad e indemnidad sexual responde al conjunto de acciones delictivas que atentan contra la libertad sexual y la integridad corporal de la víctima, pues estos delitos implican circunstancias en la que se vulnera la autonomía sexual de una persona, se cometen abusos sexuales, agresiones, violaciones y otras conductas que afectan de manera directa la libertad y el derecho de autodeterminación sexual de la víctima.

### **2.4.2. Libertad sexual.**

Al respecto, Monge (2004, p. 271) sostiene que la libertad sexual no es contrario a la libertad personal, por el contrario se trata de una afirmación de este que particulariza la potestad de autodeterminación en lo que corresponde a la esfera sexual del individuo, es por eso que la libertad sexual individual debe ser

considerada como un bien jurídico protegido y no solo se debe tener en cuenta la interpretación de los tipos actuales, sino también evitar la criminalización de comportamientos que, aunque sean importantes para la moral sexual, no tengan un impacto significativo en la libertad sexual individual.

Por lo tanto, el delito contra la sexualidad humana tenía como objetivo proteger el honor, las buenas costumbres o la honestidad ha sido superado, en un enfoque más limitado y preciso, propondremos que, en todos los casos de ataques a la sexualidad humana, se busca proteger la sexualidad humana como función psicofisiológica de la personalidad, cuyo ejercicio libre es parte de la libertad en general.

En esencia, la libertad sexual presenta dos perspectivas, una positiva y otra negativa, las cuales no deben ser consideradas opuestas, sino complementarias, la positiva se enfoca en la libre disposición de la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento personal como en el comportamiento con los demás, por ende, el derecho de la persona a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento es el centro de la negativa (García, 2016, p. 70).

De lo expuesto, entonces se puede asumir que el derecho penal tiene una gran responsabilidad después de haberse distinguido las dos facetas de la libertad sexual, en el lado positivo, debe abstenerse de intervenir en aquellos comportamientos que, independientemente de su juicio moral, no supongan un agravio a la libertad sexual de otras personas. En el lado negativo, el derecho penal debe reprimir con firmeza los atentados a la libertad sexual de otras personas.

#### **2.4.3. Libertad sexual y su contenido.**

Es necesario, determinar que la libertad sexual se caracteriza por aquella capacidad que tiene la persona para repeler, abstenerse, repudiar o de deliberar en tomar decisiones negativas o positivas acerca de su sexualidad, es por eso, que tanto el hombre como la mujer no pueden ser considerados como objetos sexuales y por eso son el eje fundamental para protegerlos de cualquier aspecto negativo que este referido a la abstención o el no querer realizar actos vinculados a su sexualidad en contra de su voluntad, de manera que se les da aquella facultad para poder defenderse en caso su de resistencia frente a una exigencia.

En ese mismo orden de ideas, el profesor Diez (1981) sostiene que es posible diferenciar dos vertientes adicionales sobre la libertad sexual; la primera se trata del apositiva el cual hace referencia a la libertad de ejercicio y goce de las posibilidades sexuales en el ámbito colectivo y privado, la segunda vertiente negativa se relaciona con el derecho por el cual se respeta la decisión de toda persona de conservarse sexualmente y de no verse implicado en conductas relacionadas a la sexualidad (pp. 10-11). Lo expuesto por el profesor se enfoca en la finalidad de proteger la libertad sexual para garantizar que el comportamiento sexual en la sociedad sea unido a la libertad individual de cada individuo, por lo que bajo esta noción la persona podrá decidir y expresar en su conducta personal el momento y ámbito adecuado según su decisión propia.

Aunado a lo que se ha ido desarrollando respecto a la vertiente positiva, se encuentra ligado al derecho de realizar prácticas de carácter sexual, pues se relaciona con el delito de libertad sexual debido a que no existe desaprobación, sin embargo, en caso que exista dicha desaprobación para aquella persona que obstaculiza a otro a efectuar actos sexuales en contra de su propio cuerpo y con efectos sexuales contrarios a su voluntad, si implica una sanción o castigo para la persona que infringe con la voluntad de otra en relación a la voluntad sexual.

De aquí en adelante, como principio rector sobre la libertad sexual se puede establecer a la protección de la libre autodeterminación sexual, el cual no es nada más que el derecho de elegir, decidir y disfrutar voluntariamente sobre llevar a cabo su sexualidad como un medio de asentimiento y desarrollo personal. En ese sentido, el ordenamiento jurídico reconoce la facultad de disponer sobre su sexualidad a todas las personas, así como también a negarse a participar en comportamientos sexuales que no sean de manera voluntaria (Caruso, 2006, p. 205). Se rescata la idea de referido autor, que hace alusión a la libertad personal y su fundamento de ser un aspecto delicado, importante y real, el cual responde a una necesidad biológica, siendo el centro primordial para su defensa y a la vez la persona pueda desarrollarse sin perturbaciones cuando se trate sobre su satisfacción sexual.

Cabe decir que, la libertad sexual y su contenido están referidos al ejercicio libre de la sexualidad, así como de la disposición autónoma del cuerpo para efectuar su libertad sexual, el cual contempla dos aspectos fundamentales que vienen a ser; la libertad sexual negativa el cual consiste en que todo

individuo efectuó su derecho de no verse implicado en comportamientos no deseados en relación con el aspecto sexual. Por otro lado, se encuentra en la libertad sexual positiva el cual se relaciona con la capacidad que tiene una persona para disponer con total claridad y certeza el propósito de ejercer actos sexuales con otra persona.

#### **2.4.4. Libertad sexual y su tratamiento en el Código penal peruano de 1924.**

Al respecto cabe precisar que, en el Código Penal peruano de 1924, en su Título XV, Libro Primero, Disposiciones Generales, refiere sobre la extinción de la acción penal como de la pena, específicamente en el artículo 118 el cual se relaciona con la libertad sexual lo establecido en el numeral 2 donde refiere que la acción penal privada se extingue cuando hay desistimiento, transacción y en los delitos contra el honor sexual.

En fundamento de mencionado antecedente es que en el Código Penal de 1991 se ha consagrado en el artículo 78 sobre los evidentes aspectos que se consideraban desde 1863 hasta el de 1991 acerca de los delitos sexuales y su consideración como delitos contra la honestidad, honor o buenas costumbres. De igual manera, desde el primer proyecto de ley, los delitos de naturaleza sexual se han relacionado con la persecución a instancia de la parte agraviada, el desistimiento como forma de terminar el proceso y el matrimonio como vía de exención de la pena.

Por otro lado, en 1828, Manuel Lorenzo de Vidaurre propuso un proyecto de Código Penal que dividía los delitos en públicos y privados, y estableció el desistimiento como método de finalización del proceso penal. Este método sigue siendo utilizado hasta el Código Penal actual. Ya en 1924 se implementa la transacción como método para finalizar el proceso en los delitos sexuales y se mantuvo hasta el código sustantivo actual.

En síntesis, la política criminal para los delitos contra la libertad sexual preveía reglas, siendo así que el término "política" se refiere al conjunto de decisiones sobre los instrumentos, normas, estrategias u objetivos que regulan la coerción penal. Sin embargo, se las intenta encubrir bajo formas técnicas, aparentemente neutrales, tienen un elemento eminentemente valorativo en su calidad de decisiones.

#### **2.4.5. Libertad sexual en el Código penal peruano vigente.**

Es menester señalar que la libertad sexual se encuentra estrechamente relacionada con el delito de violación sexual tipificada en el Código Penal peruano vigente en el artículo 170 el cual establece que referido delito puede darse a través de la violencia y/o amenaza, quebrando la resistencia de la víctima y logrando a la fuerza el acceso carnal por el sujeto activo, dañando a la víctima en contra de su voluntad.

Por otro lado, también se prescribe en el Código Penal que la libertad sexual se verá afectada cuando una persona es forzada a tener relaciones sexuales por la vía vaginal, bucal o anal con violencia o amenaza grave, o cuando el agente realiza actos análogos introduciendo objetos o partes de su cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

#### **2.4.6. Bien jurídico protegido.**

El bien jurídico que se protege viene a ser la autodeterminación sexual, esto es el deseo, la excitación y la satisfacción de seguir otra tendencia sexual porque se acepta y consiente a propuestas aceptables sin afectar las limitaciones de los demás. Es decir, se busca proteger la libertad sexual, o la capacidad de actuar sexualmente, por lo tanto, la actividad sexual será punible si se realiza en violación del derecho a la libertad o, mejor dicho, en violación del derecho a la libertad sexual del otro.

De igual manera, conforme al principio de igualdad de derechos, tanto las prostitutas como las mujeres casadas pueden ser sujetas pasivas del delito de violación en relación con su esposo, en este caso, el sujeto activo podría ser el cliente en el primer caso y el sujeto activo en el segundo caso en relación con la mujer, evidentemente, si la prostitución es un oficio que implica acciones sexuales, jamás se considerará un derecho de uso, explote o disfrute sobre las demás personas sobre ella, al igual que el matrimonio, que jamás concretaría una carta abierta para que el hombre pueda atender sexualmente con ella, ya que puede disponer de ella sexualmente pero solo con fines matrimoniales, y toda sexualidad que se aparte de eso sería una violación abierta hacia la esposa (Bramont, 1997, p. 234).

Al respecto, en el artículo 170 del Código Penal peruano establece que el bien jurídico protege la libertad sexual, lo que significa que cualquier persona puede elegir libremente y sin miedo con quién puede tener relaciones sexuales

sin ser obligada por nadie. Es claro que en la doctrina nacional se establece que la libertad sexual se basa en la aceptación o rechazo de los actos sexuales según su voluntad, ya que estos dos aspectos son indisolubles y no se pueden separar, la libertad sexual se resumiría en cómo, cuándo, con quién y por qué lo hace, sin que nadie pueda interferir.

Por su lado, Arce (2010, p. 66) refiere que el derecho penal contempla que el conflicto entre la libertad sexual de uno y otro puede ocurrir sin opresión de ningún individuo, y que la represión sexual continuará en casos de violencia o amenaza, y que es probable que existan elementos configurativos del delito.

#### **2.4.7. Tipicidad objetiva y comportamiento típico.**

La acción, los sujetos y el objeto son los componentes de cualquier tipo penal, algunos autores agregan otro aspecto, como el momento y el lugar en que se cometió el delito. Por ende, la tipicidad objetiva y el comportamiento típico se analizan en el contexto del delito de violación sexual en relación con los elementos específicos que definen este delito.

En lo concerniente a la tipicidad objetiva, García & Hernández (2017, p. 99) refiere que se trata de la coincidencia entre la descripción legal del delito de violación sexual y el comportamiento realizado, la realización de actos de índole sexual sin consentimiento válido por parte de la víctima es uno de los elementos comunes que suelen requerir tipicidad objetiva en este delito. Esto puede incluir penetración sexual, otros actos sexuales u actos lascivos impuestos sin consentimiento.

Ahora bien, el comportamiento típico se refiere a lo que el agresor ha hecho que se ajusta a la descripción legal del delito, por lo general, implica comportamientos sexuales forzados, coaccionados o llevados a cabo sin el consentimiento libre y legal de la víctima. Esto puede incluir el uso de la fuerza, la intimidación, aprovechar la incapacidad de la víctima para resistir o la falta de consentimiento de la víctima debido a su edad o condiciones que limitan su capacidad de tomar decisiones.

En consecuencia, la violación sexual se considera un delito grave que requiere el consentimiento explícito, por lo tanto, la tipicidad objetiva y el comportamiento típico se centran en demostrar que se realizaron actos de índole sexual sin el consentimiento válido de la víctima y que estos actos cumplen con

la definición legal de violación sexual tal como lo establece el Código Penal peruano en su artículo 170 sobre el delito de violación sexual.

#### **2.4.8. Acceso carnal y acto sexual análogo.**

Para iniciar, la conducta típica de acceso carnal sexual se perfecciona cuando el sujeto activo obliga al sujeto pasivo a tener relaciones sexuales a través de la fuerza física, la intimidación o ambos factores, el acceso o el acto sexual puede ocurrir tanto por la vía vaginal, anal, bucal o mediante otros métodos similares, como introducir objetos y partes del cuerpo.

Así mismo, el delito de acceso carnal se manifiesta cuando el agente, en lugar de usar su órgano sexual, introduce objetos y partes del cuerpo en el cuerpo sexual de la víctima, la ampliación de instrumentos penetrantes en el ámbito sexual no tiene mayor sentido limitar el instrumento de invasión al miembro viril, ya que otros objetos son idóneos para producir la afectación (Arce, 2010, p. 107).

En ese contexto, el autor menciona que existen otros objetos, incluso de peores tamaños, pero con formas redondeadas, puntiagudas y fálicas, que pueden introducirse por cualquiera de las tres vías para satisfacer a la persona que está perpetrando el delito, no solo limitándose al miembro viril, sino un objeto de igual o mayor protección además del casi idéntico.

Por otro lado, Salinas (2007, p. 640) señala en lo que corresponde al acto sexual análogo se relaciona con actividades libidinosas que configuren la intervención de los genitales del sujeto activo, que pueda inferir al coito, sin embargo, lo señalado para muchos autores implica el fundamento de una tesis ambigua puesto que llevado a la realidad sexual, el acto sexual viene a ser la penetración del pene en la vagina.

Desde esa perspectiva, entonces el acto sexual análogo se entiende por aquellos actos sexuales que, si bien no se consideran un acto sexual, pueden considerarse equiparables en naturaleza o gravedad, y pueden variar dependiendo de la legislación de cada país y su interpretación en contextos legales específicos.

#### **2.4.9. Medios comisivos.**

Al respecto, Peña (2014) describe que los medios comisivos en el delito de violación sexual recaen en los siguientes aspectos:

- **La violencia:** este medio comisivo es considerado como absoluto en el delito de violación sexual, puesto que con este el agente ejerce agresiones físicas efectivas en contra de la víctima generándose la conexión con el ilícito sexual que se pretende realizar (abuso sexual). En otras palabras, el autor desarrolla o ejerce una fuerza física sobre la víctima, utiliza energía física para desafiar la resistencia u oposición de la víctima. Es prescindible que la violencia recaiga en el cuerpo del sujeto; en otras palabras, es prescindible que la violencia recaiga en un tercero y afecta al sujeto pasivo a llevar a cabo acciones que van en contra de su decisión sexual.
- **Amenaza grave:** este se relaciona con el fin de intimidar a la víctima y someterla en un contexto sexual determinado, debido a que la amenaza provocará un estado psicológico que afectará la capacidad de la persona para tomar decisiones y elegir, lo que limitará su libertad sexual para crear el delito (pp. 208-212).

## 2.5. Tipo subjetivo.

Se relaciona con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que incluyen el carácter sexual de la acción llevada a cabo en el cuerpo del otro y la ausencia o falta de consentimiento del sujeto pasivo, es decir, en esta circunstancia se utiliza una dirección de conciencia y voluntad capaz de causar sufrimiento al sujeto pasivo en el acto sexual, por lo que debe existir violencia y/o amenaza en lugar de un ánimo lubrico abstracto (Cándido, 1997, p. 2167).

En ese sentido, el agente necesariamente deberá actuar con voluntad y conocimiento (dolo) para obligar a la víctima a tener acceso sexual realizar actos análogos (introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías). De igual manera, nuestra legislación penal ha establecido el sistema *clausus*, según el artículo 12 del Código Penal, no se requiere ningún otro elemento subjetivo aparte del dolo (como el ánimo lascivo), descartándose la comisión imprudente.

En teoría, se considera el dolo directo, esto es conocimiento con conciencia y voluntad, pero también se considera el dolo eventual, que viene a ser el conocimiento de una conducta que genere un riesgo jurídicamente comprobado que dañe la intangibilidad de un bien jurídico. Se requiere que el agente maneje su comportamiento de manera consciente y decidida para hacer

sufrir el acto sexual al sujeto pasivo, es necesario que el agente sepa que su deseo va en contra de sus deseos, por lo que será necesario utilizar medios comisivos (violencia o amenaza) para llevar a cabo el acto sexual (Peña. 2014, p. 137).

Para finalizar, entonces el tipo subjetivo en el delito de violación sexual se refiere al elemento psicológico o mental que el autor del delito debe tener al cometer el acto, en términos simples, se trata de la intención, conocimiento o voluntad específica del individuo al realizar la conducta que constituye la violación. En ese sentido, el tipo subjetivo en la violación sexual se relaciona con la conciencia y voluntad del agresor para llevar a cabo la conducta sexual sin el consentimiento válido de la otra persona, este elemento subjetivo es fundamental en la determinación de la culpabilidad del individuo acusado de cometer el delito de violación.

## **2.6. Indemnidad sexual.**

### **2.6.1. Definición de indemnidad sexual.**

Previamente a emitir una definición respecto a la indemnidad sexual como el derecho de las personas a la integridad y libertad sexual, así como a la protección contra cualquier forma de violencia, abuso o discriminación en este ámbito. Sin embargo, a lo largo de la historia, han existido casos en los que este derecho se ha visto comprometido, como es el caso del delito de "violación presunta".

En ese sentido, Serrano (2023) sostiene que la "violación presunta" se refiere a una situación en la que una persona es acusada de violación sexual, pero la presunción de inocencia impide que se le condene sin pruebas contundentes que demuestren su culpabilidad. Es decir, se trata de un caso en el que se sospecha que se ha cometido una violación, pero aún no se ha demostrado fehacientemente en un proceso judicial (p. 591).

De modo que el delito de "violación presunta" destaca la importancia de equilibrar la presunción de inocencia con la necesidad de proteger y apoyar a las víctimas de violencia sexual. Es un recordatorio de la complejidad y sensibilidad de estos casos, así como de la importancia de garantizar un acceso equitativo a la justicia para todas las partes involucradas.

Por lo tanto, hacer referencia acerca del término de indemnidad sexual implica a aquel proceso de formación que no debe sufrir ninguna interferencia al

momento en que se forma la personalidad adecuada de una persona como un derecho esencial.

En esa base, cabe precisar que la indemnidad sexual no se encuentra contemplada de manera explícita en la Constitución, sin embargo, este suele relacionarse con el derecho del libre desarrollo de la personalidad y el deber de protección de la infancia y el deber psicológico mediante los poderes públicos. De manera que en aquellos casos vinculados al delito de violación sexual se suele castigar la conducta del sujeto activo al obligar a otra persona a tolerar o realizar conductas no deseadas, en fundamento a lo señalado solo se necesitaría que se realice el delito de coacción para castigar al agente, pero a esto se suma la valoración relevante de la ostentación a la dignidad de la víctima en caso de aquellos delitos de libertad sexual con mayor complejidad (Barrios, 2020, p. 203).

Así por ejemplo en el caso de la legislación española se ha considerado esencialmente el reconocimiento de la existencia de los delitos contra menores o incapaces, delitos babosos sexuales como el exhibicionismo o la exposición a la pornografía, corrupción y prostitución. En ese sentido, sería incoherente referir acerca de una libertad sexual cuando no existe, por ende, el bien jurídico determinado que se protege es de acuerdo con el estado en que el sujeto pasivo no cuenta con esa libertad ya sea de forma provisional o de forma definitiva no sería posible establecer el comportamiento de estos en el ámbito sexual.

Es así como se busca proteger tanto a los menores como incapaces ante la sexualidad de terceras personas, siendo así que en el caso del menor de edad se busca defender su libertad sexual al futuro, en otras palabras, se busca que el menor se desenvuelva normalmente en su evolución y desarrollo de la personalidad y en un futuro pueda decidir con plena libertad su comportamiento sexual al ser adulto. Por otro lado, en el caso del incapaz o deficiente mental se busca protegerlo de aquellas personas que pretendan utilizarlo como un objeto sexual y abusen de su incapacidad para satisfacer sus necesidades sexuales (Fernández, 2019, p. 90).

Como se aprecia, lo que se pretende con la indemnidad sexual es evitar cualquier evento traumático o desagradable en la víctima, así mismo, se pretende evitar que terceras personas los usen como objetos sexuales en beneficio de la satisfacción individual, ya sea por perversiones o desfogar sus bajos instintos. En el caso de las dos víctimas ya descritas anteriormente sucede

este problema en base a que no cuentan con todas las condiciones necesarias para diferenciar entre lo bueno y lo malo, dichas condiciones se relacionan con la falta de madurez, desarrollo físico, problema hormonal y el desarrollo psicológico el cual evita que se afecte su desarrollo lo que respecta a su personalidad sexual.

Por lo tanto, la indemnidad es aquel bien jurídico que únicamente se aplica a las personas que aún no han logrado un desarrollo o grado de madurez suficiente para discriminar de manera libre y consciente lo que implica un acto sexual. En fundamento a ello es que la ley penal sanciona actos sexuales con menores de edad en sustento al bien jurídico desarrollado, es más sucede que al no cumplirse con los requisitos idóneos y no tener las condiciones físicas necesarias las relaciones sexuales prematuras conllevan a que la persona lleve una vida infeliz, afecta la personalidad y produce desequilibrio bio psíquico, es por eso que la indemnidad sexual podría ser entendido como el derecho que le antecede a la culminación del proceso normal de desarrollo sexual de una persona.

De igual manera, Paredes (2015, p. 45) sostiene que al tratarse de menores de edad o un incapaz absoluto no es posible la protección a la libertad sexual puesto que estos no cuentan con ello, únicamente es posible hablar de la protección de indemnidad sexual debido a que se protegería la libertad a futuro o la falta de libertad por el mismo de hecho en que no poseen libertad sexual en esas dos condiciones, ahora la indemnidad sexual es un aspecto que aborda mucho más que la libertad sexual en razón a que se trata de un aspecto cultural que trata de alejar al menor y al incapaz absoluto del ejercicio de la sexualidad, incluso se admite gradualidades en base a la edad y el nivel de incapacidad.

En esa línea, Rodríguez (2014, p. 83) sostiene que para muchos tratadistas se protege como un objeto jurídico que se inmiscuye en la propia libertad sexual, cuya facultad se enfoca en la autodeterminación sexual en lo que respecta a los menores esto en base a una sociedad tolerante y pluralista, por lo tanto, el aspecto político criminal se basa en limitar que se imponga mediante el derecho penal ya sea valoraciones o concepciones sociales en estos casos descritos.

De esa manera, la perspectiva neo personalista no comprende lo señalado en la tipificación del delito sexual, en fundamento a que se dé una

protección especial a los elementos normativos que intervienen en la valoración del tipo moral o cultural de manera generalizada acerca de la sexualidad. Por ende, el solo hecho de que el bien jurídico protegido se trate de una estructura individual que se configura en la libertad sexual, es ineludible que las acciones típicas sean graves o que el criterio para calcular los medios utilizados para la comisión de doblegar la voluntad de la víctima del hecho delictivo, según el caso se orientan a los menores de edad y a los incapaces absolutos que requieren de la protección y tutela de su libertad sexual.

El termino acerca de la integridad sexual se ido introduciendo recientemente, sin embargo, aún no se ha relacionado íntegramente con el derecho comparado, pues de trata de un aspecto necesario y esencial que contesta a los casos de los menores de 13 años, puesto que no se les limita su libertad en sí, por el contrario se trata de una limitación intelectual o volitiva en el tema de decisiones en el ámbito sexual, es así que respecto a la denominación hubo un desistimiento en lo que concierne a la libertad sexual.

En lo que corresponde al ámbito de la legislación peruana la concepción de la integridad física se excluye de lo sexual debido al enfoque de la conceptualización de autodeterminación sexual que es sostenida en Alemania, por otro lado, en España concibe la libertad e indemnidad sexual, en ese sentido la intangibilidad respecto al tema de análisis está orientada a un menor de determina edad o al incapaz que no puede por sí mismo validar su manifestación en su consentimiento, en razón, a ello es necesario que se tutele el ejercicio normal de la sexualidad esencialmente en la libertad de una persona.

Por otro lado, García (2016, p. 39) fundamenta que la indemnidad sexual se relaciona con lo que usualmente ocurre con la libertad sexual, esto es que no solamente se tutela la capacidad de acto, sino también se enfoca en que la libertad sea segura, ello a través de los presupuestos de manera objetiva que contiene, el cual actualmente la doctrina lo considera como la indemnidad sexual o intangibilidad.

De los expuesto, se rescata que la indemnidad sexual viene a ser aquel derecho de que una persona no se vea involucrado en un aspecto sexual sin que haya dado su consentimiento de manera positiva. Así mismo, se refiere al desarrollo y formación de la sexualidad y personalidad, en resumidas palabras, se trata de una categoría jurídica, que debe ser analizada desde una perspectiva

puramente negativo, en efecto se busca impedir que el menor de edad o el incapaz realicen actos sexuales o que sean sometidos ante terceros para ser aprovechados en realizar dicho acto sexual con las personas que se encuentran en las condiciones antes mencionadas.

Por consiguiente, se encuentra una semejanza a la acepción de libertad que viene a ser la indemnidad, este se constituye en los delitos que respaldan a los individuos que no pueden ejercer su libertad sexual o que no cuentan con la capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, de tal forma, su finalidad principal es brindar y otorgar protección para resguardar y asegurar la indemnidad sexual o intangibilidad.

En esa misma línea, Carrillo (2020, p. 115) sostiene que ante un atentado sexual que perjudica a un menor o incapaz es loable referir acerca de la indemnidad sexual porque se trata de un potencial desenvolvimiento de la capacidad de autodeterminación sexual. De modo que al suscitarse la realización por sí mismo o por un tercero implicaría la afectación al derecho de libre personalidad, cultura sexual, sería considerado como un objeto para la satisfacción sexual del interesado a su favor, este suceso es inconcebible a partir de que se trata de menores o incapaces que no comprenden que el acto es totalmente negativo y perjudicial para las víctimas.

Así pues, la integridad sexual implica una libertad sexual de la persona mayor de 18 años, así mismo integra el desarrollo sexual de un menor de edad, por lo que ninguna persona puede intervenir en la esfera sexual de una persona que no tenga la capacidad de dar o no su consentimiento. Entonces la indemnidad sexual en este caso constituiría el blindaje para la preparación de poder posteriormente decidir bajo el pleno ejercicio de la libertad sexual, de tal suerte que debe ser indemne, sin intromisiones ni perturbaciones.

Entonces, lo que se protege es en sí la libertad de elección sexual, la intimidad mediante el cual una persona realice el acto con o sin consentimiento de la persona, se respalda el desarrollo de la sexualidad desde la regulación de la libertad. De igual manera, se entiende por indemnidad sexual al aspecto que beneficia de manera estricta la situación del menor o incapaz al que le es aplicable este para mantenerlo alejado de todo acto de connotación sexual.

2.6.2. La indemnidad sexual y su tratamiento en el Código penal peruano.

En relación con indemnidad sexual y su tratamiento dentro del Código Penal vigente este se encuentra prescrito en el artículo 173° el cual hace alusión a la violación sexual de un menor de 14 años, que a la letra señala que toda persona que efectúe acto sexual u otro análogo con un menor de 14 años será reprimido con una sanción privativa de libertad. A partir de lo descrito, podemos asumir que la indemnidad sexual dentro del Código Penal tiene un tratamiento relacionado con aquella agresión o acto sexual que se realiza en contra de un menor de edad, debido a que este no cuenta con la suficiente capacidad para poder dar su consentimiento para efectuar actos sexuales, en respuesta a ello es que se le denomina a dicho acto como abuso sexual, usualmente, este tipo de prácticas suelen usarse bajo la figura de autoridad o poder que se tiene sobre el menor, así mismo, se puede emplear actos de engaño, amenaza, alago o chantajes para mantener contacto sexual, tocamientos indebidos y actos obscenos en contra del menor.

De manera, que al estar regulada en el artículo 173° del Código Penal el bien jurídico que se protege es la indemnidad sexual en el caso que la víctima sea menor de 14 años de edad, pues esto se vincula con la importancia de proteger y garantizar que el menor se desarrolle de manera normal en el ámbito sexual, en otras palabras, la indemnidad sexual se encuentra relacionado con el desarrollo pleno y sexual de una persona que aún no ha alcanzado un grado de madurez apropiado, entonces, lo que se busca proteger es la condición física y psíquica del menor de 14 años con el propósito de que al llegar a esta edad, decidan responsablemente sí desean o no efectuar actos sexuales e involucrarse con el ejercicio del derecho de la libertad sexual.

En esencia, el tratamiento que se le da la indemnidad sexual dentro del Código Penal peruano vigente se encuentra contemplado en los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, en razón, que bajo esta tipificación se puede proteger la libertad, el libre desarrollo de la personalidad e integridad sexual de la persona. Si bien es cierto, nuestro código tipifica distintos delitos relacionados con la indemnidad sexual, tales como; actos contra el pudor, prostitución, actos sexuales, explotación sexual, violación sexual y entre otros. En lo que concierne a la violación sexual se determina en el artículo 170°, el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realice otros actos análogos de la introducción de objetos o partes de un cuerpo por alguna de las dos primeras vías, empleando

grave amenaza o violencia y produzca un estado o situación de peligro es castigado con una pena privativa de libertad.

Por otro lado, respecto al acto contra el pudor, el Código Penal peruano determina que toda persona que realice actos diferentes al acceso carnal con otras personas sin su autorización deberá ser reprimido con una pena privativa de libertad, así mismo, se encuentra los agravantes para el delito sexual en caso de que la víctima sea menor de edad, presente incapacidad, indefensión o resistencia al momento en que se comete el delito en grupo. Ante esta situación, se ha previsto determinar medidas de protección y atención a las víctimas y testigos de la realización de un delito contra la indemnidad sexual y es que el Código Penal protege la indemnidad sexual mediante la tipificación de diferentes delitos relacionados con la indemnidad sexual, tal es el caso de lo prescrito en el artículo 173° el cual se relaciona de manera directa con la indemnidad sexual.

### 2.6.3. Bien jurídico protegido.

De la misma forma, el bien jurídico que se protege en esta figura delictiva se encuentra sujeto a la indemnidad sexual de un menor de 14 años, con la finalidad de determinar el proceso de desarrollo de manera normal respecto a su sexualidad, ahora, en lo que respecta a la esfera como consecuencia de una relación sexual prematura implica la edad de la víctima en descenso, de manera que los efectos serán aún más graves y perjudiciales, en base a ello es que la pena prevista en caso de este delito es mayor (Peña, 2014, p. 677); en ese sentido, el bien jurídico que se protege en el Código Penal de la indemnidad sexual viene a ser el derecho que tiene un individuo a no ser víctima de actos relacionados con la violencia sexual, es decir, se protege a la persona de aquellos delitos que afectan la integridad física, psicología y sexual, que vulnera la dignidad, libertad y autonomía de la persona.

Aunado a lo referido, el bien jurídico que se protege en la violación sexual no es nada más que la indemnidad sexual de un menor de catorce años, el cual resalta por ser objeto de protección que requiere cautelar la libertad futura de una persona, en tal sentido, el ejercicio de la sexualidad se restringe porque se puede ver afectada por el desarrollo y la evolución de la personalidad generando alteraciones que produzca desequilibrio a un futuro, siendo así, que el desvalor recae en la precocidad del ejercicio de los actos sexuales que desestabiliza al adolescente.

Sobre la base de lo expuesto, podemos concluir que la indemnidad sexual viene a ser la manifestación de la dignidad del hombre y el derecho que tiene toda persona, así en el caso de un menor de edad que aún se encuentra en el desarrollo de su personalidad, debe realizarlo sin ninguna intervención traumática a nivel de la esfera íntima por parte de otra persona, ello con el propósito de evitar a futuro recuerdos o huellas indeseables. Entonces, lo que la ley penal busca es la protección al menor de aquella impertinencia abusiva que puede ser realizada por una persona ajena en relación a su sexualidad, siendo este de su mismo sexo o diferente, es decir, hacemos referencia a aquellas personas que se aprovechan para establecer relaciones sexuales valiéndose de una relación familiar de custodia o dependencia, en base a ello, es que se evitará todo tipo de efectuación sexual, comportamiento que afecte al cuerpo y comprometa la vida futura del menor (Castillo, 2002, p. 51-52). De hecho, lo que se aprecia con la tutela de la indemnidad sexual de un menor de 14 años, se basa en el proceso y desarrollo de manera normal sobre su sexualidad, así mismo, en lo que concierne a la esfera sexual que puede ser comprometida de manera grave como una consecuencia de la relación sexual prematura, podría sostenerse que el descenso de la edad de la víctima implica efectos perjudiciales y que requieren una sanción mayor por tratarse de esa circunstancia.

En el caso del delito de violación sexual de un menor de catorce años, se encuentra prescrito en el artículo 173° del Código Penal, en el cual se protege el bien jurídico de la indemnidad o intangibilidad sexual, en base a que la doctrina penal sostiene que, en el caso de un menor de edad, el ejercicio sobre su sexualidad se encuentra prohibido porque puede afectar el desarrollo de la personalidad del menor generar desequilibrio a un futuro en la vida de este.

#### **2.6.4. Tipicidad objetiva y comportamiento típico.**

En el Código penal, el tipo se trata del concepto legal, de igual manera, se encuentra el elemento de la tipicidad el cual determina la adecuación de la acción del hombre efectuada de manera voluntaria en concordancia a lo prescrito por la ley como es el caso de la configuración de un delito, referida adaptación debe darse de manera completa o total para corroborar y afirmar que se trata de un delito, por lo tanto, la tipicidad objetiva concibe a los sujetos, tipo subjetivo y acción típica (Machicado, 2010, p. 6).

### **2.6.5. Acceso carnal y acto sexual análogo.**

Gran parte de la doctrina antes de la reforma ha demandado la equiparación que se hacía al acceso carnal vaginal con el de la vía anal, esto se realizaba con argumentos de una valoración idéntica entre estos dos por la sociedad, la semejanza de su configuración material y la consonancia en la valoración sobre su significado de coito vaginal en las relaciones homosexuales entre varones por ello existía una conformidad por cierta parte de la doctrina (Díez, 2007, p. 631).

En consecuencia, se refiere a la penetración vaginal, anal u oral del miembro viril, así como la penetración por la vía vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto. Por lo tanto, para que se concrete el delito de acceso carnal, se requiere penetración física, ya sea con el órgano masculino o con otro objeto, según la tipificación del tipo penal.

Por otro lado, en lo que concierne al acto sexual análogo se refieren a las formas en las que el agente accede sexualmente a la víctima, esto puede darse a través de la grave amenaza o la violencia en sí, pero se determina de manera más específica la modalidad por el cual se concretará el acto sexual, es decir, el acceso carnal, incluso se debe considerar el sexo oral o bucal como se refirió anteriormente, sin embargo, lo más relevante es considerar la existencia de actos análogos, de manera que ante una adecuada interpretación es posible que este delito permita el empleo de prótesis, el de un animal en un acto zoofílico forzado, la introducción de la mano o dedos o el cunnilingus en la cavidad sexual de la persona ultrajada (Reategui, 2014, p. 68).

Ahora bien, los objetos son entendidos como elementos materiales inanes o inanimados cuyo empleo refiere una inadecuada connotación sexual entre estos se puede encontrar palos, botellas, bastones, fierros y otros. Con el propósito de acreditar esta modalidad típica de la introducción de objetos, ante esta situación el que interpreta debe ser muy cuidadoso debido a que el ingreso de una botella en la cavidad vaginal puede configurarse un caso típico de lesiones siendo necesario analizar la existencia de dolo por el sujeto activo y la forma del objeto para una adecuada y satisfactoria solución político criminal.

### **2.6.6. Medios Comisivos**

Los medios comisivos están relacionados con aquello por el cual se lleva a cabo el acto de violación, dichos medios son métodos, acciones, formas que

el agresor emplea para cometer la agresión sexual en contra la víctima, esto es según Salinas (2007) la violencia y la amenaza, los cuales se desarrollaran a continuación:

- **Violencia;** requiere violencia material que consiste en una energía física que el autor desarrolla o ejerce sobre la víctima utilizando el despliegue de esta energía para vencer su poder material, la resistencia u oposición de la víctima. Este tipo de violencia se expresa en actos materiales (golpes, cogerla violentamente de las manos, etc.) para conseguir el sometimiento sexual deseado por el sujeto activo que no admitido y es rechazado por la víctima.

La proximidad entre el acto sexual y la violencia debe ser directa e inmediata, si la víctima puede mantenerse a salvo o escapar del lugar de los hechos o de la violencia, como si hubiera denunciado el hecho a las autoridades, no se considera violación grave. No obstante, en caso de que la víctima actúe por temor a sufrir un daño a sus bienes (vida o integridad corporal o en bienes de terceros) y el autor solo emplee intimidaciones de iniciar un nuevo ataque violento si no consiente el acceso carnal, se puede plantear violación por intimidación, según las circunstancias.

- **Amenaza;** se entiende por la violencia moral grave utilizada por el agente mediante el anuncio de un mal grave a beneficios vinculados a esta como una amenaza grave, la promesa de daño debe generar en la víctima un temor que supere su capacidad de resistir y causarle un daño grave e inminente, la víctima debe verse afectada por la intimidación. No obstante, la amenaza no requiere que la elección sea eliminada, si la amenaza no es meramente adecuada o efectiva, no es necesaria que sea invencible, es suficiente el comportamiento de tal manera que la persona se sienta valorada por elegir el mal menor.

Efectivamente, la amenaza como medio para someter a la víctima a un contexto sexual no deseado o querido demanda las condiciones generales de toda amenaza, en otras palabras, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de que el mal con que se amenaza se haga efectivo, el sujeto pasivo debe creer que el acceso sexual exigido por el agente previene el daño anunciado.

La víctima debe creerlo, independientemente de si es quimérico, la voluntad coaccionada del sujeto pasivo debe ser la causa del acceso carnal sexual, la amenaza sirve como un aviso de un mal, y el mal debe ser injusto, causar pánico o un shock psicológico para permitir la realización en contra de su voluntad (pp. 627-630).

#### **2.6.7. Tipo Subjetivo.**

Como única modalidad comisiva y aceptable es la dolosa admitida por el tipo básico de violación, se elimina la posibilidad de sancionar el acto sexual imprudente debido al principio de legalidad, es difícil concebir el uso de la violencia o la amenaza culposa desde el punto de vista del lenguaje, de cómo se encuentran configurados en nuestra sociedad y de las relaciones entre las personas y es que ambos tienen un objetivo final evidente e innegable, que en el caso del delito de violación se dirige hacia la realización de un acto sexual u otro similar (Díez, 2000, p. 91).

En esencia, es necesario la presencia del dolo directo, es decir, la conciencia y la voluntad de llevar a cabo los elementos que dan lugar a la realización típica oriente su comportamiento de manera final al violar la libre autodeterminación sexual de la víctima. El dolo debe considerar todos los elementos y situaciones que están incluidos en la tipicidad objetiva, por lo que debe estar consciente de que está afectando la esfera sexual de una persona menor de edad a través de la violencia y/o amenazas graves.

Pero también existe el dolo eventual que implica el conocimiento de una conducta que genera un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretiza en la efectiva causación de un daño en la esfera de la intangibilidad de un bien jurídico. Por lo tanto, el dolo, que es el genérico propósito y conocimiento de realizar un acto de significado sexual con la capacidad de lesionar el pudor individual del sujeto con que lo soporta.

### **2.7. Definición sobre el delito contra la libertad e indemnidad sexual.**

#### **2.7.1. Bien jurídico protegido**

El Código Penal regula los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, siendo así que la libertad sexual y la autodeterminación de las personas en el ámbito sexual son bienes protegidos en estos delitos, para proteger la integridad sexual y la dignidad de las personas, el Código Penal incluye diversos tipos de

delitos sexuales, como la violación sexual, el acto sexual sin consentimiento y el acoso sexual, entre otros (Reyna, 2009, p. 67).

De manera que el artículo 170 del Código Penal peruano establece que aquellos que realizan acceso sexual por vía vaginal, anal o bucal, o realizan otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, sin consentimiento de la víctima, cometen el delito de violación sexual. Este delito castiga la realización de actos sexuales sin consentimiento y protege la libertad sexual de la persona.

Por lo tanto, la libertad, la intimidad y la dignidad sexual de las personas están protegidas en el marco de estos delitos, garantizando su derecho a decidir sobre su cuerpo y participar en actividades sexuales de manera libre, voluntaria y consciente. La legislación penal tiene como objetivo prevenir y sancionar toda forma de violencia o coacción sexual que atente contra la libertad e inmunidad sexual de las personas en Perú.

### **2.7.2. Antecedentes históricos.**

El delito contra la libertad e indemnidad sexual ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, así por ejemplo en la legislación peruana, este delito históricamente se enfocó en la influencia por los cambios en la legislación, la percepción social, movimientos por los derechos humanos y la igualdad de género.

En el siglo XX el Código Penal peruano de 1924 tipifica el delito contra la honestidad y el pudor, sin embargo, no existía alguna tipificación en específico respecto al delito sexual que protegiera la libertad e indemnidad sexual de la persona de forma integral. Este delito estaba vinculado más con la moralidad y la descendencia pública que con la protección de la autonomía sexual de la persona (Silva, 2015, p. 39).

Según fue avanzando el tiempo, ya en los años 70 y 80 se produce un cambio significativo en la conciencia jurídica y social sobre los delitos sexuales en el ámbito peruano, pues se dio un reconocimiento de forma creciente a la necesidad de proteger la libertad sexual de la persona y de penalizar de manera adecuada todos los actos de violencia sexual sumándose a éste la violación y otros tipos de agresiones sexuales.

En el año 1991 el Código Penal peruano promulgó una ley de reformas en el cual se tipifica y establecía las sanciones específicas en cuanto al delito

sexual, referida ley marca un hito en la legislación peruana al determinar mayor protección a la libertad e indemnidad sexual, en esencia a lo largo del tiempo se ha ido realizando diversas reformas legales con la finalidad de fortalecer la protección de la víctima en los delitos sexuales.

### **2.7.3. Delitos sexuales.**

El término de delito sexual engloba una serie de conductas delictivas vinculadas con los actos de naturaleza sexual que transgreden la libertad, integridad y dignidad sexual de una persona, estos delitos suelen variar en cuanto a la gravedad, sin embargo, muchos de estos implican acciones que va desde un acoso sexual, violencia sexual hasta la explotación sexual, el abuso sexual, pornografía infantil y la violación en sí mismo (Barrios, 2020, p. 88).

Entre los delitos sexuales se encuentra la violación, este consiste en la penetración sexual sin consentimiento de la víctima, mediante el uso de la fuerza, amenaza, coerción o en caso de que la persona se encuentra incapacitado para dar su libre consentimiento. Por otro lado, se encuentra el acoso sexual pues consiste en el comportamiento no deseado de naturaleza sexual, se concreta a través de insinuaciones, gestos inapropiados, proposiciones sexuales no deseadas, comentarios ofensivos y otros que crean ambientes intimidantes u hostiles.

En esa misma línea, se encuentra el abuso sexual el cual consiste en aquellas actividades no deseadas y forzadas que pueden configurarse a través de tocamientos, contacto físico no deseado o cualquier otro tipo de acto sexual que impone el agente a una persona sin su consentimiento, de igual manera, se encuentra en la explotación sexual y es que se constituye en la utilización de personas menores de edad por lo común para generar producción de material pornográfico, prostitución, trata de personas con objetivos sexuales (Castañeda, 2018, p. 111).

### **2.7.4. Abuso sexual.**

El abuso sexual es entendido como cualquier tipo de contacto o interacción sexual no deseada o forzada entre una persona y otra persona, donde una de las partes ejerce poder, manipulación o coerción sobre la otra, se considera agresión sexual, esta conducta puede involucrar adultos o menores de edad y puede ocurrir en muchos lugares, como en la familia, la escuela, el trabajo o la sociedad.

Al respecto, García & Hernández (2017, p. 78) sostiene que el abuso sexual puede manifestarse de varias maneras, como tocamientos no deseados, caricias inapropiadas, exhibicionismo, obligar a alguien a ver actos sexuales, hacer comentarios o sugerencias sexuales, inducir a menores a tener relaciones sexuales, entre otras. Es importante tener en cuenta que el abuso sexual no se limita a actos físicos directos o penetración, también puede incluir situaciones en las que una persona es sometida a presión para tener relaciones sexuales en contra de su voluntad o sin tener la capacidad de dar un consentimiento libre y válido.

En consecuencia, las víctimas de abuso sexual pueden experimentar efectos psicológicos y emocionales significativos que afectan su salud mental, emocional y social a largo plazo, es crucial denunciar estas acciones para que se tomen las medidas legales y terapéuticas necesarias para proteger a las víctimas y prevenir el abuso sexual en el futuro.

### **2.8. Delito de exhibicionismo y provocación sexual.**

El referido delito suele ser considerado de mero ejercicio, debido a que se requiere el desglosamiento de conductas obscenas, entendiendo a este último como contenidos sexuales que tienen como propósito provocar a la lujuria al receptor, por otro lado, el acto de exhibicionismo exige comportamientos con contenido libidinoso. Se ha percibido tres supuestos relacionados a los menores, el primero se relaciona con la entrega de productos obscenos que provoca la alteración y formación; el segundo supuesto es que el menor realice un acto obsceno o facilite su acceso a un prostíbulo y, por último, se da el consentimiento al ingreso a una representación obscena (San Martín, 2009, p. 98).

El artículo 183 del Código Penal de nuestro país tipifica el delito de exhibiciones y publicaciones obscenas, que tiene como objetivo proteger la moral sexual social cuando se trata de menores de edad, este protege la evolución y formación sexual del niño, siendo su libertad sexual el factor más importante. Así mismo, en los últimos años, los niños y adolescentes son los más vulnerables a las exhibiciones y publicaciones obscenas debido a su falta de conocimientos y experiencia.

De igual manera, En el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que cualquier persona menor de 18 años se considera niño y tiene derecho a protección especial. Por lo tanto, los menores de edad están

protegidos por sus derechos fundamentales, el bienestar mental del niño y su derecho a disfrutar de un proceso evolutivo adecuado de formación y desarrollo sexual sin perturbaciones externas que puedan obstaculizar su progreso o desarrollo personal.

Es importante tener en cuenta que el exhibicionismo y la provocación sexual están vinculadas entre sí, ya que la primera es mostrar sin pudor todo lo relacionado con su sexualidad, mientras que las publicaciones pueden no pertenecer al individuo. Sin embargo, ambos causan daño al desarrollo sexual de las víctimas cuando son menores de edad o tienen una discapacidad.

### **2.8.1. Delito de prostitución y corrupción de menores.**

El delito de prostitución y corrupción de menores es considerado como un delito grave contemplado en el Código Penal, es así como la explotación sexual de menores de edad y su participación en actividades sexuales comerciales vienen a ser formas de violencia sexual el cual vulnera derechos fundamentales del niño y adolescente.

El delito de prostitución y corrupción de menores implica la explotación sexual de menores de edad, ya sea a través de su participación en actividades de prostitución, la facilitación de la prostitución de menores, la obtención de servicios sexuales de menores a cambio de dinero u otros beneficios, o cualquier acto que corrompa o induzca a un menor a participar en actividades sexuales (Pérez, 2019, p. 71).

En el caso del Estado peruano se ha tipificado la explotación sexual del menor, en el Código Penal, artículo 181-B el cual determina sanciones para el agente que promueve, facilita, financia, ejerce control o cualquier forma de participación en la explotación sexual del menor ya sea mediante la prostitución, pornografía infantil, y otros vinculados al delito sexual. En esa misma línea, en el artículo 183 se determina sanciones para aquellos que corrompan a un menor de edad para la inducción a la práctica de la prostitución u otras prácticas de la explotación sexual.

De manera, que en la legislación peruana referidos delitos sujeto a análisis se consideran como graves y por ello se prevé castigos con penas de prisión significativas, ante esta situación es importante que se implementen más políticas y programas para la prevención y protección de los derechos de los menores como la asistencia y apoyo a las víctimas de este tipo de delitos.

### **2.8.2. Ley 30838 reforma en delitos sexuales.**

En la legislatura anterior se presentaron varios proyectos de ley con el fin de regular la posibilidad de que los delitos de agresiones y abusos sexuales cometidos contra menores de edad no prescriban, en ese momento, la legislación comparada presentaba tres modelos bien definidos: el primero implicaba aumentar las penas con su efecto inmediato y prolongar los plazos de prescripción, el segundo modelo implicaba la prescriptibilidad, lo que implicaba la suspensión de la prescripción de los delitos contra menores de edad (Jiménez, 2017, p. 88).

Antes de la última reforma, el gobierno insistía en modificar las penas de los distintos delitos, aumentando las penas privativas de la libertad, en el caso de las modificaciones de los delitos de agresión sexual contra menores de edad y adolescentes, se mantendrá el modelo de prescripción basado en los plazos máximos para las penas privativas de la libertad que el sistema penal permite.

El segundo modelo permite ampliar el plazo de prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena, en una variante similar a la del modelo español, que consiste en suspender el plazo de prescripción mientras la víctima menor de edad no alcance la mayoría de edad, que en el caso del Perú es de dieciocho años, aunque este modelo ha sido adoptado por algunos países de América del Sur y Centro América.

Por otro lado, el tercer modelo se centra en la imprescriptibilidad de la acción o persecución y eliminación de la prescripción, en varios países de Sudamérica que han adoptado un modelo de ejecución penal, algunos en el ámbito constitucional (Ecuador, artículo 46.4) y otros solo en el ámbito legal (Perú y Chile, casos en debate).

El congresista Modesto Figueroa Minaya presentó las siguientes iniciativas legislativas en respuesta a la opción de imprescriptibilidad, tanto desde el punto de vista constitucional como legal 3008/2017-CR Alianza para el Progreso en el Parlamento Proyectos de ley como el 2485/2017-CR del Grupo Parlamentario Aprista, el 2305/2017-CR del Grupo Parlamentario Frente Amplio y el 2070/2017-CR del congresista Moisés Bartolomé y otros, así como el 1602/2016-CR del Grupo Parlamentario Peruanos por el Cambio, Parlamentario Peruanos por el Cambio el congresista Miguel Román Valdivia presentó el proyecto de ley número 1396/2016-CR. El proyecto de ley 1164/2016-CR, el

proyecto de ley 1069/2016-CR del Grupo Parlamentario Frente Amplio, el proyecto de ley 1037/2016-CR del Grupo Parlamentario Aprista, el proyecto de ley 1022/2016-CR del Grupo Parlamentario Fuerza Popular, el proyecto de ley 4954/2015-CR del congresista Carlos Bruce y el proyecto de ley 1063/2011-CR del Grupo Parlamentario Alianza Parlamentaria.

No obstante, la discusión en el ámbito académico aún no ha comenzado, ya que la implementación de la ley N° 30838 en relación a la imprescriptibilidad ha dado lugar a un nuevo debate, aún hay quienes cuestionan si el plazo de la prescripción del Código Procesal Penal era de ¿interrupción o suspensión de la prescripción? o ¿suspensión o interrupción?, lo que requeriría tener en cuenta los efectos de la fórmula que más países establecieron en sus legislaciones, como la suspensión hasta que el menor alcanzara la mayoría de edad, es decir, los 18 años.



## SEGUNDA PARTE: DISEÑO METODOLÓGICO Y RESULTADOS

### CAPÍTULO III DISEÑO METODOLÓGICO

#### 3.1. Tema y problema

##### 3.1.1. Descripción de la problemática actual

La imputabilidad restringida es una institución de la dogmática penal que se encuentra regulada en el artículo 22° del Código Penal peruano; no obstante en su segundo párrafo se excluyen de beneficios, como la reducción prudencial de la pena, cuando la persona esté involucrada en la comisión de algunos delitos como el de violación sexual, en ese contexto, la jurisprudencia a través de diferentes recursos de casaciones ha sostenido que el mencionado artículo vulnera el principio de igualdad ante la ley, asimismo, también lo ha señalado el Acuerdo Plenario N.º 04-2008/CJ-116 de fecha 18 de julio del 2008, esto debido a que la norma penal introduce una discriminación por trato desigual por la edad, que no encuentra justificación aparente, además de ser desproporcional e ir contra las normas de protección a aquellas personas en formación y maduración plena, además de ello no cuenta con fundamentación objetiva suficiente que sea amparable en un Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido, siguiendo esa mala regulación, es recogida posteriormente por instituciones procesales como la Terminación Anticipada, como se puede apreciar en la Ley N.º 30838, de fecha 4 de agosto de 2018, en la referida norma en el artículo 5° refiere la improcedencia de la Terminación Anticipada en los delitos que se encuentran ubicados en el Título IV –Delitos contra la libertad- en lo referente al Capítulo IX –Violación de la libertad sexual-, Capítulo X –Proxenetismo- y Capítulo XI –Ofensas al pudor público- del segundo libro del Código Penal, en ese extremo; cabe precisar que esta institución procesal se encuentra regulada en el artículo 468 del Código Procesal Penal, teniendo como principal característica su efecto de consensualidad, debido a que se establecerá una justicia penal negociable, además, para lograr este fin el imputado aceptara su responsabilidad del hecho objeto del proceso penal, de modo tal, que negocia las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias, claro está que para alcanzar

dicha situación es necesario que pase por un control de legalidad que será supervisado por el juez. En consecuencia, como beneficio principal se aprecia la reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte que se efectuara sobre la pena concreta, esto en menester del artículo 471 del Código Procesal Penal.

En consecuencia, **como diagnóstico del problema o (problema en sí)** se debe a que los fundamentos jurisprudenciales han sostenido que la prohibición de la imputabilidad responsabilidad restringida por la edad prescrito en el segundo acápite del artículo 22° del Código Penal constituye una vulneración al artículo 2°, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, esto en menester de que referida norma penal excluye a que se pueda reducir prudencialmente la pena cuando el agente haya incurrido en el delito de violación de la libertad sexual, en ese sentido, la Corte Suprema ha visto por consiguiente establecer control difuso; a fin de que se inaplique mencionada norma penal, esto por ser discriminatorio, desigual del trato, irrazonable y desproporcional. Cabe precisar que los fundamentos del control difuso solamente han sido sostenidos referentes al artículo 22° del Código Penal, pero no referido a la Ley N.º 30838 en su artículo 5° que inaplica la terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual, por lo que se puede apreciar la existencia de un vacío legal surgiendo así un problema que se materializa en la determinación de la pena, ya que existe la no aplicación indebida del artículo 22°, segundo párrafo del Código Penal, pero el legislador ha tomado los mismos parámetros de su primer fundamento para **prohibir la terminación anticipada**.

En ese contexto, la inaplicabilidad de la imputabilidad restringida desde la jurisprudencia ha sostenido que las normas deben de estar en menester de los derechos fundamentales en sentido estricto, además que el fundamento esbozado por los diferentes órganos jurisdiccionales ha permitido que se revalide al principio de igualdad ante la ley, por lo tanto, es pertinente que estos sean acogidos en la terminación anticipada, en menester de lo señalado en la Ley N° 30838 “Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual” donde establece que el artículo 5 referido a [la improcedencia de la terminación anticipada] prescribe lo siguiente: “(...) **no procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los**

**procesos por cualquiera de los delitos previstos en los capítulos IX, X, XI del Título IV del libro segundo del Código Penal.”**

Por lo tanto, mencionados delitos son referentes a delitos de libertad e indemnidad sexual, como el violación sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público, que como refiere menciona la ley esto vendría a ser aquella modificación que hace legislador al Código Penal para fortalecer la “prevención y la sanción de estos delitos” prohibiendo de esta manera **la aplicación de la terminación anticipada**, por lo que podemos apreciar que referida ley estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley, en ese sentido, como es conocido el referido principio es uno de los derechos fundamentales que se encuentra prescrito dentro de la Constitución Política del Perú en el artículo 2 numeral 2, por lo que concibe que todas las personas somos iguales ante la ley y por lo tanto debemos de ser tratados de manera equitativa, sin importar la raza, género religión, origen social entre otros de cualquier índole.

Por ello, que la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema han desarrollado sobre la revaloración de este principio constitucional en la prohibición de la imputabilidad restringida por la edad del Código Penal referido en su artículo 22, segundo párrafo, esto debido a que se ha sostenido jurisprudencialmente el control difuso, a fin de que no se aplique en respeto de un trato igualitario, mediante este se comprende el principio de igualdad ante la ley, se circunscribe a que todas las personas deben de ser tratadas de manera igualitaria ante la ley y gozar de los mismos derechos y garantías, sin importar ninguna condición, asimismo también, el segundo elemento necesario y establecido por la jurisprudencia en la “no discriminación”, en donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación, ya sea de forma directa o indirecta, estableciendo de esta manera que todas las personas deben de tener acceso a los mismos derechos y oportunidades. Por otro lado, también se tiene a la protección de los derechos fundamentales, ya que toda persona tiene derecho a que el Estado garantice y proteja los derechos que le han sido conferidos, sin importar condición social, económica o de cualquier otra índole. En consecuencia, podemos apreciar que el artículo 5 de la Ley N° 30838, es contraria y debe de acogerse a los fundamentos jurisprudenciales que han sido sentados por la imputabilidad restringida con el propósito a que no se genere una vulneración al principio de igualdad ante la ley, por consecuencia, se debe

garantizar los valores y principios superiores establecidos por la Constitución Política del Perú.

Además de ello entender que estos imputables restringidos o conocidos como mayores adultos (desde los 18 años y menores de 21), serian recientes su participación sociopolítica, como lo indica el doctor Juan Bustos Ramírez, motivo por el cual se debe evaluar ciertas circunstancias para respecto a la madurez de cómo se van adaptando a la sociedad conforme a su mayoría de edad.

Por consecuente, como **pronóstico de la investigación (o repercusión negativa)** debemos de precisar que al estar frente a un Estado Constitucional de Derecho y ser la norma suprema la Constitución Política del Perú se debe de garantizar los valores y principios supremos descritos dentro de la concreción fundamental, en ese sentido, la aplicación del artículo 5 de la Ley N° 30838, estaría siendo contrario a lo dispuesto por la norma constitucional referente al principio de igualdad ante la ley conllevando a que se vulnere este derecho fundamental, asimismo, la jurisprudencia ha resaltado en la inaplicación de la imputabilidad restringida que es necesario que se ejerza control difuso por ser inconstitucional, en ese sentido se debe de proteger el derecho constitucional y por otro lado tener el claro la finalidad de la pena para estas personas que están inmersos dentro de una responsabilidad restringida como lo indica la exposición de motivos del Código Penal que es un carácter facultativo, mas no imperativo, la reducción de la pena por debajo del mínimo legal señalado para el hecho cometido, cuando el agente tuviere más de 18 años de edad y menos de 21 años de edad al momento de realizar la infracción y para las personas mayores de 65 años.

Y, por último, como **control de pronóstico (solución)** se pretende derogar el artículo 5 de la Ley N° 30838 por transgredir el principio de igualdad ante la ley en razón de los fundamentos esbozados en la inaplicación de la imputabilidad restringida por la edad del agente que fueron considerados en el segundo párrafo del artículo 22° y sean aplicable para los sujetos que son considerados dentro de la responsabilidad restringida (18 años a menor de 21 años), en razón que la pena tiene el fin reparador, resocializador y más aún neutralizar al sujeto que cometió un hechos delictivo para así restablecer el orden jurídico.

### **3.1.2. Formulación del problema**

#### **3.1.2.1. Problema general**

- ¿Es posible admitir los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada?

#### **3.1.2.2. Problemas específicos**

- ¿Es posible admitir el fundamento de existencia de discriminación para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada?
- ¿Es posible admitir el fundamento de trato de desigual para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada?

### **3.1.3. Objetivos de la investigación**

#### **3.1.3.1. Objetivo general**

- Analizar la posibilidad de admitir los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada.

#### **3.1.3.2. Objetivos específicos**

- Identificar la posibilidad de admitir el fundamento de existencia de discriminación para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada.
- Determinar la posibilidad de admitir el fundamento de trato de desigual para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada.

### **3.1.4. Propósito del tema**

El propósito de esta investigación es analizar la problemática surgida a raíz de la prohibición de la imputabilidad restringida por edad desarrollada en el artículo 22 del Código Penal y su impacto en la terminación anticipada en casos

de delitos sexuales, siendo el objetivo principal evaluar si la aplicación de esta prohibición, tal como se establece en el artículo 5 de la Ley N° 30838, vulnera el principio de igualdad ante la ley y otros derechos fundamentales, asimismo, se proponer una solución que garantice el respeto a estos valores y principios supremos dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho.

### **3.2. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.**

Lo que se busca, con el enfoque cualitativo es establecer que a través de esta investigación: “(...) no se llega por procedimientos estadísticas u otro tipo de cuantificación (...)” (Aranzamendi, 2010, p. 100), porque su finalidad es: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 18); en resumidas palabras esta investigación tiene como propósito ahondar sobre la acción social de manera específica y cómo se produce un problema que es complejo de solucionar.

Por lo que está presente investigación emplea el corte cualitativo teórico tal como lo refiere el investigador y jurista Witker (c. p. García, 2015, p. 455) el estudio **teórica-jurídica** esto es : “(...) aquella que concibe el problema jurídico desde un perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real [esto es] que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión”; se realiza un estudio para inspeccionar y motivar a partir del marco normativo de manera conjunta e individual.

Tras haberse analizado la delimitación conceptual con el empleo del lenguaje y el enfoque **iuspositivismo**, vamos a determinar la **postura epistemológica** jurídica que es sujeto de estudio.

La **escuela del iuspositivista** determina que la razón de ser del derecho se basa en la norma y su análisis dogmático, por lo que la **(a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio**, se fundamenta en el cual se investigará, como y, para terminar, si ambos componentes concuerdan con el propósito de la escuela en desarrollo (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

En pocas palabras, sí “(a)” viene a ser iuspositivismo se logra en la propia legislación vigente, “(b)” se encarga de evaluar y analizar bajo el empleo de la interpretación jurídica, para concluir “(c)” constituye el avance del planteamiento de una inconstitucionalidad o restitución de la norma que presenta insuficiencia

contra otra norma jurídica ello con el propósito de consolidar un marco legal concreto (Harper c.p. Witker & Larios, 1997, p. 193).

### **3.3. Metodología.**

La metodología paradigmática se vincula con **la investigación teórica y empírica** por lo que se requiere sustentar el por qué fue teórico en razón que se empleó la metodología paradigmática de la investigación **teórica jurídica** [según Witker] con una **tipología de corte propositivo**.

Después de determinarse que se trata de una investigación teórica jurídica ahora toca establecer porque se afirma que es de **tipología propositiva jurídica**, ello es: "(...) analizar la ausencia de una norma o se **cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva**. Usualmente este tipo de investigaciones concluyen con propuestas legislativos, programas o fundamentos jurídicos filosóficos (Aranzamendi, 2010, p. 163); de manera que en nuestro caso se cuestiona una norma desde la perspectiva epistemológica iusnaturalista.

La relación que existe entre el paradigma metodológico teórico jurídico, la tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iuspositivista, es viable y conforme porque en los dos sistemas se busca valorar y cuestionar la norma, bajo un debate por su naturaleza al encontrarse en un estado constitucional de derecho, pues no se proponen soluciones fácticas el magistrado ni al operador de justicia.

### **3.4. Diseño metodológico.**

#### **3.4.1. Trayectoria metodológica.**

La trayectoria se fundamenta en el cómo se va a actuar desde un inicio de la metodología hasta terminar con la justificación de todos los datos en forma estructurada, es decir, emplea la fundamentación en base a la política del cómo se va a desarrollar este trabajo de investigación a partir de un aspecto metodológico que se pasará a desarrollar *grosso modo*.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica de la presente investigación se hará el uso de la interpretación exegetica en base a que su propósito es encontrar la esencia de la interpretación del legislador (Miró-Quesada, 2003, 157).

Para concluir, la obtención de toda información será a través de la técnica de análisis documental y el empleo de instrumentos para recolectar datos como:

la ficha bibliográfica, textual y de resumen con el objetivo de estudiar de manera minuciosa cada característica de los conceptos jurídicos.

#### **3.4.2. Escenario de estudio.**

El escenario de esta investigación se realizará en el código procesal penal el cual viene a ser cualitativo y de corte teórico, porque el escenario de estudio será el propio marco normativo peruano, puesto que de ahí es que se pondrá a prueba la consistencia de la interpretación sistemática, exegética y demás interpretaciones que sean de beneficio para estudiar la estructura y la insuficiencia de la norma en cuestión

#### **3.4.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.**

Esta presente investigación al tener un enfoque cualitativo teórico requiere que se realice un análisis sobre la estructura normativa de la norma que presenta deficiencias cómo es el caso de la inaplicabilidad de la terminación anticipada en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y el principio de igualdad ante la ley.

#### **3.4.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

##### ***3.4.4.1. Técnicas de recolección de datos.***

Con relación a la técnica e instrumento de recolección de datos podemos afirmar que el estudio documental será la técnica que se utilizará en la presente investigación, porque mediante éste se realiza un estudio al texto doctrinario que tiene como propósito recabar información importante y a la vez estructurarlo en esta investigación. Por lo tanto, se puede referir que el estudio documental es en sí la operación que se centra en el conocimiento de otras fuentes iniciales que sirven de apoyo como instrumentos para poder acceder un documento primario y obtener información de primera fuente acerca de la hipótesis planteada (Witker & Larios, 1997, p. 193).

##### ***3.4.4.2. Instrumentos de recolección de datos.***

Al haberse establecido anteriormente el cómo se recolectará información de los datos a través del uso de un instrumento como viene a ser la ficha textual, de resumen y bibliográfico, a partir de ello se podrá construir un marco teórico consistente que se relacione con la necesidad que se tiene en la realidad de acuerdo con lo determinado en un proceso de la presente investigación, asimismo, se ceñirá al estudio obtenido del texto y la realidad social (Witker & Larios, 1997, p. 193).



conclusión, pues mediante la conexión lógica y el principio lógico se podrá replicar la hipótesis planteada.

#### **3.4.6. Rigor científico.**

Parte desde la lógica de la investigación paradigmática metodológico que se ha ido desarrollando previamente, por lo que se fundamenta con lo señalado por Witker y Larios (1997) el método iuspositivista se trata de: “evaluar las estructuras del derecho, y su materialización que se aúna con los llamados métodos o técnicas de interpretación de las normas jurídicas, en donde destacan lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico e incluso hasta lo gramatical.” (p. 193); para ello se ha realizado un estudio de la norma desde la perspectiva positivista, con la finalidad de poder mejorar el marco normativo a partir de considerarlo como la base esencial donde no exista oposición entre una norma del marco legal y la Constitución.

En este caso para poder contrastar el empleo no de la postura epistemológica jurídica del ius positivismo, implica no haber empleado valoraciones axiológicas (argumentos moralistas), sociológicas (mediante datos estadísticos), entre otros, únicamente se debe emplear estructuras y conceptos ofrecidos por el ordenamiento jurídico peruano y la doctrina en general.

#### **3.4.7. Consideraciones éticas.**

El presente trabajo de investigación al cualitativa teórica, no existe la necesidad de la justificación para proteger la integridad o el honor de las personas encuestadas o entrevistadas en otra cualquier otra modalidad empírica o fáctica.

**CAPÍTULO IV**  
**FUNDAMENTOS DE LA INAPLICACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL**  
**ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO PENAL EN EL ARTÍCULO 5° DE LA LEY N.º**  
**30838 SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA**  
**TERMINACIÓN ANTICIPADA**

**4.1. La admisión del fundamento de existencia de discriminación para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada.**

En el presente apartado partiremos enfocándonos en el fundamento sobre la existencia discriminatoria originada en el artículo 5 de la Ley N° 30838, debido a la inaplicación de la terminación anticipada en aquellos casos previstos en el Título IV –Delitos contra la libertad- en lo referente al Capítulo IX –Violación de la libertad sexual-, Capítulo X –Proxenetismo- y Capítulo XI –Ofensas al pudor público- del segundo libro del Código Penal. Como se puede apreciar la mayoría de referidos tipos penales guardan relación específica con los delitos contra la libertad en el ámbito sexual, por consiguiente, el legislador no habría considerado una importante interrogante acerca de si dicha disposición normativa ¿contempla o no la equidad en el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales del hombre? puesto que el artículo 5 de la Ley N° 30838 pone en manifiesto la vulneración al principio de igualdad ante la ley, asimismo, se aprecia un contenido desproporcional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales sobre una misma circunstancia generando discriminación en cuanto a la aplicación de mencionada norma. Por tal razón, surge la necesidad de un análisis exhaustivo acerca de dicho artículo y su compatibilidad con los principios constitucionales fundamentalmente con la prohibición de la no discriminación como parte del principio de igualdad ante la ley.

Seguidamente, es menester previamente referir acerca de la responsabilidad restringida en fundamento a su relación con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal peruano, empero en el segundo párrafo de referida norma se excluye el beneficio de la reducción prudencial de la pena en caso de que el agente se encuentre involucrado en la comisión de los delitos vinculados a la violación sexual. La responsabilidad restringida es aquella figura por el cual

el juez comprime de manera cuidadosa la pena en caso el delincuente cumpla con una edad prevista por la ley, esto es entre los 18 y 21 años (entendido como la ausencia de madurez total), asimismo, la edad de 65 años a más (entendido como decadencia senil). Por otro lado, a un inicio el sustento de la responsabilidad restringida por la edad recaía en un vínculo sinalagmática debido a que se dio por la adquisición de la mayoría de edad; por ende, si previamente la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años luego se disminuyó a los 18 años es por tal razón que se instauró la responsabilidad restringida en base a la edad.

En esa misma línea, el fundamento 11° del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 determina que el control de la constitucionalidad de una ley se rige tanto por el control concentrado como el difuso. Entendiendo al primero por la competencia que recae en el Tribunal Constitucional y en el segundo como la competencia de los jueces ordinarios para cada caso en específico, por tal razón, el Pleno Jurisdiccional Penal no tiene la competencia para adoptar un acuerdo vinculante para pronunciarse en cuanto a la legitimidad constitucional. Esto es que los jueces están obligados a inaplicar las normas que colisionan con la Constitución, asimismo, los jueces penales están habilitados para pronunciarse si consideran conveniente la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en caso exista situaciones de discriminación, desigualdad de trato desproporcional e irrazonable. Seguidamente es menester señalar que el artículo 5 de la Ley 30838 establece la prohibición de la aplicación de los mecanismos procesales como es la terminación anticipada en los supuestos referidos anteriormente. En otras palabras, el legislador ante los excesivos casos relacionados con los delitos sexuales ha optado por crear leyes destinadas a proteger a las víctimas como prospecto de la búsqueda de la justicia y la erradicación de esta compleja situación, no obstante, el artículo 5 de la Ley 30838 refleja la falta de equidad y cuidado en su redacción, puesto que se evidencia una discriminación al determinar la improcedencia de la terminación anticipada en los delitos sexuales. Asimismo, lo descrito anteriormente acerca de la existencia de discriminación, también sucede cuando el legislador incurre en el mismo error al establecer lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, acerca de la exclusión de la responsabilidad restringida al agente que haya incurrido en el delito de violación de la libertad sexual, homicidio

calificado, por la condición oficial del sujeto activo, feminicidio, sicariato, extorsión, tráfico ilícito de drogas y demás delitos consagrados en el artículo en mención. Sin embargo, al respecto cabe precisar que la Corte Suprema bajo el criterio de un control difuso ha establecido la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, en sustento a que dicha norma es discriminatoria y además porque vulnera el principio de igualdad ante la ley.

Agregando a lo anterior, dicho principio se encuentra consagrado en diversas Constituciones y Tratados internacionales con la finalidad de garantizar que toda persona sea tratada de manera justa, equitativa y sin ninguna discriminación. Este Subprincipio es reforzado con la prohibición de discriminación puesto que se exige que no se dé distinciones arbitrarias que afecten derechos fundamentales. De modo que la exclusión de la terminación anticipada prescrita en el artículo 5 de la Ley N° 30838 en relación con los delitos de libertad sexual vienen a constituirse en una discriminación injustificada y sin sustento puesto que impide la aplicación de mecanismos procesales premiales. Lo expuesto se puede corroborar con lo admitido en el fundamento décimo sexto de la Casación N° 658-2021, Cusco, donde se establece que los efectos de exclusión de la responsabilidad restringida en casos de violación sexual no deben ser entendidos como una prohibición absoluta, puesto que la prohibición emitida en dicho artículo da lugar a la vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado en el inciso 2, artículo 2 de la Carta Magna peruana. Por ende, la disminución de la punibilidad respecto a la responsabilidad restringida se aplicará a todo tipo de delito.

Por otra parte, el subprincipio de la no discriminación trasciende de la vulneración del principio de la igualdad ante la ley puesto que viene a ser el eje de las regulaciones sobre el cual se busca inhibir todo tipo de discriminación, prohibir las diferencias o acciones bajo cualquier forma. En esa línea, la Constitución Política peruana prescribe en su artículo 2 inciso 2 que toda persona tiene derecho de igualdad ante la ley, de igual manera, la disposición de no discriminación en cualquier modalidad. Por ende, lo determinado en la norma constitucional permite que se limite conductas discriminatorias, sin embargo, el artículo 5 de la Ley N° 30838 prohíbe los beneficios de la terminación anticipada en aquellos delitos de libertad sexual en base a la imputabilidad restringida por la edad. En ese sentido, es necesario considerar que entre los pilares

fundamentales de la Constitución Política peruana se encuentra el principio de igualdad ante la ley por el cual se determina que toda persona debe ser tratado de manera igualitaria y sin discriminación, de manera que la prohibición efectuada en el artículo 5 de la Ley N° 30838 implica una distinción injustificada y discriminatoria, ello en fundamento al límite que se da en cuanto al beneficio procesal de la terminación anticipada. Por otro lado, dicha norma evidencia discriminación por la edad debido a que la imputabilidad restringida por la edad prescrita en el artículo 22 del Código Penal peruano, contempla restricciones en cuanto a la reducción prudencial de la pena en caso de los delitos donde el imputado tiene entre 18 y menos de 21 años. Referida distinción centrada en la edad ha sido cuestionada desde el punto de vista discriminatorio. Por consiguiente, a través del Acuerdo Plenario N.º 04-2008/CJ-116 se ha especificado que la discriminación evidenciada por la edad no cuenta con una justificación sólida lo cual conlleva a que sea desproporcional e irrazonable. Entonces lo dispuesto por dicho acuerdo es extensible a la aplicación de la imputabilidad restringida en la terminación anticipada.

Ahora bien, lo señalado sobre la inaplicación de la imputabilidad restringida en la terminación anticipada es consecuente con la jurisprudencia que como se aprecia a cuestionado la discriminación por edad respecto al segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal peruano. Incluso la jurisprudencia ha abogado por el control difuso con la finalidad de inaplicar normas de carácter discriminatorio, por lo tanto, este mismo razonamiento debería ser aplicado al análisis sobre la terminación anticipada con el propósito de evitar inconsistencias en la disposición de la imputabilidad restringida.

En consecuencia, el objetivo de la presente investigación es evidenciar que en la terminación anticipada de la Ley N°30838 para los casos de delitos contra la libertad sexual, centradas en los fundamentos que se declararon inconstitucional para la imputabilidad restringida, existe la vulneración al principio de la igualdad ante la ley, por tal razón, se pretende derogar el artículo 5 de mencionada Ley N° 30838 con la finalidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de una persona con la condición de imputado.

Lo expuesto anteriormente se fundamenta en que, en el caso de la imputabilidad restringida por la edad, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal ha sido declarada inconstitucional por

discriminación e irracionalidad, esto es, debido a que dicho artículo discrimina injustificadamente a un cierto grupo de personas como es el caso de los mayores de 18 años y menores de 21 años cuando hayan cometido delitos vinculados a lo sexual y otros. Sin embargo, esta restricción no tiene una justificación razonable para ser aplicada en base a la edad que tiene el agente, por ende, la desproporción es irrazonable y además vulnera el principio de igualdad ante la ley.

Seguidamente, la Ley N° 30838 incurre en la prohibición de la terminación anticipada limitación que se relaciona con lo dispuesto anteriormente en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en casos de los delitos contra la libertad sexual, es más, para la prohibición de la terminación anticipada se usa como jurisprudencia a referido artículo prescrito en el Código Penal sin considerar que este ha sido declarado como inconstitucional. En consecuencia, la disposición contemplada en la Ley N° 30838 constituye una grave vulneración al principio de igualdad por excluir para ciertos delitos la posibilidad de aplicar la terminación anticipada.

La justificación de los valores que respaldan nuestra propuesta de **derogar** el artículo 5 de la Ley N° 30838 se fundamenta en los principios fundamentales de la igualdad ante la ley y la no discriminación con la finalidad de que se promueva la aplicación justa y razonable de la ley. En el caso de la igualdad ante la ley este principio y derecho se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política peruana, este principio sostiene que toda persona es igual ante la ley y que tiene el derecho a ser tratado de manera equitativa, independiente de las características que pueda poseer como la edad o el tipo del delito que se le imputa como es en el caso del artículo 5 de la Ley N° 30838. Por otro lado, garantiza los derechos fundamentales, es decir, que la igualdad ante la ley busca que toda persona goce de los mismos derechos y oportunidades, siendo así, que la imposición de restricciones en base a la edad para la aplicación de la terminación anticipada da lugar a la discriminación y vulneración al principio de igualdad en los tratos injustificados.

Asimismo, la no discriminación se apega a la protección de los derechos humanos, puesto que mediante este principio se prohíbe tratos discriminatorios y arbitrarios, de manera que en el caso de la prohibición sobre la terminación anticipada prescrita en el artículo 5 de la Ley N° 30838 para los delitos contra la

libertad sexual evidencia una discriminación injustificada. Es más, pese a que en la jurisprudencia se ha declarado inconstitucional la imputabilidad restringida por la edad en el artículo 22 del Código Penal sostiene que la ley debe aplicarse de forma uniforme y sin discriminación, ello debería extenderse al artículo 5 de la Ley N° 30838 por el cual se prohíbe la aplicación de la terminación anticipada.

La derogación del artículo 5 de la Ley N° 30838 implica a la equidad en el tratamiento de las personas imputadas por cualquier delito relacionada con la libertad sexual evitando cualquier vulneración al principio de igualdad ante la ley, de igual manera, la aplicación de la terminación anticipada sería más justa puesto que se daría respetando los derechos fundamentales de los imputados.

Por tal razón, la derogación del artículo 5 sería coherente debido a que la prohibición de la terminación anticipada en sustento a los mismos fundamentos que se declararon como inconstitucional para la imputabilidad restringida del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por edad conduce a la conclusión lógica de que ocurre lo mismo con la Ley N° 30838, artículo 5 esto es, la discriminación e irracionalidad a un determinado grupo.

En efecto, la existencia de la inconstitucionalidad consagrada en el artículo 5 de la Ley N° 30838 para los delitos contra la libertad sexual contemplan los mismos fundamentos que han sido declarado inconstitucionales para el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, es por eso, que debe darse la derogación del artículo 5 debido a que no garantiza la no discriminación y la igualdad ante la ley, hecho que produce la vulneración de derechos fundamentales de los imputados que incurran en los delitos contra la libertad sexual.

Reafirmamos la derogación del artículo 5 de la Ley N° 30838 es una medida necesaria para evitar cualquier tipo de discriminación de aquellas leyes creadas por el legislador, asimismo, se busca garantizar la aplicación equitativa, justa y razonable de la terminación anticipada en concordancia con los principios constitucionales y la jurisprudencia en la sociedad peruana.

Se sugiere realizar una exhaustiva revisión de la Ley N° 30838, en particular el artículo 5 con el propósito de analizar si efectivamente guarda o no coherencia con los principios constitucionales en principal con la igualdad ante la ley y la no discriminación, de igual manera, esta ley debe ser sujeta a análisis por los expertos en derecho constitucional, así como penal para con ello poder

tener una mejor evaluación sobre la legalidad y constitucionalidad de la norma en análisis.

De igual modo, se requiere fomentar la participación y debate de los diferentes sujetos relacionados con el sistema jurídico para tener diferentes perspectivas que enriquezcan el análisis de las leyes creadas por el legislador en base a aspectos éticos, jurídicos, y sociales. Con lo mencionado se busca corregir las deficiencias y a la vez garantizar la coherencia de la ley en sustento a los principios constitucionales, referidas propuestas deben ser sostenidas con argumentos jurídicos sólidos y razonables.

En consecuencia, es necesario que se examine la jurisprudencia internacional para con ello poder comparar las disposiciones emitidas por nuestro legislador y con las de los legisladores internacionales con el propósito de evidenciar si existe o no un estándar internacional en cuanto a las disposiciones internacionales de los derechos humanos. Asimismo, ante la discriminación contenida en el artículo 5 de la Ley N° 30838 es necesario implementar el seguimiento y evaluación de las continuas modificaciones legislativas para identificar cualquier tipo de vulneración a los derechos fundamentales de una persona.

#### **4.2. La admisión del fundamento de trato desigual para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada.**

En el presente subtítulo se abarcará respecto a lo regulado en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal peruano, puesto que contempla la exclusión del beneficio de la reducción prudencial de la pena para ciertos delitos, como el de la libertad sexual, sin embargo, dicha exclusión contenida en referido artículo ha sido expuesto a diferentes críticas por la jurisprudencia en fundamento a que existe irracionalidad y discriminación. Lo expuesto se evidencia en el EXP. N° 03461-2010-PA/TC en su fundamento tres, se establece que la igualdad es vulnerada solamente cuando el trato desigual no cuenta con justificación razonable y objetiva. De modo que la aplicación del principio de igualdad no exceptúa el trato desigual, sin embargo, para que no se vulnere el principio en la diferencia de trato siempre debe ser en sustento objetivas y razonables.

Ahora bien, para ello se requiere establecer de manera clara que se entiende por discriminación en base al trato desigual o diferenciado, este se ejerce ante una persona o grupo negando o limitando el ejercicio de sus derechos basados en uno o varios motivos contemplados por nuestra Constitución, en ese sentido, se podría afirmar que la discriminación por trato desigual se nutre por prejuicios y estereotipos que se ejercen sobre una persona por sus características, culturales, sociales, económicas, físicas y otros.

Lo mencionado anteriormente también sucede en lo prescrito por la Ley N° 30838 precisamente en el artículo 5 puesto que se establece la prohibición de la terminación anticipada para los delitos que guardan relación con la libertad sexual, ello produce un conflicto entre el principio de igualdad ante la ley y la disposición en análisis. Por lo tanto, el problema se basa en la admisibilidad de un trato desigual para inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en concordancia con el artículo 5 de la Ley N° 30838. El fundamento de trato desigual se centra en la exclusión de los beneficios procesales como derecho de los imputados que hayan cometido delitos vinculados con la libertad sexual, en sustento a referida disposición es que se limita la aplicación de la terminación anticipada. En ese sentido, surge la interrogante de si es posible que el fundamento declarado como inconstitucional en el ámbito de la inimputabilidad restringida sea válido y justificado para prohibir la aplicación de la terminación anticipada de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 30838.

El fundamento del trato desigual para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 2 del Código Penal y en el artículo 5 de la Ley N° 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada, dicha postura se sustenta en la necesidad de buscar la coherencia en las leyes creadas por el legislador teniendo en cuenta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y los principios de igualdad y no discriminación.

Al respecto, del trato desigual en la STC 00009-2007-PI/TC fundamento 20 se señala claramente que no toda desigualdad se configura necesariamente en una discriminación y es que no se proscriben las diferencias de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera, que la desigualdad únicamente se verá vulnerada cuando el trato desigual no cuente con una justificación razonable y sobre todo objetivo.

De manera que la declaración de inconstitucionalidad emitida por la jurisprudencia sobre la exclusión de los beneficios para los casos de imputabilidad restringida por la edad, específicamente en los delitos contra la libertad sexual, sirve como un antecedente que respalda la inviabilidad de los tratos desiguales contenidas en el artículo 5 de la Ley N° 30838. Por lo tanto, nuestra propuesta se basa en considerar que la terminación anticipada, al caracterizarse como un mecanismo procesal por el cual el imputado consensua con el sistema judicial, es posible la aplicación de la ley a determinados casos donde se respete los principios, derechos fundamentales y la equidad. Por consiguiente, la admisión sobre un trato desigual lo que genera es mantener una proporcionalidad razonable, asimismo, reconocer la gravedad del delito y la necesidad de asegurar la coherente y razonable justicia.

Para la admisión del fundamento de trato desigual en el artículo 5 de la Ley N° 30838 debe realizarse un análisis de caso por caso, teniendo en cuenta los factores como la gravedad del delito, contexto y la madurez del imputado. Lo señalado evitara que se den arbitrariedades. En base a lo expuesto es que el fundamento del trato desigual en la limitación de la terminación anticipada descrito en el artículo 5 deberá inaplicarse en sustento a lo proporcional, justo y respeto de los derechos fundamentales para tener una mejor coherencia y equidad en el sistema jurídico peruano.

En ese sentido, la prohibición de la terminación anticipada para los delitos relacionados con la libertad sexual contemplados en la Ley N° 30838, resulta ser inconstitucional debido al trato desigual por la edad, generando la vulneración del principio de igualdad ante la ley. Los mismos fundamentos que se sostienen para la inaplicación de la imputabilidad restringida por la edad deberían extenderse para la prohibición de la terminación anticipada.

Por otro lado, la prohibición de la terminación anticipada por la edad del imputado en los delitos con vinculo a la libertad sexual establecido en el artículo 5 de la Ley N° 30838 presenta contradicciones con el principio de igualdad contenida en la Constitución, dicha contradicción se origina por el trato desigual que el legislador establece en cuanto a la edad del imputado y el delito contra la libertad sexual. Todo lo puntualizado también se aprecia en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal sobre la imputabilidad restringida, el cual fue sujeto a análisis y declarado como inconstitucional.

Al haberse declarado como inconstitucional la imputabilidad restringida por la edad prescrito en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal se aprecia conexiones claras con los precedentes jurisprudenciales que lo han declarado como tal, en ello se destaca argumentos y similitudes que pueden ser aplicado a la prohibición establecida en el artículo 5 de la Ley N° 30838 sobre la prohibición de la terminación anticipada por la edad para los imputados de los delitos contra la libertad sexual.

Evidentemente, el artículo 22 del Código Penal peruano regula la imputabilidad restringida por la edad, sin embargo, en su segundo párrafo se encarga de excluir los beneficios de la reducción prudencial de la pena, para los delitos relacionados con la libertad sexual, es decir, en caso de que el imputado haya realizado cualquier delito contra la libertad sexual se le prohíbe poder sujetarse a los beneficios. No obstante, el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116 respalda la evidente vulneración al principio de igualdad ante la ley por mencionada disposición al introducir la discriminación por trato desigual en base a la edad del agente sin brindar justificaciones coherentes, razonables o lógicas.

Por su lado, la Ley N° 30838 emitida el 2018, considera la regulación de la imputabilidad restringida y prohíbe la aplicación de la terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual contemplados en los Capítulos IX, X Y XI del Título IV del Código Penal. Sin embargo, aun cuando la jurisprudencia ha aplicado el control difuso para inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, esto no se ha extendido a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N° 30838 por lo que dicha normativa sigue ejerciendo tratos desiguales con lo establecido para los imputados y consecuentemente se vulnera el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación.

En ese sentido, el legislador al establecer la prohibición sobre la terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual en la Ley que modifica el Código Penal no ha previsto que este se contradice con el principio constitucional de la igualdad ante la ley prescrito en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política peruana. Ante esta situación la jurisprudencia y la Corte Suprema han respaldado la revaloración del principio de igualdad ante la ley para los casos de imputabilidad restringida, por tal razón, han recurrido al control difuso para evitar los tratos discriminatorios. A esto se suma lo dispuesto en el EXP. 0045-2004-AI donde el Tribunal sostiene que la igualdad no es más que el

reconocimiento del derecho a no ser discriminado por cualquier motivo o índole que sea jurídicamente relevante, es decir, se prohíbe cualquier tipo de discriminación por el Estado y particulares de una sociedad.

Asimismo, es necesario evaluar las circunstancias de forma individual de los imputados restringidos, como los mayores de 18 y menores de 21 años para establecer la participación que tienen en lo sociopolítico y la madurez. En consecuencia, la admisibilidad de un trato desigual trata de abordar la contradicción existente entre la jurisprudencia por el cual se ha declarado como inconstitucional a la imputabilidad restringida prescrita en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal y a la vez la prohibición de la terminación anticipada prescrita en la Ley N° 30838.

Por lo tanto, para poder crear una ley es importante que el legislador considere en primera instancia a la Constitución Política peruana, siendo así, que para la creación de la Ley N° 30838 debe existir un enfoque necesariamente en el artículo 2 inciso 2 de la Carta Magna, puesto que en esta normativa se establece al principio de igualdad, el cual es empleado como la base por el cual se evidencia la vulneración de este principio debido a que se establece la prohibición de la terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual.

Así, por ejemplo, en el EXP. 0001/0003-2003-AI/TC el Tribunal Constitucional señala que el principio de igualdad constitucional requiere que el legislador considere la vinculación negativa o abstencionista, puesto que se exige el tratar igual a los iguales y distinto a los distintos; por otro lado, también la vinculación positiva o interventora, la cual comprende la exigencia de corregir las desigualdades existentes o restablecer un equilibrio igualitario al cual la realidad social pueda estar alejándose, en detrimento de los objetivos constitucionales, mediante acciones positivas orientadas a impulsar de manera genuina la igualdad sustancial entre las personas.

En concordancia con lo señalado se encuentra el artículo 22, segundo párrafo del Código Penal, por el cual en un primer momento se excluía determinados beneficios como la reducción prudencial de la pena, esto para los delitos específicos contra la libertad sexual, ante esta situación a través del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116 se analizaron la constitucionalidad de dicha norma a la luz del principio de igualdad ante la ley. En este acuerdo plenario lo que se hace es brindar criterios interpretativos relevantes,

específicamente en lo que concierne a la discriminación por trato desigual en cuanto a la edad en la imputabilidad restringida. Por ende, mencionado fundamento respalda el argumento sobre la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley N° 30838 específicamente sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual.

Como se ha ido señalando, la Constitución Política peruana consagra el principio de igualdad ante la ley en su artículo 2 inciso 2, otorgándole un valor esencial por el cual toda persona debe recibir un trato equitativo y sin discriminación, de modo que la prohibición de la terminación anticipada para el caso de los delitos contra la libertad sexual según la Ley N°30838 contempla una contravención con este principio produciendo una distinción de manera arbitraria en lo que respecta al tratamiento de los imputados.

De igual manera, relacionado al principio de igualdad, el valor de no discriminación prohíbe cualquier tipo de trato diferenciado que no se sustente con justificaciones razonables, coherentes y lógicos. Siendo así, que la aplicación de forma selectiva sobre la terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual podría ser considerado como una forma de discriminación por la naturaleza del delito, la edad y sin una justificación objetiva. Tal es el caso que la jurisprudencia en la disposición del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal ha visto por conveniente respaldar la inaplicación de la norma discriminatoria debido a la existencia de un trato desigual. La justificación se centra en el respeto de la protección de los derechos fundamentales del imputado cuando se prohíbe la terminación anticipada y es que se requiere un análisis de los derechos constitucionales para evitar tratos desiguales que afecten la efectividad de los derechos fundamentales.

Asimismo, se debe tener en cuenta los fines de la pena en cuanto a la reeducación, rehabilitación y resocialización del infractor. Puesto que la prohibición contemplada en el artículo 5 de la Ley N° 30838 sobre la terminación anticipada entra en conflicto con dichos fines al restringir la posibilidad de llegar a acuerdos reparatorios para los imputados restringidos. Es más, se debe considerar, las experiencias sociopolíticas puesto que los imputados restringidos están en el margen de edad mayores de 18 y menores de 21 años, etapa en la cual se encuentran en formación y maduración, esto significa, que están en una

experiencia reciente a lo sociopolítico y una adaptación a la sociedad cuando se determina el tratamiento penal, por ello se respalda una aplicación más flexible.

Del mismo modo, el empleo del control difuso como un instrumento para la inaplicación de la imputabilidad restringida en el artículo 22, segundo párrafo del Código Penal, porque dicha norma vulnera derechos fundamentales, implica un adecuado análisis de los fundamentos constitucionales por la jurisprudencia, por lo tanto, la discriminación por edad vulnera principios básicos y da lugar como sustento a la inaplicación de la imputabilidad restringida, el cual será útil para fortalecer el supuesto de la existencia de vulneración y discriminación contenido en el artículo 5 de la Ley N° 30838 al dictarse la prohibición de la terminación anticipada.

Por consiguiente, lo que se busca en si es garantizar la coherencia y constitucionalidad al aplicarse una ley, como es el caso del artículo 5 de la Ley N° 30838 o el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, asimismo, evitar tratos desiguales que puedan vulnerar los derechos fundamentales y la prevalencia de los principios constitucionales. Por otro lado, al admitir el fundamento sobre un trato desigual, lo que se busca es establecer mayor equidad en cuanto al tratamiento de los imputados. Puesto que se daría una aplicación más justa de la terminación anticipada, asimismo, se evitaría cualquier tipo de distinción que impida que los imputados restringidos puedan gozar de la posibilidad de acordar términos consensuados en el proceso judicial.

Es decir, se tiene como consecuencia directa el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, puesto que el prohibir una restricción que afecta a un grupo en específico de imputados, ello contribuiría a fortalecer la seguridad y coherencia de ser tratado sin desigualdades e independientemente del delito u otros aspectos. Entonces el respeto y la protección de los derechos fundamentales del imputado implican que la aplicación de la terminación anticipada para los imputables restringidos en los delitos contra la libertad sexual sean beneficiados con la efectividad y la imposibilidad de la vulneración de un derecho fundamental. En consecuencia, el aceptar sobre la existencia de un trato desigual en el artículo 5 de la Ley ° 30838 lo que se pretende es producir consecuencias positivas en sustento al termino equidad sore los derechos fundamentales y la eficiencia procesal.

De modo que, si la Constitución Política del Perú consagra el principio de igualdad ante la ley en el artículo 2 inciso 2 determinado que toda persona merece un trato igual y debe ser tratado como tal, sucede que en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal limita de ciertos beneficios a los imputados restringidos cuando se trata de los delitos contra la libertad sexual, sin embargo dicha disposición ha sido declarado como inconstitucional por contener tratos desiguales, discriminatorios e irrazonables tal como lo sostiene la jurisprudencia en el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116. Siguiendo referido razonamiento, sobre la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, se asume que la misma lógica debe aplicarse en el caso de la prohibición de la terminación anticipada para los delitos prescritos en el artículo 5 de la Ley N° 30838.

En esa misma línea, el fundamento de la existencia de un trato desigual lo que busca es evitar la discriminación de forma injustificada hacia los imputados restringidos en base a los mayores de 18 y menores de 21 años que se encuentran involucrados con los delitos contra la libertad sexual. Por lo tanto, la aplicación diferenciada de la terminación anticipada no cumple con el principio de proporcionalidad puesto que la medida restrictiva no guarda vínculo adecuado con el fin que se persigue, esta situación lleva a que sea afectado desproporcionalmente un grupo en específico como es el caso de los imputados restringidos.

En este punto es relevante resaltar lo dispuesto en la sentencia del EXP. 0261-2003-AA/TC por el cual el Tribunal Constitucional establece que la igualdad se constituye en un derecho fundamental de no realizar tratos distintos a las personas que se encuentran en una situación similar, siempre y cuando exista una justificación objetiva y fundada para el trato desemejante. En otras palabras, la vulneración al principio de igualdad se dará cuando la creación, interpretación o aplicación de la ley sea considerada de manera distinta a los hechos, situaciones o acontecimientos que guardan similitud o sean idénticos.

Por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por ser una ley que contiene trato desigual, produce discriminación y vulnera el principio de igualdad ante la ley, los mismos fundamentos lógicos, deben extenderse a la prohibición de la terminación anticipada del artículo 5 de la Ley N° 30838 puesto que ambas

medidas afectan de forma desproporcional a los imputados restringidos en los delitos contra la libertad sexual.

#### **4.3. Los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada.**

El artículo 22 del Código Penal peruano hace referencia a la responsabilidad restringida cuya finalidad es reducir gradualmente la pena cuando el agente que cometió el delito posee una edad de 18 y menos 21 o así como también mayores de 65 años, en consecuencia, el Código Penal de 1993 describe sobre la responsabilidad restringida cuyo beneficio era la reducción de la pena y este era aplicable a cualquier tipo penal, a fin de que el juez pueda rebajar prudencialmente la pena siempre que este dentro de la edad que ha establecido el legislador.

Por otro lado, esta figura jurídica ha sufrido con el transcurso del tiempo diferentes modificaciones cómo se han desarrollado en el marco teórico, ante estas tenemos las siguientes modificaciones:

- A. La Ley N.º 27024, de fecha 15 de diciembre de 1998; incluye al texto original un segundo párrafo prohibiendo su aplicación del primer párrafo para ciertos delitos, entre estos se encontraban los tipos penales de violación sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, asimismo, cualquier otro delito que superare como pena concreta más de 25 años o cadena perpetua.
- B. La Ley N.º 29439, de fecha 19 de noviembre de 2009; sufre una modificatoria esto debido a que el primer párrafo prohíbe la aplicación del beneficio cuando se haya cometido el delito de homicidio o lesiones culposas provocadas por la conducción de vehículo motorizado y de armas de fuego bajo los efectos de droga y alcohol, asimismo, que se haya obviado las reglas técnicas de tránsito.
- C. El Decreto Legislativo N.º 1181, de fecha 27 de julio del 2015; sufre modificación en el segundo párrafo incorporando más tipos penales.

Al respecto la naturaleza jurídica de esta figura según el derecho comparado es aplicable para todos los delitos, cabe precisar que el legislador ha variado su aplicación sin sustento objetivo alguno, en ese sentido, el fundamento dogmático del artículo 22 del Código Penal se centra en la imputabilidad como

aquel límite a la responsabilidad penal, ello debido a que las personas gozan de particular situación al momento de responder a la justicia, siendo determinante la edad que posea el delincuente. Ahora la responsabilidad restringida por la edad nos conlleva a la sanción punitiva debe de estar delimitada por la particularidad del agente.

En esa línea, se ha tenido en consideración que la realización de un injusto penal debe de estar compuesta por la conducta típica, antijurídica y culpable y sobre todo que la pena sea necesaria a sus fines, en ese contexto, se entiende que la persona cuál es imputable hacer perseguido por la justicia cuando alcanza la mayoría de edad, siempre y cuando no sufra de anomalía o alteración mental al momento de la producción del ilícito penal, esto debido a que la capacidad cognoscitiva debe de estar sujeta a la capacidad volitiva. Por lo tanto, es menester también señalar con respecto a la imputabilidad disminuida, esto debido a que su concepción está comprendida a la atenuación punitiva en tanto la actuación de un individuo está sujeta aquellas situaciones particulares, ya sean estas personales o existenciales, en tanto, esta consecuencia deberá analizar la impulsividad del agente, falta de experiencia, su personalidad que se condicionan a la comisión del ilícito penal.

Los elementos de la imputabilidad disminuida ha conllevado a que se establezcan diferentes fijaciones para su determinación, en ese sentido, se tiene lo siguiente: a) el sujeto acciona en condición de imputable al momento de la realización del tipo penal poseyendo la capacidad de comprensión del acto delictivo, b) se debe de analizar que la actuación del sujeto imputable debe de estar condicionada al equilibrio de su personalidad, es decir, se deberá de comprender cuestiones patológicas, de ambiente, endógenas o exógenas que puedan afectar si esfera interna como las emociones, la voluntad, sentimientos e inteligencia.

De modo tal, que si se advierte lo mencionado con anterioridad estaremos frente a la imputabilidad disminuida, por ende, correspondería asumir una culpabilidad degradada cuyo reproche penal correspondería a una menor intensidad, por ello, se adecuaría a una sanción penal mínima siendo así que el sistema penal admite los cauces que se originarían por la condición emocional y psíquica del agente. Por consiguiente, se advierte que el positivismo criminológico ha reconocido a la imputabilidad disminuida a fin de que esta sea

considerada como atenuante siendo está considerado como la categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad.

Por otro lado, la imputabilidad disminuida tiene como consecuencia reconocer que la conducta de la gente está afectada por su salud mental o falta de maduración, por ello, implicaría no haber alcanzado el desarrollo hectárea, en consecuencia, esto no constituye que el agente no constituye un peligro para la sociedad, en ese extremo, el reproche del injusto por parte del Estado debe de ser inferior. Esta concepción ha sido tomada por la responsabilidad restringida señalada en nuestro Código Penal, pero a diferencia está a sido circunscrita a la condición de la edad del agente de forma específica, a fin de que beneficie con la reducción prudencial de la pena.

Lo descrito en el Código Penal en el artículo 22, se sustenta en la condición evolutiva del desarrollo humano, esto porque establece dos etapas del desarrollo de la persona, para ser específicos describe la etapa de la juventud y de la persona mayor, en ese sentido, la primera etapa es considerada como falta de madurez y es transitoria, es decir somos individuos incompletos, en cambio, en la segunda etapa el agente pierde el discernimiento de la realidad. En ese sentido, el legislador a establecido ambas condiciones para determinarlos como parte de la responsabilidad restringida adoptando de esta manera la imputabilidad disminuida.

Siendo así, es de vital importancia tener en consideración que esta condición del agente se debe a la capacidad al momento de afrontar un proceso penal, esto debido a que todavía se encuentra en un grado de maduración, por ende, el fundamento se concibe en la capacidad progresiva; claro está que la capacidad legal para perseguir el delito es configurada por la ley, pero esto no significa que el agente tenga maduración plena que conlleve a una autonomía plena para que pueda ser responsable de las decisiones tomadas. A criterio del legislador peruano, éste ha asumido que la edad de la gente influye en la determinación de su conducta, por lo tanto, estaríamos frente a una imputabilidad disminuida, esto como consecuencia de la existencia de inferioridad psíquica en la etapa de juventud por lo que esta influye al momento de ejecutar un acto criminal, en tanto estamos frente a que la edad del sujeto activo influencia en el tipo penal.

Además, cabe precisar que a la edad de los 65 años de edad considerado como personas mayores la pena es atenuada, En consecuencia, la edad es un factor predeterminante para tener en cuenta la predisposición del agente al momento de cometer un acto criminal, por lo tanto, el juez está facultado para poder reducir la pena prudencialmente al encontrarse frente a situaciones etarias, bien por la falta de madurez o por pérdida de la realidad como se puede incidir en el adulto mayor. En esa línea, lo descrito en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; que es imposible reducir gradualmente la pena en los delitos contra la libertad sexual, ha sido discutido y se han apartado de su taxatividad debido a que colisiona con derechos supraconstitucionales.

En respecto a ello, el Pleno Jurisdiccional Distrital de Lima, llevado a cabo los días 18 y 19 de julio del año 2007, han establecido que la referido en el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal es incoherente con el principio de igualdad ante la ley, esto debido a que y la gente se encuentra todavía en una etapa de tránsito y por lo tanto no ha alcanzado la plena madurez psicosomática. Esto nos permite apreciar que la propia naturaleza jurídica de la responsabilidad restringida ha sido mal interpretada por el legislador y gozando de sus facultades legislativas está bajo el fundamento de políticas criminales ha conllevado a su desnaturalización al incluir efectos prohibitivos.

En esa línea, el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal realizada por la Corte Superior de Justicia de Cusco, el 14 de diciembre del año 2017, establecido la posibilidad de aplicar control difuso para el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, esto debido a que la norma presenta rasgos inconstitucionales y que su aplicación vulneraría derechos fundamentales. Asimismo, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal del Callao, del año 2018 determinó que la responsabilidad restringida debe de ser aplicada conforme a lo indicado en el Acuerdo Plenario N.º 04-2016-CIJ-116, ya que resulta inconstitucional la prohibición de su aplicación.

Del mismo modo, el X Pleno de Salas Penales Permanentes y Transitorias, en el fundamento 14 y 15 ha sostenido que la disminución de la pena con respecto a la responsabilidad restringida no está circunscrito a las características o la gravedad del ilícito penal cometido por el agente, sino que su fundamento central es la evolución vital del ser humano, es decir el grado de madurez o de disminución de actividades vitales, por ende no está en función

directa con la gravedad del delito, además sostiene que la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, ha ratificado que lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal resulta inconstitucional, por lo que, los jueces ordinarios no deben de aplicarla en casos similares. Ahora bien, lo establecido por el legislador al prohibir que se aplique la responsabilidad restringida para aquellos delitos de connotación grave escapa de la naturaleza jurídica de esta institución debido a que esta se centra en la madurez psicosomática del agente, por tal motivo esta prohibición no tiene asidero normativo, ni doctrinario, asimismo resultaría discriminatorio. En consecuencia, se puede apreciar que el Estado debería de tener mayor cuidado al momento de emitir normas que colisionan con la propia naturaleza jurídica de dicha institución, además, que esta manipulación absurda del texto normativo colisionaría con derechos constitucionales de las personas antes mencionadas.

En las diferentes jurisprudencias referente a la responsabilidad restringida y su inaplicación, cabe resaltar, que la Casación N.º 1699 – 2018, Ayacucho ha sostenido que la prohibición de la responsabilidad restringida en el delito de homicidio calificado al ser un delito grave y que lesiona de forma irreparable el bien jurídico de la vida, es menester que dicha prohibición normativa sea contrarrestada por el control difuso, esto debido a que las normas que establece el legislador deben de estar sujetas al principio de igualdad ante la ley, es decir que todos deben de recibir un trato igualitario, además que no existiría una justificación objetiva y razonable para poder prohibir los efectos de la responsabilidad restringida.

Ahora bien, en la Casación N.º 291 – 2019, Ayacucho la Corte Suprema ha sostenido que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal referente a la inaplicación de la responsabilidad restringida debe de ser declarado inconstitucional a través del control difuso, esto debido a que el delito de violación sexual es considerado como un delito grave, por ende la prognosis de la pena es mayor; en ese contexto, al ser este tipo de delito, el legislador estaría ejerciendo discriminación no contemplada por la norma constitucional, por otro lado, la culpabilidad incide en factores individuales y concretos, por lo tanto la constatación de la edad del imputado se fijaría en lo establecido dentro de la responsabilidad restringida, por tal motivo, resultaría inconstitucional.

En consecuencia, la jurisprudencia ha establecido de manera objetiva que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal es inconstitucional y por tanto amerita no ser aplicado. Ahora bien, lo establecido en el artículo 5° de la Ley N.º 30838, establece sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada, al respecto, esta institución procesal penal premial estaría siendo cohibido sin fundamento alguno, y sin tener en consideración lo que se ha establecido con antesala con respecto a la condición de la edad del agente, por otro lado, parecía que la inaplicación del beneficio de la terminación anticipada se debería a que el legislador ha considerado dentro de la norma procesal diferentes delitos graves como el delito de violación sexual, en ese contexto, se estaría persistiendo a la discriminación por el delito cometido, además, que se estaría incidiendo a un trato desigualitario en diferencia a otros delitos que también son graves pero que si configuran para los beneficios de la terminación anticipada.

En esa situación, los fundamentos esbozados y que han sido reconocidos por los diferentes órganos jurisdiccionales de nuestro país con respecto a la inaplicación de la responsabilidad restringida deben de ser tomados, a fin de adecuarlos en lo descrito en el artículo 5 de la Ley N.º 30838, esto debido a que la terminación anticipada no solamente beneficia al Estado, ya que recorta el proceso penal y consigo la maquinaria punitiva, sino que también conlleva a que el procesado tenga una reducción en la pena, a fin de que en corto tiempo sea efectivizado de modo tal se recortaría la población penitenciaria.

La naturaleza jurídica de la terminación anticipada, según el derecho comparado es aquella negociación en donde participa la Fiscalía y la parte imputada, a fin de arribar a un acuerdo premial, ello debido a que el imputado reconoce los cargos formulados en su contra, en ese sentido, el legislador con lo establecido en el artículo 5 de la Ley N.º 30838 estaría desnaturalizando la figura procesal de terminación anticipada, asimismo que este resultaría inconstitucional esto a menester de la analogía que podría interpretarse de las diferentes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y la doctrina establecida en nuestro país, por lo tanto, para que se pueda determinar la inconstitucionalidad de una norma es necesario la utilización del test de proporcionalidad a fin de evaluar la validez de referida norma.

Lo legislado en el artículo 5 de la Ley N.º 30838, referido a la inaplicación de la terminación anticipada debe de ser analizado desde el elemento del trato desigual, en referida situación nos encontramos frente a que no existe justificaciones objetivas y razonables, por lo tanto, el trato sería arbitrario e injustificado, lo que conllevaría a que sea una norma discriminatoria, esto se suma a que el principio de razonabilidad conlleva a que la proporcionalidad debe estar situada en lo descrito por los derechos fundamentales de la persona, es decir que no debe de existir ningún alejamiento, en este caso existiría un trato desigual ya que solamente se establece la inaplicación de esta figura en los delitos contra la libertad sexual, además que el examen de referida Ley contraviene el principio de igualdad debido a que excluye los beneficios de la terminación anticipada, por ende, al analizarlos con los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad se evidenciaría su contradicción con la norma constitucional.

Con respecto al principio de idoneidad, es menester señalar que la intervención que realiza el artículo 5 de la Ley N.º 30838 al sostener la inaplicación de la terminación anticipada para aquellos delitos contra la libertad sexual y no desarrollados hacia otros delitos graves igual que el aludido se estaría frente a una desigualdad lo cual no es idóneo en respeto del marco constitucional, lo que de plano resultaría una norma inconstitucional, Ahora bien bajo ese contexto al analizarlo bajo el principio de necesidad, es evidente que el legislador ha posibilitado una norma con trato diferenciado que no es idóneo y sostenido por el marco normativo, en consecuencia si el análisis se efectúa del principio de necesidad al encontrarnos en un trato diferenciado que colisiona con el principio de igualdad ante la ley no existiría una ponderación de derechos, si no caso contrario una norma cuya influencia denota inconstitucionalidad.

En ese aspecto al haber aplicado el principio de proporcionalidad como aquel control constitucional de la ley se ha podido evidenciar quien suma existe una colisión a principios constitucionales y que quebrantan su legitimidad, en suma el legislador pretende sobreproteger a través de instituciones gremiales descritos dentro del Código Procesal Penal, esto debido a que el contenido normativo nos conduce a un grupo destinado quienes llegan a ser sujetos activos de los delitos contra la libertad sexual, de modo tal que se hace una distinción

que conlleva a discriminar por el acto cometido, lo que se puede corroborar al momento de recortar los beneficios de la reducción de la pena.



## CONCLUSIONES

- Se analizó la posibilidad de admitir los fundamentos de la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada, esto debido a que se observa que la figura de la responsabilidad restringida, originalmente diseñada para reducir progresivamente las penas en casos específicos de edad, ha experimentado modificaciones que la alejan de su fundamento doctrinal, dando lugar a discrepancias y desviando su aplicación de su propósito original, en ese sentido, la jurisprudencia nacional ha subrayado la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, como la prohibición de aplicar la responsabilidad restringida en delitos graves, especialmente los relacionados con la libertad sexual, por lo tanto, la limitación de la terminación anticipada en estos casos resulta desproporcionada e inapropiada, contradiciendo principios constitucionales esenciales como el de igualdad ante la ley.
- Se identificó la posibilidad de admitir el fundamento de existencia de discriminación para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación de la terminación anticipada, esto debido a que el análisis detallado de la Ley N.º 30838 revela una clara vulneración al principio de igualdad ante la ley y a los derechos fundamentales de las personas imputadas por delitos contra la libertad sexual, especialmente en lo referente al artículo 5 que prohíbe la terminación anticipada. Esta disposición, al igual que la imputabilidad restringida por edad establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, ha sido declarada inconstitucional por ser discriminatoria e irrazonable, por ende, se sujeta a los mismos fundamentos para que se determine la derogación del artículo 5 de la mencionada ley, a fin de garantizar la equidad en el tratamiento de los imputados y para asegurar el respeto a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.
- Se determinó la posibilidad de admitir el fundamento de trato de desigual para la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en el artículo 5° de la Ley N.º 30838 sobre la prohibición de la aplicación

de la terminación anticipada, esto debido a que del análisis exhaustivo de la normativa legal y la jurisprudencia relacionada con la exclusión de beneficios procesales para los delitos contra la libertad sexual, tanto en el artículo 22 del Código Penal peruano como en el artículo 5 de la Ley N° 30838, revela la existencia de tratos desiguales e inconstitucionales, en ese sentido, la aplicación diferenciada de la terminación anticipada, basada en la edad del imputado y la naturaleza del delito, contradice los principios fundamentales de igualdad ante la ley y no discriminación consagrados en la Constitución Política peruana, en tanto, la jurisprudencia ha respaldado la inaplicación de normas discriminatorias y ha destacado la importancia de una justificación objetiva y razonable para cualquier tratamiento diferenciado, por ello, se debe reconsiderar la aplicación de la terminación anticipada para los delitos sexuales y garantizar un enfoque equitativo que respete los derechos fundamentales de los imputados restringidos, promoviendo así la coherencia y la constitucionalidad en el sistema jurídico peruano.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda llevar a adelante los resultados obtenidos mediante **la derogación del artículo 5 de la Ley N.º Ley N° 30838**, asimismo la **modificación del artículo 471 del Código Procesal Penal quitando texto que versaba sobre la libertad sexual**, siendo de la siguiente manera:

“Artículo 5 de la Ley N.º 30838.- (**Derogado**)”

“Artículo 471 del Código Procesal Penal. -

(...), o por el delito previsto en el artículo 108-B o por cualquiera de los delitos comprendidos en el Capítulo I: artículos 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J del Código Penal”

**[El texto que mencionaba Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal fue derogado]**

- Se recomienda llevar a cabo una investigación desde el enfoque cuantitativo para profundizar en las causas subyacentes de las discrepancias encontradas en la aplicación de la responsabilidad restringida y la terminación anticipada en casos de delitos contra la libertad sexual, con el objetivo de identificar posibles soluciones y mejorar el funcionamiento del sistema legal en beneficio de los derechos de todas las personas involucradas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acale, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Editorial Reus
- Alcántara, D. (2005). *Lenguajes en la educación/discriminación de las mujeres*. Editorial Diputación Provincial de Málaga.
- Amaya, P. (2017). *La terminación anticipada del contrato laboral: derechos y obligaciones de empleador y empleado*. Revista de derecho laboral.
- Angulo, M. (2016). El proceso de terminación anticipada. *Revista social & derecho*. 1 (9), 110-120.
- Apter, M. (2008). *Culpabilidad: emociones, teoría y terapia*. Routledge.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Grijley.
- Arce, M. (2010). *El delito de violación sexual*. Editorial Adrus.
- Atienza, M., Ruiz, J., & Villar, A. (2001). *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Trotta.
- Ballester, M. (1994). *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Barrios, X. (2020). *Criminalidad sexual en Perú: Revisión jurídica y epidemiológica*. Non Omnis Moriar.
- Beltrán, J.C. (2009). *La terminación anticipada en el contrato de arrendamiento: causas y efectos*. Revista de Derecho Privado.
- Bernal, J. (1998). *La discriminación en el Derecho penal*. Editorial Comares.
- Bernales, E. (1996). *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Editorial Fundación Konrad Adenauer.
- Bramont, L. (1997). *Manual de derecho. Parte Especial*. Editorial SM.
- Bramont, L. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editora y distribuidora de libros S. A
- Burgos, J. (2009). *El nuevo proceso penal: su implicancia en la práctica con jurisprudencia y comentarios críticos*. Grijley.
- Caballero, J. (2019). *El proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia para mejorar la celeridad y descarga procesal [Tesis de posgrado, Universidad Federico Villarreal]*. Repositorio UNFV. <https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/3736/CAB>

[ALLERO%20GARCIA%20JUANA%20MERCEDDES%20-%20DOCTORADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

- Cafferata, J. (2017). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Cámara, G. (2015). *La terminación anticipada del contrato de compraventa: un análisis desde la perspectiva jurídica*. Revista de Derecho Mercantil.
- Candido, C. (1997). *Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Trivium.
- Carrillo, M. (2020). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Perú: Análisis criminológico y propuestas de reforma*. Instituto Pacífico.
- Caruso, M. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Castañeda, J. (2018). *Abuso sexual a menores: Análisis criminológico de las características del delito y del delincuente en el Perú*. Universidad de Lima.
- Castillo, J. (2002). *Principios de Derecho Penal - Parte General*. Gaceta Jurídica.
- Cobo, M. (2016). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Editorial Reus.
- Cubas, V. (2009). *El nuevo procesal penal teoría y práctica en su implementación*. Palestra editores.
- De la serna, M. (2013). *La terminación anticipada en los contratos de construcción: causas y efectos*. Revista de Derecho de la Construcción.
- Díaz, F. (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Diez, J. (1981). *El derecho penal ante el sexo*. Editorial Bosch.
- Diez, J. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y criminología*. (6), pp. 69-101. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010/Documento.pdf>
- Díez, J. (2007). *Estudios Penales y de Política Criminal*. Editorial Idemsa.
- Domínguez, A. (2018). *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*. Ediciones Cinca Editores.
- Escolano, E. (2006). *Entre la discriminación y el mérito*. Editorial Publicacions de la Universitat de València
- Estrada, D. (2018). El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional. *Revista Cuadernos de derecho transaccional*.

- Fernández, L. (2018). *La terminación anticipada en el contrato de seguro: análisis de los supuestos legales*. Revista de Derecho de Seguros.
- Fernández, M. (2019). Delitos contra la libertad e indemnidad sexual en Lima Metropolitana. Estudios de Criminología.
- Ferrajoli, L. (2013). *La teoría del delito y la imputación objetiva desde una perspectiva ontológica*. Editorial Trotta.  
[file:///C:/Users/Evelyn/Downloads/administrador,+Gestor a+de+la+revista,+1921-5288-1-CE.pdf](file:///C:/Users/Evelyn/Downloads/administrador,+Gestor+a+de+la+revista,+1921-5288-1-CE.pdf)
- Flórez, A. (2012). *La interpretación jurídica en el Perú: Una aproximación desde la teoría del derecho*. Palestra Editores.
- García, A. & Martínez, L. (2019). *Sesgos en el sistema legal: perspectivas indisciplinarias*. Editorial Jurídica Internacional.
- García, A. (2017). La prohibición de la discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista de Derechos Humanos*, 15(3), 87-102.
- García, J. (1991). *La cláusula general de igualdad*. Editorial autores varios.
- García, J. (2016). Delitos contra la libertad sexual en el Perú: Análisis de casos atendidos por el Ministerio Público (2009-2013). *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*.
- García, L. & Hernández, A. (2017). *Influencia de los sesgos cognitivos en la investigación policial de casos de violación sexual*. Editorial Jurídica y Criminología Actual.
- García, L. (2021). Prohibición de Normas Discriminatorias en el Derecho Peruano. *Revista de Derecho Constitucional*.
- García, P. (2012). *Derecho Penal, Parte General*. Jurista
- García, R. (2011). *La terminación anticipada en el contrato de franquicia: problemática y soluciones*. Revista de Derecho Empresarial.
- Gómez, J. (2022). *Derecho procesal penal*. Editorial instituto pacifico.
- Gonzales, A. (2015). *La igualdad material y formal en el principio de igualdad ante la ley*. Editorial Jurídica Hispanoamericana
- Gonzales, R. (2018). Inimputabilidad restringida y responsabilidad penal del adolescente en el sistema jurídico peruano. *Revista Derecho y Justicia en el Perú*.
- Grisolía, B. (2018). *Derecho Penal: Parte General*. Editorial Hammurabi.

- Gutiérrez, G. (2011). *La Constitución Política del Perú: interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Grijley
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7216853>  
[https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco\\_Nu%c3%b1ez\\_Fundamentos\\_concepci%c3%b3n\\_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la Imputación*. Editorial Marcial Pons.
- Jiménez, J. (2017). *Manual de Derecho Penal Informático*. Editorial Jurista E.I.R.L.
- Jiménez, M. (2010). *Ética y Derecho Penal: En torno a la justificación de la pena*. Editorial: Dykinson.
- Kunsemuller, C. (2001). *Culpabilidad y pena*. Editorial Jurídica de Chile.
- Machicado, J. (2010). Concepto de delito. *Revista apuntes jurídicos*.
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Monge, A. (2004). Consideraciones de Dogmática sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su Doctrina Jurisprudencia. *Revista Peruana de Ciencias Penales*.
- Neyra, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral (Primera Edición ed.)*. Idemsa.
- Paredes, D. (2015). Análisis de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el distrito judicial de Lima. Universitas.
- Peña, A. (2013). *Curso Elemental de Derecho Penal - Parte General*. Ediciones Legales.
- Peña, A. (2014). *Derecho penal, parte especial*. Editorial ediciones legales.
- Peña, R. (1995). *Terminación anticipada del proceso*. Grijley.
- Pérez, J. (2019). *Sesgos mentales en la investigación y procesamiento de casos de violencia sexual*. Editorial Estudio Legales.
- Pérez, R. (2016). *Derecho antidiscriminatorio: principios y casos*. Editorial Jurídica Nacional.

- Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Revista ius et veritas*.
- Praeli, F. (2016). *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Universidad Católica del Perú.
- Reategui, J. (2014). *Derecho parte especial*. Ediciones legales.
- Reyna, L. (2009). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*. Editorial Jurista Editores.
- Robinson, P. (2012). *Principios distributivos del Derecho penal*. Editorial Marcial Pons.
- Rocha, D. (2015). *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*. Editorial Comares.
- Rodríguez, J. (2014). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Análisis jurídico y sociológico en el Perú. Instituto de Investigaciones Criminalísticas.
- Roxin, C. (2017). La asequibilidad normativa como criterio de la culpabilidad. *Anuario de derecho y ciencias penales*.
- Roy, L. (1998). *Una visión moderna de la teoría del delito*. Ministerio de Justicia
- Rusconi, M. (2007). *Derecho Penal - Parte General*. Editorial ADHOC.
- Salinas, D. (2011). *Terminación anticipada del nuevo proceso penal peruano*. Editorial Palestra.
- Salinas, R. (2007). *Derecho penal, parte especial*. Editorial Grijley.
- San Martín, C. (2009). *El Procedimiento de Terminación Anticipada*. Grijley.
- Sánchez, I. (2015). La culpabilidad en el desarrollo humano y su impacto en la psicoterapia. Ediciones Pirámide.
- Sánchez, J. (2017). *Teoría de la interpretación jurídica en el Perú*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Sánchez, P. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Idemsa.
- Santiago, M. (2018). *Criminalidad, violencia e inseguridad en el Perú: Reflexiones para su comprensión y prevención*. Editorial PUCP.
- Serrano, M. (2023). Derecho Penal. Parte especial. Editorial Tirant lo Blanch.
- Silva, L. (2015). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: análisis crítico*. Gaceta Jurídica.
- Smith, J. (2020). *El principio de igualdad ante la ley: fundamentos jurídicos y desarrollo histórico*. Editorial Jurídica XYZ.

- Tarello, G. (2003). *El pensamiento de la interpretación jurídica*. Editorial Trotta.
- Valdez, F. (2019). *Hermenéutica y aplicación del derecho en el Perú*. Grijley.
- Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.
- Villa, J. (1997). *La culpabilidad*. Ediciones jurídicas.
- Villanueva, B. (2013). La terminación anticipada en el sistema procesal penal peruano. *Revista Dialnet*.  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5476725.pdf>
- Villavicencio, F. (2000). *Derecho Penal, parte general*. Editorial Grijley
- Vivanco, P. (2017). *Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la PUCP. Recuperado de
- Witker, J. & Larios, R. (1997). *Metodología jurídica*. México: MacGraw-Hill.

