

# APLICACION POR LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA DEL ARTICULO 199 DEL CODIGO PENAL SOBRE VIOLACION DE MENORES

**1. Introducción. 1.1. Normas Legales. 1.2. Bien Jurídico tutelado. 1.3. Elemento material. 1.4. Sujeto activo del delito. 1.5. Sujeto pasivo del delito. 1.6. Culpabilidad. 1.7. Consumación. 1.8. Tentativa. 1.9. Circunstancias que agravan la represión. 1.10. Acción Penal. 1.11. Penalidad. 2. Resoluciones de la Corte Suprema de la República recaídas sobre el artículo 199 del Código Penal y disposiciones conexas. 2.1. Bien Jurídico Tutelado. 2.2. Elemento material. 2.3. Sujeto activo del delito. 1.4. Sujeto pasivo del delito. 2.5. Culpabilidad. 2.6. Consumación. 2.7. Tentativa incompleta. 2.8. Desistimiento. 2.9. Circunstancias agravantes. 2.10. Concurso de delitos. 2.11. Acción Penal. 2.12. Penalidad.**

## **1. Introducción**

Antes de iniciar el estudio de las Resoluciones Supremas recaídas sobre el delito previsto por el artículo 199 del Código Penal, creemos necesario exponer algunas nociones previas sobre la figura delictiva. Dichas nociones se refieren a cuestiones como las siguientes: cuáles son las disposiciones legales aplicables; cuál es el bien jurídico principalmente tutelado por la ley penal al sancionar todo acto sexual o análogo realizado con menores de edad; o también, el saber qué quiere decir la ley con esa expresión de "acto sexual o acto análogo". Esta breve exposición es, pues, necesaria si queremos estar en aptitud de analizar los casos prácticos que expondremos en la segunda parte de este trabajo.

### **1.1. Normas legales.**

Las disposiciones legales aplicables a la llamada "violación presunta de menores de edad" son, principalmente, los artículos 199, 203, 204 y 205 del

Código Penal y los Decretos Leyes 17388 (Art. 3o.) y 18140. Asimismo, son de aplicación las disposiciones contenidas en el Libro IV, Título I del Código de Procedimientos Penales y el Decreto Ley 18968 (1).

### **1.2. Bien Jurídico Tutelado.**

El artículo 3o. del Decreto Ley 17388 (modificatorio del artículo 199 del Código Penal), sanciona todo acto sexual o análogo realizado con menores de hasta 16 años de edad; y exige, como único requisito, que el menor agraviado se encuentre dentro del límite de edad tutelado, es decir, hasta los 16 años.

Establece este dispositivo una sanción mucho más severa cuando el menor agraviado tiene menos de 7 años de edad, en cuyo caso castigaba al autor del delito con pena de muerte (posteriormente se redujo a la de internamiento), mientras que si la víctima es un menor que se encuentre por encima de 7 años de edad, se aplica al autor penitenciaría o prisión.

Esta distancia lleva a preguntarnos: ¿Por qué la ley vigente establece penas diferentes según la edad del agraviado, siendo así que, antes de la dación del Decreto Ley 17388, el artículo 199 del Código establecía una sanción única aplicable al autor del delito en agravio de menores de hasta 16 años de edad?

La esencia de esta distinción ha de buscarse en

(1) En fecha posterior a la elaboración de este trabajo se promulgó el Decreto Ley No. 20583 el que modificó el artículo 199 entre otros. En las notas a pié de página se hacen referencias a las modificaciones introducidas.

el bien jurídico principalmente protegido por la ley. Ahora bien, ¿Cuál es el bien jurídico tutelado por la ley en estos casos?

Algunos autores consideran que la ley protege, principalmente, el pudor del agraviado. Entre este grupo de tratadistas se encuentra Carrara, quien sitúa la figura delictiva dentro del grupo de delitos que atentan contra la persona y, específicamente, bajo el acápite de los que ofenden el pudor individual.

Para otros tratadistas, resulta ser la libertad sexual de la víctima lo que es atacado, principalmente, con este delito.

La libertad sexual es entendida como el derecho que tiene todo ser humano de elegir, voluntariamente, el objeto de su actividad sexual; escogiendo a la persona que será poseedora de su cuerpo libremente entregado, sin que se haya empleado para ello fuerza ni intimidación y con el más completo conocimiento de lo que dicho acto significa y de las consecuencias que el mismo acarrea. Entre los sostenedores de esta teoría se encuentran Carlos Fontán Balestra, Sebastián Soler, José Peco, Francisco González de la Vega, Antonio Vicente Arenas y Mariano Jiménez Huerta, entre otros.

Por su parte, Humberto Barrera Domínguez, en Colombia, considera que lo realmente lesionado es la libertad sexual de la víctima.

Según nos dice, la protección de la seguridad sexual debe ser entendida como el amparo del impúber contra todo tocamiento lúbrico que pueda acarrearle una perturbación psicofisiológica del instinto erótico. Así, señala que **“...se ha aceptado, de acuerdo con la moderna sicología, que las primeras experiencias sexuales tienen una gran importancia, como que si éstas son prematuras, irregulares o desafortunadas, suelen producir perdurables perjuicios síquicos”** (2).

Otros tratadistas piensan que no es uno solo el bien jurídico atacado, sino que, al acceder carnalmente a un menor de edad, se lesionan varios bienes jurídicos, sea el pudor junto con la seguridad sexual o (como en la opinión de Carlos Salvagno Campos), la libertad sexual de la víctima y en forma subsidiaria la honra y el pudor. Para otros, en fin, serían lesionados tanto la libertad y el honor sexuales, como el orden de la familia.

En nuestra opinión, dentro de la intención de la ley está el proteger, principalmente, la seguridad psicofisiológica del menor, así como su libertad sexual es protegida por la ley penal en todos los casos previstos en el artículo 199 (modificado) del

Código Penal, la seguridad sexual lo sería en todos aquellos casos en que el menor tenga menos de 7 años de edad.

No negamos que pueda lesionarse otros bienes, pero creemos que siempre lo será en forma subsidiaria y no principal.

Nuestro juicio, el atentado a la libertad sexual se origina como consecuencia de la falta de voluntad libremente otorgada para realizar el acto; por cuanto, para la ley, el menor hasta los 16 años de edad (3) no tiene suficiente madurez para consentir en asuntos referentes al sexo. Al no tener las condiciones mentales necesarias para comprender el acto sexual en su cabal significado y en sus alcances, su voluntad es jurídicamente inexistente y, por lo tanto, al no dar un válido consentimiento, el acto que realiza no es libre.

Angel Gustavo Cornejo, al hablar de la libertad sexual, resalta la necesidad de que, para que un acto se considere libremente efectuado, debe confluir una voluntad válidamente expresada. Así, dice que la libertad es el pensamiento, la convicción y la expresión humana de la sexualidad considerada no sólo como función sino como acto de voluntad y como índice de capacidad del individuo (4).

En nuestra opinión, al sancionar la ley todo acto sexual (o análogo) realizado con menores de hasta 16 años de edad, lo ha hecho considerando que hasta dicha edad no existen en dichos menores los elementos esenciales para otorgar un válido consentimiento; es decir el discernimiento y la voluntad. Igualmente, cuando de menores de muy tierna edad se trata, ante el peligro que se originen serios traumatismo psíquicos y físicos, aumenta la represión para los autores del delito.

### 1.3. Elemento material.

El elemento material del delito está dado por la expresión **“acto sexual o acto análogo”**, que se interpreta en el sentido de acceso o penetración carnal.

En otros textos legales se usan términos que, en

(2) BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. . . *Delitos Sexuales*.- Bogotá, 1963, Parte II, Tema III, p. 63.

(3) El artículo 199, modificado por el Decreto Ley No. 20583 protege al menor hasta los 14 años de edad.

(4) CORNEJO, A. Gustavo. . . *Derecho Penal Especial*.- Lima, Librería e Imprenta Gil, S.A., 1937, Sec. III, Tit. I, p. 91 del T.I.

nuestra opinión, indican con mayor precisión esta idea de penetración en la carne. Así, los códigos argentino y colombiano emplean el de acceso carnal; el chileno el de yacimiento; el mejicano se refiere a cópulo y, por último, el italiano señala el de conjunción carnal.

Al referirse nuestro Código al acto análogo al sexual, creemos que son vías aptas para configurar el delito, junto con la vaginal, la anal y la oral; no es necesaria una penetración completa, pudiendo ser superficial y hasta momentánea. Como consecuencia de esto se desprende que no se requiere la desfloración, la *delitia carnis* ni la *seminatio intra vas*.

#### 1.4. Sujeto activo del delito.

Sujetos activos del delito pueden ser tanto el hombre como la mujer.

El hecho de considerar al hombre como sujeto activo del delito surge de la esencia misma de la figura, por cuanto el tipo legal exige la penetración carnal.

No se desprende con la misma evidencia el hecho de considerar a la mujer como sujeto activo; de ahí que éste sea uno de los puntos más debatidos en doctrina.

En nuestra opinión (y siguiendo a tratadistas como Vincenzo Manzini, Octavio Torres Malpica, Carlos Caballeros Elías, Ricardo Núñez, Carlos Fontán Balestra y Antonio Vicente Arenas), la mujer puede ser, igualmente, sujeto activo del delito, tal como hemos dicho anteriormente. Fundamentamos nuestra afirmación en el hecho de que, al realizar la mujer el acto sexual o análogo con un menor de 16 años, se darían los elementos requeridos por el tipo legal para que quede configurado el delito:

a) Al tener el sujeto pasivo del delito menos de 16 años de edad, se encontraría comprendido dentro del límite establecido por el artículo 199;

b) Habría penetración carnal en el cuerpo de otra persona;

c) Al no tener capacidad de consentimiento el menor, el acto que realice es un acto no querido legalmente y por lo tanto, no es libre. Es por este motivo que nuestra ley penal emplea la expresión "hace sufrir un acto sexual o análogo", por cuanto, al no tener capacidad de consentimiento, todo acto que realice es contra su voluntad y se le hace sufrir un acto no querido. Esto dentro del plano de la ley, ya que, como dice Giuseppe Maggiore, citando a Carrara, lo que falta al menor no es siempre la capacidad natural, sino la jurídica. Así, dice que son

naturalmente capaces los menores y los locos que no quieren aceptar un acto que les repugna. En este caso, nos dice, coincide la capacidad natural con la presunción de falta de voluntad de la ley.

Entre nosotros, quienes niegan que la mujer pueda ser sujeto activo lo hacen por considerar que, al decir la ley que será penado el que haga sufrir el acto sexual, significa que quien realiza el acto debe penetrar al menor. Consideran entonces, que el sujeto pasivo del delito debe serlo también del acto, lo que es un error.

#### 1.5. Sujeto pasivo del delito.

Con referencia al sujeto pasivo del delito, podemos decir que lo es cualquier menor que esté vivo al iniciarse el acto, que no haya cumplido 16 años de edad, y sin que importe el sexo del agraviado (5).

#### 1.6. Culpabilidad.

El delito del que tratamos sólo puede ser cometido mediante dolo, ya que no se concibe una forma culposa de violación.

El dolo está dado por la intención del agente de tener acceso carnal o, como dice nuestro Código, de hacer sufrir el acto sexual o acto análogo a un menor de 16 años de edad.

En términos del artículo 81 del Código Penal, es intencional la infracción cuando se comete por acción o por omisión, consciente y voluntaria. La conciencia debe abarcar en el sujeto, la representación de su actividad y la del resultado. Asimismo, la voluntad no debe referirse sólo a actividad, sino que también debe ser querido el resultado.

A pesar de que en el error no negligente no se podría construir la culpabilidad por falta de dolo y culpa (como bien ha señalado Luis Jiménez de Asúa en su obra "El Criminalista"), nuestro Código sanciona el acto realizado, así provenga de una errónea (no culpable) apreciación de los hechos o del carácter delictuoso.

El artículo 87 de nuestro Código Penal atenúa la pena en el caso de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, así como por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto

(5) Como hemos señalado, el Decreto Ley No. 20583 ha rebajado la edad tutelada a 14 años.

que hubiera sido considerado lícito por el agente.

### 1.7. Consumación.

Con respecto a la consumación, ya hemos adelantado algunas ideas al hablar del elemento material; bástenos recordar que el delito se consuma con la mínima penetración carnal por cualquier abertura natural del cuerpo ajeno.

### 1.8. Tentativa.

En el caso de que no se prosiguiera con la ejecución del delito por causa ajena a la voluntad del agente, se daría la tentativa simple o incompleta, a que se refiere el artículo 97, in fine, del Código Penal.

Es importante la intención del agente, por cuanto, si ésta fue distinta a tener acceso carnal con la víctima, o si no pudiera ser probada, los actos libidinosos realizados deberán ser sancionados a título de actos contrarios al pudor; delito previsto en el artículo 200 del Código y sancionado con penas más benignas que las previstas en el artículo 199, modificado.

Si bien consideramos que puede darse la tentativa incompleta, no creemos que pueda configurarse la tentativa completa o delito frustrado; por lo menos en la forma como está concebida la figura por nuestro texto legal, ya que, como dice Angel Gustavo Cornejo, en el delito frustrado la obra está completa pero no se ha alcanzado el resultado apetecido.

Al adecuarse la acción al tipo legal por la simple penetración aun superficial y momentánea, el *iter críminis* no sufre interrupción alguna al pasar de los actos ejecutivos a los consumativos, ya que la etapa consumativa comienza con la mínima introducción carnal. Al lograrse ésta, el delito se consuma. Si no sucediera esto, todos los actos anteriores quedarían comprendidos dentro de los actos ejecutivos y, por lo tanto, constituirían tentativa o desistimiento.

En opinión de Carlos Caballero Elías, no es posible admitir la posibilidad del delito frustrado, porque esta forma del delito imperfecto exige que el responsable ejecute objetivamente todo lo indispensable para consumir el delito. En la violencia carnal, esto significa haber logrado la introducción siquiera superficial. Y, si ésta se logra todos los requisitos del delito se habrán cumplido, el *iter críminis* se

encontrará en la etapa consumativa y no será posible hablar de delito frustrado, sino de delito consumado (6).

Se dará el desistimiento si el agente renuncia "espontáneamente" a continuar el delito; sin que la ley investigue la causa ni los móviles que lo llevaron a ello.

El desistimiento del actor lleva consigo el perdón de la ley penal, siempre y cuando los actos realizados no constituyan delito por sí mismos.

### 1.9. Circunstancias que agravan la represión.

La Ley impone una pena más severa (internamiento) (7) cuando el menor agraviado tiene menos de 7 años de edad. La razón de ser de la mayor pena (que antes era la de muerte) está dada por el grave peligro que significa dicho acto para la salud psíquica y física del menor agraviado tal como ya hemos dicho.

El artículo 199 también agrava la represión cuando se dan, entre el agresor y la víctima, ciertas relaciones especiales basadas en vínculos familiares y de dependencia. Así, se agrava la pena cuando la víctima es descendiente del delincuente, su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge, su discípulo, aprendiz, doméstico o niño confiado a su cuidado (8).

En opinión de Luis Eduardo Mesa V., se trata de situaciones en las que la víctima se encuentra en condición desventajosa para oponerse al actor, debido a la presencia de ciertos vínculos naturales o artificiales que le imponen reverencia y subordinación, de lo que se aprovecha el agresor para realizar el acto delictuoso (9).

El artículo 203 del Código Penal agrava el delito cuando se originan la muerte o un grave daño en la salud de la víctima. Se trata de resultados preterintencionales ya que el texto legal se refiere a que dichos resultados pudieran ser previstos por el agente.

Este último artículo impone pena más severa

(6) CABALLERO Elías, Carlos... *Violencia Carnal y Estupro*.- Bogotá, 1965, Cap. III, pp. 38-39.

(7) Después de la promulgación del Decreto Ley 20583, la pena es de muerte.

(8) El Decreto Ley 20583 ha incluido dentro de las agravantes el hecho de ser pupilo, hermano u hospedado del agresor o hijo de su conviviente.

(9) Mesa Velásquez, Luis Eduardo... *Delitos contra la libertad y el honor sexuales*, en Estudios de Derecho, Medellín, setiembre de 1960, No. 58.8.307.

cuando el autor del delito se entregó a actos de crueldad.

### 1.10. Acción Penal.

Debe seguirse la acción de oficio.

- a) Cuando el menor agraviado tenga menos de 14 años de edad;
- b) Cuando los menores que se encuentren entre los 14 y 16 años no tengan padres ni tutores;
- c) Cuando el agraviado sea descendiente o hijo adoptivo del agresor, su pupilo o hijo de su cónyuge o hubiera estado confiado al cuidado del agente,
- d) Cuando se ocasionen lesiones graves o resulte la muerte del agraviado (10).

Tal como está redactado el artículo 312 del Código de Procedimientos Penales, concordado con el art. 302 del mismo cuerpo de leyes, en todos los demás casos la acción penal debería ejercitarse por querrela de parte. No obstante esto, se ha interpretado que se trata de una acción pública sujeta a instancia privada.

Según la segunda parte del artículo 204 del Código Penal, el delincuente que se case con la agraviada quedará exento de pena, y se extinguirá la acción penal respecto a él.

### 1.11. Penalidad

Las penas principales, aplicables al autor del delito, son las siguientes:

a) Internamiento; en el caso de que se haya hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de hasta siete años de edad (11).

El artículo 3o. del Decreto Ley 17388 estableció que en estos casos la pena sería de muerte. Esta misma sanción fue prevista por su Decreto Ley aclaratorio, No. 18140. No obstante, al darse el Decreto Ley 12968, la Corte Suprema interpretó (en nuestro concepto acertadamente) que dicha pena había sido sustituida por la de internamiento;

b) Penitenciaría o prisión no menor de 5 años si la víctima tuviere entre 7 y 16 años de edad y no se encontrare dentro de alguno de los supuestos contenidos en el siguiente literal:

c) Penitenciaría no menor de 10 años si la víctima es discípulo, aprendiz, doméstico, pupilo, descendiente o hijo adoptivo del agente, hijo de su cónyuge o menor confiado a su cuidado.

## 2. Resoluciones de la Corte Suprema de la República recaídas sobre el artículo 199 del Código Penal y disposiciones conexas.

Al realizar el análisis de las diferentes resoluciones de la Corte Suprema, vamos a ceñirnos en lo posible al orden seguido en la parte introductoria de este trabajo. Consignaremos en primer lugar una su-milla de la Resolución Suprema, para proceder luego a comentarla.

### 2.1. Bien Jurídico tutelado.

"...en los delitos contra el honor sexual en agravio de menores de 16 años, no se castiga el atentado contra la virginidad de la menor, sino el acto doloso practicado contra su honestidad" (12).

La cita que reproducimos es un extracto del Dictamen del Fiscal, señor Velarde Alvarez, en una causa sobre la que recayó Resolución de la Corte Suprema, con fecha 24 de octubre de 1952.

Consideramos que es importante el Dictamen Fiscal, ya que la Corte Suprema, para resolver, hace suyos los fundamentos dados por el señor Velarde Alvarez.

Coincidimos con el referido Dictamen sólo en cuanto nosotros tampoco consideramos que se castigue el atentado contra la virginidad de la menor.

(10) El Art. 205 del Código Penal, modificado por el Decreto Ley No. 20583 dispone que se seguirá la acción de oficio:

a) Cuando resulte la muerte del agraviado o se le infirieran lesiones graves.

b) Cuando el menor de 14 años no tenga padres ni guardador.

c) Cuando el delito sea perpetrado por un ascendiente, hermano, guardador u otra persona encargada del cuidado del menor.

(11) El Decreto Ley No. 20583 establece como penas aplicables al autor del delito las de: a) muerte, si la víctima tiene 7 ó menos años de edad; b) penitenciaría no menor de 10 años si la víctima es discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo de cónyuge o conviviente, o su hermano, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado u hospedado. La pena en cambio, será penitenciaría o prisión no menor de 5 años cuando no medie dichas circunstancias agravantes.

(12) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, noviembre de 1952, No. 106, pp. 2985-2986.

Sencillamente, no es la virginidad lo primordialmente protegido por la ley en este caso, ya que caen dentro del artículo 199 los actos sexuales realizados con cualquier menor, aunque no sea virgen, con tal que tenga menos de 16 años de edad.

Por otro lado, este artículo comprende no sólo dichos actos ejecutados o realizados con mujeres, sino también a los "actos análogos" que se hubieran podido hacer sufrir a cualquier menor, sea éste hombre o mujer.

Siendo todo esto correcto, no puede afirmarse que lo tutelado por la ley penal, en este artículo, sea la virginidad del menor, ya que, como hemos dicho, son sujetos pasivos del delito los menores de hasta 16 años de edad, sin importar el sexo al que pertenezcan ni si se encuentran vírgenes o no.

Tampoco creemos que sea la honestidad el bien jurídico primordialmente tutelado.

Cabe preguntarse: ¿En qué forma se vería perjudicada la honestidad de un menor de 3 ó 4 años de edad que fuera sometido a una práctica carnal de las requeridas por la figura?, y si se tratase de una prostituta ¿podría decirse que su honestidad se ha visto perjudicada? y ¿si el hecho delictuoso no hubiera trascendido?

No podemos, pues, estar de acuerdo con lo afirmado por el Fiscal señor Velarde Alvarez. Ya hemos dicho que, en nuestra opinión, el bien jurídico principalmente atacado en este tipo de delitos es la libertad sexual, sola o junto con la integridad psicofisiológica del menor agraviado.

## 2.2. Elemento material.

"La práctica de actos de frotamiento sobre los genitales externos de una menor de 16 años de edad, constituye el delito contrario al pudor". (13).

Dentro de los considerandos de su Dictamen Fiscal, el señor Velarde Alvarez señala que no existe prueba suficiente que corrobore la afirmación de que el actor accedió a la menor.

Este hecho resulta particularmente importante ya que, según hemos dicho, para que se configure el delito sancionado por el artículo 199, debe haber acceso carnal, es decir penetración en el cuerpo de otra persona por medio del órgano viril, aunque sea en forma momentánea e imperfecta.

El Tribunal Supremo, de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal, declaró autor del delito

contra el pudor al procesado.

Estamos, pues, conformes tanto con lo resuelto por la Corte Suprema, como con lo afirmado por el señor Velarde Alvarez en su Dictamen, ya que, en nuestra opinión, todo acto que no implique un inicio de penetración carnal no constituye el delito consumado de violación.

Si, en cambio, se hubiera probado la intención de acceder a la víctima, no se habría configurado el delito de atentado contra el pudor, sino que se trataría de una tentativa de violación.

- b) "Constituye violación presunta de menor, hacer sufrir un acto análogo al sexual a un menor de 5 años de edad". (14).

No creemos que sea menester comentar mayormente la sumilla arriba consignada, ya que obedece a una clara disposición legal.

No nos ha sido posible encontrar fallo alguno de la Corte Suprema en el que se sancione la llamada **fellatio in ore**, sea como delito sancionado por el artículo 199 (como creemos que sería correcto considerarla) o por el artículo 200 del Código Penal.

- c) "Para que quede configurado el delito es necesaria la intervención de los genitales masculinos" (15).

Esta afirmación corresponde a una Resolución de la Corte Suprema recaída en la causa No. 1497-71 de fecha 23 de diciembre de 1971, la que no creemos haya sido publicada.

Para resumir dicho fallo, diremos que los acusados introdujeron los dedos en los genitales de la menor, motivo por el cual se les consideró autores del delito sancionado por el artículo 200 del Código Penal, por cuanto dichos actos "... **no constituyen delito de violación sexual sino contra el pudor previsto en el artículo doscientos del Código Penal**".

## 2.3. Sujeto activo del delito.

(13) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, abril de 1954, No. 123, pp. 512-513.

(14) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, agosto de 1953, No. 115, pp. 994-995.

(15) La resolución que comentamos es la recaída en la causa No. 1497 de 23 de diciembre de 1971, la que no creemos haya sido publicada.

No nos ha sido posible encontrar Resolución alguna en la Corte Suprema en la que se sancione a una mujer como sujeto activo del delito.

En la parte introductoria de este trabajo, hicimos notar que no se acepta, por un sector de la doctrina, que la mujer sea activo del delito, por considerar que el hombre requiere de cierto estado síquico para llevar a cabo la realización del acto carnal. Quienes así piensan sostienen que dicho estado propicio no se daría si el hombre es forzado a ejecutarlo. Los mismos autores tampoco creen que podría darse el delito si la víctima fuera una menor de edad, por existir en ese caso —según afirman— imposibilidad física del sujeto pasivo.

Con respecto a esto, es preciso tener presente lo siguiente:

1) Se configura el delito, aunque el menor preste su consentimiento para la realización del acto carnal.

2) Si bien en otras legislaciones tiene fuerza la objeción planteada, con respecto a la incapacidad física del menor, ésta pierde toda su fuerza dentro del ámbito de aplicación del Código Penal peruano, ya que, dado el amplio margen que señala el artículo 199, bien podría un menor que se encuentre cerca de los 16 años realizar el acto sexual con otra persona, tal como lo demuestra el caso que comentamos a continuación.

Nos parece de suma importancia citar, en este sentido, la Resolución Suprema de fecha 13 de octubre de 1951 (16).

En el Dictámen Fiscal del señor Villegas (y esto es lo que consideramos realmente importante), se tipifica dentro del artículo 199 del Código, el delito cometido por un sujeto en agravio de dos menores "...actuando en un caso como sujeto activo y en el otro como pasivo".

Creemos que en este caso, al haber fallado en concordancia con el Fiscal, la Corte Suprema puso la base para que se sostenga, aún por los Tribunales de Justicia, la recta doctrina de que la mujer puede ser sujeto activo del delito, sobre todo (y en este punto no nos cabe la menor duda) cuando se trate de menores de edad.

No obstante, en fecha muy posterior, más precisamente el 3 de enero de 1973, la Corte Suprema expidió una Resolución con la que no podemos estar conformes, y que pasamos a exponer, por creerlo necesario, más detenidamente.

Los considerandos, en realidad, no nos sirven de

gran ayuda. Este es un problema que hemos advertido en cada una de las Resoluciones estudiadas, aunque antes se veía mitigado por el estudio del caso contenido en los correspondientes dictámenes fiscales.

En los considerandos de la Resolución Suprema que comentamos se dice únicamente: "...que por la forma y circunstancias en que se realizaron los hechos, éstos configuran el delito a que se refiere el artículo doscientos del Código Penal; que siendo ésta la disposición específica, prima en su aplicación sobre la disposición genérica contenida en el artículo ochenticinco del Código de Menores...".

Si por desgracia no hubiera habido voto en discordia de los Vocales señores García Salazar, Nugent y Barrós Conti, no nos habiéramos podido enterar cuáles eran esas formas y circunstancias de perpetración del delito, a que se hace referencia en la Resolución Suprema.

Decimos esto ya que, en los considerandos de dicho voto, se expresa que el menor agraviado es quien accede al agente del delito y, por este motivo, dichos señores Vocales opinan que, como el artículo 199 se refiere al que "hace sufrir" el acto análogo al sexual a un menor, no puede decirse que en este caso se haya configurado el delito previsto en dicho artículo ya que, según dichos señores, para que ello suceda, el menor debe ser sujeto pasivo del acto.

De ninguna manera podemos estar de acuerdo con lo expuesto por los mencionados Vocales; y menos aún, podríamos estarlo con lo expresado en los considerandos de la Resolución Suprema. No podemos dejar de expresar nuestra disconformidad cuando se pretende considerar como atentado contra el pudor al acto análogo al sexual practicado con cualquier menor.

La Resolución que comentamos expresa que, por la forma y circunstancias en que se realizaron los hechos, es de aplicación el artículo 200 del Código Penal. Pero ¿cabe afirmar que es de aplicación dicho artículo, cuando se ha producido la penetración carnal? Indudablemente que no. Cada vez que se copule con un menor de 16-años de edad, según nuestro Código Penal, se estará dentro del artículo

(16) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, febrero de 1952, No. 97, pp. 1734-1735. En el mismo sentido ver Ejecutoria de 1o. de diciembre de 1951, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1880.

199, y no dentro del artículo 200, que se refiere a todo acto de lubricidad que no implique penetración carnal.

Ya el tratadista nacional, Dr. Octavio Torres Malpica ha dicho que, en el caso que estudiamos, no puede negarse que se ha configurado la figura prevista en el artículo 199 del Código Penal (17).

Este autor no acepta que quepa subsumirlo en el artículo 200, y ni siquiera en el 206 (como pretendió hacerlo el Segundo Tribunal Correccional de Lima en la causa antes analizada, sobre la que recayó la Resolución de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 1951). No cabe considerarlo como acto contrario al pudor, según Octavio Torres Malpica, ya que "...los actos contra el pudor se consuman sin introducción del pene..." (18).

Según este mismo autor resultaría incongruente calificarlos como delito de corrupción de menores, ya que dicha figura "...exige como presupuestos la intervención de un tercero y el propósito de lucro que éste persigue" (19).

En opinión de este tratadista "...la corrupción importa una depravación sexual y se materializa con actos de lujuria, pero sin unión sexual" (20).

Por otro lado, la frase "hacer sufrir el acto sexual", que usa el Código en el Art. 199, y a que se refiere el voto en discordia a que nos hemos referido anteriormente, puede llevar a error, tal como ha sucedido en este caso; de ahí que consideremos que sería conveniente un cambio en la terminología empleada en el artículo.

El error en que han incurrido los Vocales, señores García Salazar, Nugent y Barrós Conti, es en considerar que, por el hecho de decir la ley que será penado aquel que haga sufrir el acto sexual a otra persona, ésta (el menor agraviado) siempre debe ser sujeto pasivo del acto sexual.

No se debe olvidar que el menor, legalmente, no puede prestar un consentimiento válido para realizar el acto sexual, o el acto análogo, fuera del matrimonio. De acuerdo a este punto de vista, todo aquel que realice dichos actos con un menor, está haciéndole sufrir un acto no querido. No querido, sencillamente, porque para la ley nada vale el consentimiento que pudiera haber otorgado el menor y, por lo tanto, ese acto es ajeno a su voluntad y por ende no es libre.

Ya Carlos Fontán Balestra ha dicho, al comentar el Código Penal argentino:

"Nosotros entendemos que el acceso carnal natural, ejecutado por mujer capaz sobre un menor de 12 años, está viciado en lo que se refiere al consentimiento del sujeto pasivo y encuadra en la previsión, de la violencia ope legis del art. 119, inc. 1o." (21).

Según este autor, al presumir la ley que el menor carece de voluntad, queda perfectamente configurado el delito.

En opinión de Carlos Caballero Elías, acceso carnal es la intromisión del miembro viril por cualquiera de los esfínteres del sujeto pasivo de la relación carnal, y no la intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de la víctima (22).

En su concepto, el término someter (que es empleado en la legislación colombiana) significa, en su sentido natural y lógico, tanto como dominar, vencer u obligar. De ahí que diga que "...la expresión del Código equivale a decir: "quien obligue a otra persona al acceso carnal..." (23). Lógicamente, y como lo dice este autor, puede obligarse a otra persona a realizar el acto sexual, sea como sujeto penetrado o penetrante.

En nuestra opinión (y como se desprende de lo afirmado por Carlos Fontán Balestra que citáramos anteriormente), al no tener el menor capacidad de consentimiento, el acto sexual que acepte realizar no es querido legalmente y, por lo tanto, ese acto es contrario a su voluntad, y, en consecuencia, se le habrá hecho sufrir un acto (sexual o análogo) no querido realmente por el menor. Esto según la ley, porque el menor podría realmente conocer las implicancias del acto que realiza y, por lo tanto, prestar un consentimiento naturalmente válido (aunque no —valga la redundancia— legalmente).

No puede aceptarse, pues, que el acceso carnal realizado con un menor de edad sea considerado como atentado contra el pudor, o como corrupción, cuando existe un artículo que específicamente ha

(17) TORRES MALPICA, Octavio... *Código Penal*. La Victoria, Talleres de Ediciones Jurídicas, José Merino Reyna, Editorial e Imprenta, 1965, p. 123.

(18) *Loc. cit.*

(19) *Loc. cit.*

(20) *Ibidem*, p. 127.

(21) FONTAN BALESTRA, Carlos... *Delitos sexuales*. Buenos Aires, Talleres Gráficos Enrique L. Frigerio e Hijo, 1945, Cap. IV, p. 82.

(22) CABALLERO ELIAS, Carlos... *Op. cit.* Cap. III, pp. 53-54.

(23) *Ibidem*. Cap. III, p. 54.

previsto dicho acto como violación.

Con respecto al artículo 85 del Código de Menores, y que citan los Vocales Supremos, estamos de acuerdo con la Resolución de la Corte Suprema en el sentido de que habiendo una disposición específica en el Código Penal, prima ésta sobre el Art. 85 del Código de Menores.

Como podemos apreciar, grande es la confusión existente con relación al sujeto activo del delito. Este es, de hecho, uno de los puntos más debatidos en doctrina; aunque no el único, ya que los tratadistas no consiguen ponerse de acuerdo sobre aspectos tan importantes como el de saber si el matrimonio de uno de los "delincuentes" con la agraviada beneficia a los otros inculcados, o si solamente surte efectos respecto del que se casa con la víctima; o el, ya comentado, de cuál es el bien jurídico tutelado.

Un caso sobre el que recayó Resolución de la Corte Suprema de fecha 1o. de octubre de 1973, demuestra la confusión existente al respecto. Se trató en esta oportunidad de un mayor de edad que realizó un acto análogo al sexual con un menor de 14 años de edad, actuando este último como sujeto activo del acto. La Corte declaró haber nulidad en lo resuelto por el Vocal del Tribunal Correccional, y se produjeron dos votos en discordia; uno de ellos correspondiente a los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano, y el otro de los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti.

El vocal juzgador condenó al acusado como "...cómplice del delito contra la libertad y el honor sexuales, en su figura de violación presunta, en agravio del menor... previsto y sancionado por la primera parte del segundo párrafo del artículo tercero del Decreto Ley número Diecisiete mil trescientos ochentiocho, aclarado por el Decreto Ley número Dieciocho mil ciento cuarenta..."

Por su parte, la Corte Suprema, en discordia y considerando que, "...siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años, que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito a que se refiere el artículo doscientos del Código Penal; que siendo esta la disposición genérica contenida en el artículo ochenticinco del Código de Menores...", lo condenaron como autor del delito contra el pudor.

En su voto en discordia, los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano, considerando "...que el acto sexual análogo, realizado entre un homosexual mayor de edad y un me-

nor de dieciséis años, conforme al artículo ciento noventinueve del Código Penal, constituye delito de violación presunta porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, que constituye el bien jurídico tutelado por la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Penal y el Título Primero de la misma; que la materialidad del delito sexual surge cuando el órgano de una de las personas, sea sujeto activo o pasivo, es introducido en la vagina o en el ano de la otra; que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos Códigos y a la circunstancia de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo del acto carnal; pero, teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado y la incapacidad de discernimiento del menor, en verdad ha sufrido un acto sexual que menoscaba sus buenas costumbres, su libertad de acción y el honor consiguiente... que el caso no puede reputarse como delito de corrupción, aunque en sí, es depravante, porque no reúne los requisitos legales del propósito de lucro y de la intervención de terceros..."; por estos fundamentos, opinaron que debía condenarse al acusado como autor del delito de violación presunta, de acuerdo con el artículo 3o. del Decreto Ley 17388.

En cambio, los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti opinaron que debía declararse nula la sentencia recurrida e insubsistente todo lo actuado desde el auto apertorio de instrucción, por cuanto, en su opinión, "...el artículo ciento noventinueve del Código Penal se refiere al que hace sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años; que, en consecuencia, dicho dispositivo reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo que, en el caso presente, es precisamente el encausado; que, de igual modo, el delito contra el pudor previsto y penado en el artículo doscientos del mismo Cuerpo de Leyes, reprime a quien cometiere un acto contrario al pudor en la persona de un menor de dieciséis años; que, en consecuencia, no cabe tenerse al encausado como agente activo del delito desde que, con su proceder, no ha cometido un acto propiamente contrario al pudor en la persona del menor agraviado; que éste en forma alguna ha sido presionado a realizar en la persona del encausado el acto sexual en que el último ha actuado como sujeto pasivo; que desde que el menor, sin violencia o amenaza alguna, fue objeto de inmoral proposición por parte del encausado, pederasta pasivo, para que practicara en su persona el acto sexual, se encontraba en plena libertad de aceptar o rechazar

la inmoralidad propuesta; que si bien la ley presume, tratándose de menores de dieciséis años, la ausencia de voluntad, tal presunción se refiere al caso único de ser sujeto pasivo de la relación sexual o del acto deshonesto; que la inmoralidad que ha dado origen a este proceso no está prevista ni penada en el Código Penal... que en cambio, la incitación inmoral o contra las buenas costumbres está contemplada en el artículo ochenticinco del Código de Menores”.

De todo lo expuesto, podemos resumir las posiciones expuestas de la siguiente forma:

1) Vocal del Tribunal Correccional: El procesado es cómplice del delito contra la libertad y el honor sexuales (violación presunta) en agravio de un menor de 14 años de edad. Con esto, dicho menor vendría a ser sujeto activo de su propia violación.

2) Corte Suprema: Se ha cometido un acto contrario al pudor, previsto en el artículo 200 del Código Penal.

3) Voto en discordia de los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano: El acto realizado configura el delito de violación presunta en agravio de menores de edad previsto y sancionado por el artículo 199 del Código Penal; modificado por el artículo 3o. del D.L. 17388.

4) Voto en discordia de los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti: El acto realizado no está previsto en el Código Penal, siendo de aplicación el artículo 85 del Código de Menores.

Son, pues, cuatro versiones, con otras tantas tipificaciones distintas, para un mismo acto. Nosotros nos inclinamos, como se desprende de lo expuesto en lo que va del presente trabajo, con lo afirmado por los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano en su voto en discordia. Esto no significa que aceptemos todo lo opinado por dichos señores, por cuanto, en nuestro concepto, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual sola o conjuntamente con la seguridad psicofisiológica del menor agraviado.

El error en que ha incurrido el Vocal superior es de tipificación. Tal como la figura en estudio está concebida en nuestra legislación positiva, el menor que realice actos sexuales, o análogos, con otra persona no puede ser autor de su propia violación. Se es sujeto activo o pasivo del delito, pero no se puede ser ambas cosas a la vez.

En el Código Sanitario, por ejemplo, existe un caso en que una persona puede ser autora del delito cometido en agravio de sí mismo. Aunque parezca

raro, así es; pero lo es, porque la ley expresamente lo ha previsto. Este caso está contenido en el artículo 185, inciso g) del Decreto Ley 17505 de 18 de marzo de 1969.

El artículo 185, inciso g), de dicho Decreto Ley señala que:

“Constituye delito contra la salud: . . . g) Las lesiones graves producidas voluntariamente a sí mismo y que traigan como secuela pérdida de miembros, deformaciones permanentes, perturbación mental, u otra clase de daño a la salud”.

El artículo 3o. del Decreto Ley 17388 establece, en cambio, que “será reprimido. . . el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor. . .”. No es, pues, sancionado el menor, sino el que le hace sufrir el acto sexual o un acto análogo. Creemos que al respecto sobra cualquier otro comentario.

Respecto al contenido del fallo del Supremo Tribunal, ya nos hemos pronunciado, en la parte introductoria de este trabajo, así como en los puntos pertinentes de esta segunda parte; no creemos que debamos ahondar más en ello. No tampoco en lo sostenido por los vocales Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano.

Con relación al voto en discordia de los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti, no creemos que sea de aplicación el artículo 85 del Código de Menores, toda vez que existe una disposición específica en el Código Penal.

Tanto la Corte como los únicos vocales citados, han incurrido posiblemente en error, por considerar que el sujeto activo del delito también debe serlo del acto. Pero no existe en el texto del artículo 199 del Código, ni en la intención de la ley, dicha exigencia. Insistimos en que, sea como sujeto activo de la relación carnal o como sujeto pasivo, todo menor de 16 años se encuentra protegido por el artículo 199 del Código y, por lo tanto, al realizar el acto sexual o un acto análogo con otra persona, sufre un acto no querido legalmente, por cuanto el consentimiento que pueda haber prestado se encuentra viciado **ab initio**. No tienen razón, pues, los vocales supremos, cuando dicen que la ley presume la ausencia de voluntad sólo cuando el menor es sujeto pasivo de la relación carnal.

#### 2.4. Sujeto pasivo del delito.

- a) “Ante la menor edad de la víctima, el consentimiento que haya podido prestar carece

de valor debido a su incapacidad absoluta” (24).

El Fiscal, señor Febres, que en su Dictamen de 5 de abril de 1952, expresó que las cópulas reiteradas a que fue sometida la víctima fueron aceptadas inconscientemente por ésta, debido a su incapacidad física y síquica.

Indudablemente que para la ley penal nada vale el consentimiento del menor sobre el que pesa una presunción de incapacidad sexual absoluta.

- a) “Conforme al Art. 204 del Código Penal, cuando la agraviada es una mujer casada —aunque sea menor de edad— no procede que se condene al pago de dote” (25).

La importancia de la sumilla consignada radica en el hecho de comprobar que, en criterio de la Corte Suprema, pueden ser sujetos pasivos del delito los menores de edad casados. Entendemos que en este sentido se habría pronunciado el Supremo Tribunal en el caso de que un menor casado hubiera sido el agraviado.

En el caso que comentamos, se trató de una menor que, siendo desatendida por el marido, mantuvo relaciones amorosas primero, y sexuales después, con el condenado, yendo a residir con su amante.

La Corte, encontrando a éste culpable del delito previsto en el artículo 199 del Código Penal, lo condenó con la pena mínima, ya que el caso no revestía mayor gravedad.

Como el caso es claro y no merece mayores comentarios, pasamos a tratar sobre la honestidad o deshonestidad de la víctima.

- c) “Procede el Juicio oral cuando del expediente aparecen explicados los hechos en forma que no admite duda la efectividad del delito, sin que a ello obste la supuesta mala conducta de la menor ofendida, de 15 años, ya que el requisito de la buena conducta no es indispensable en estos casos” (26).
- c’) “El delito de violación en agravio de una menor de 16 años, se configura en atención a la edad de la víctima con prescindencia de la prueba sobre su conducta” (27).

Las sumillas arriba reproducidas, que corresponden a las Resoluciones de la Corte Suprema de fechas 28 de agosto de 1953 y 14 de agosto de 1951, son dos de las muchas que pueden extraerse de las reiteradas Ejecutorias de la Corte Suprema en este mismo sentido.

Es tan claro el hecho de que el texto legal no requiere de la honestidad del menor para que se configure el delito, que pareciera superfluo insistir sobre el tema. No obstante, exponamos las razones sobre las que se funda esta afirmación.

1) El texto del artículo 199 requiere únicamente la comprobación de la edad de la víctima; no ha establecido, como lo hace el artículo 201, la exigencia de que se trate de menor honesto.

2) Si el menor no tiene capacidad de discernir sobre lo que le conviene o no, y sobre lo que es bueno o malo, mal podría decirse que es un menor deshonesto.

¿Cómo va a ser deshonesto si, según la ley, no se da cuenta de que el acto que realiza es malo?

Si bien el texto legal no requiere que el menor agraviado sea honesto, creemos que la mala conducta de la víctima deberá ser tenida en cuenta “...para los efectos a que se contrae el artículo cincuentiuno...” del Código Penal, como bien señala la Resolución de la Corte Suprema de 14 de agosto de 1951 (28).

Al respecto, resulta de interés analizar un caso sobre el que recayó Resolución del Supremo Tribunal con fecha 27 de mayo de 1940 (29).

Los hechos fueron los siguientes:

Una meretriz logró convencer a una menor de 13 años de edad, a fin de que practicara el acto carnal con varios asiáticos a cambio de cierta suma de dinero, que después de recibir la menor, entregaba a la mujer.

(24) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, junio de 1952, No. 101, pp. 2324-2325.

(25) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, noviembre de 1964, No. 250, p. 1347.

(26) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, enero de 1954, No. 120, pp. 106-109.

(27) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, enero de 1952, No. 96, pp. 1615-1616.

(28) *Ver nota anterior.*

(29) *Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República*, Lima, 1940, T. XXXVI, pp. 7 a 14.

Descubierto el hecho se abre la correspondiente instrucción.

El Tribunal Correccional falla condenando a la meretriz por el delito de corrupción, así como a los asiáticos por el delito contra el honor sexual, sancionado en el artículo 199 del Código Penal.

La segunda sanción es la que nos importa: 1o.) Porque es sobre el delito que estamos analizando; y 2o.) Porque es sobre ella que se va a pronunciar la Corte Suprema.

Los asiáticos interponen recurso de nulidad.

Hasta aquí los hechos tal como constan en el Dictamen del Fiscal, señor Palacios.

La opinión del referido Fiscal puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Al tener la menor 13 años de edad, el hecho juzgado se encuentra comprendido en el artículo 199 del Código Penal; el que "...no admite **distingos, y no hay el derecho de hacerlos donde la ley no los establece...**" (30).

b) La pena mínima aplicable es (era) la de 2 años de prisión;

c) Hay que aplicar el Art. 87 del Código Penal, ya que consta en el proceso que la menor representaba mucha mayor edad de la que en realidad tenía, "...**sin duda por su desarrollo prematuro, consecuencia del comercio carnal a que había sido dedicada...**" (31).

d) La meretriz y la menor engañaron a los asiáticos haciéndoles creer que tenía 18 años de edad (fs. 231); y

e) Los asiáticos no buscaron a la menor, sino que la meretriz se la llevó,

"...**Todo ello revela, que si bien los asiáticos han cometido una infracción que la ley pena, practicando acto carnal con una menor de 13 años, lo ha sido por errónea apreciación del hecho, no negligente, que cometían, ignorando el carácter delictuoso de ese acto, que ellos, erróneamente, conceptuaban lícito al practicarlo en su propio domicilio con persona que conceptuaban mayor de lo que en realidad era, y que espontáneamente venía traída por una mujer...**" (32).

Por todo lo expuesto, el Fiscal era de opinión que la pena debía ser disminuida a límites inferiores al *mínimum legal*, conforme al citado artículo 87. Así, proponía que se fijase la pena en 6 meses de prisión.

La Corte Suprema por su parte, considerando "...**que el delito contra el honor sexual sólo es justificable (entendemos justiciable) con todo rigor**

**de la ley, cuando se practica en agravio de una menor de dieciséis años, cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes, una conducta moral...**" (33) y que la menor aparentaba tener mayor edad (18 años) de la que realmente tenía; que desde antes del comercio carnal con los encausados, la menor vivía entregada al vicio; por la incultura de los procesados y por el engaño sufrido, por Resolución de 27 de marzo de 1940, declaró la nulidad en la parte recurrida de la sentencia de vista y, reformándola, absolvió a los encausados del delito contra el honor sexual.

En discordia, los vocales Valdívía y Elías votaron por la no nulidad de la sentencia recurrida.

No podemos estar de acuerdo con el fallo de la Corte Suprema; a continuación pasamos a exponer nuestros fundamentos:

1) Los motivos que determinaron al Supremo Tribunal de Justicia a absolver a los asiáticos no están previstos por nuestra ley penal como eximentes. Así, no se encuentran comprendidos dentro del Art. 85 del Código Penal.

2) El error, en cambio, sí se encuentra consignado dentro del Art. 87 como una atenuante de pena; mas no, permítasenos repetirlo, como eximente. Dicho artículo dispone que: "**En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *mínimum legal*...**"

Debe tenerse en cuenta que nuestro texto legal no ordena al Juez que disminuya la pena, sino que le reconoce el poder discrecional de hacerlo o no. Dicho artículo dice que el Juez "...**podrá...**" disminuir la pena, pero de ninguna manera dispone que el delincuente quedará exento de pena.

3) Creemos que la mala conducta del menor sólo puede permitir una atenuación de la pena dentro de los límites fijados por la ley, pero no aplicar una pena por debajo del *mínimum legal*.

En este sentido, y sólo en él, nos encontramos conformes con señalado por la Corte Suprema, al

(30) *Ibidem*, p. 10.

(31) *Ibidem*, p. 11.

(32) *Loc. cit.*

(33) *Ibidem*. p. 13.

afirmar que sólo es justiciable el delito con todo el rigor de la ley en el caso que la víctima sea de conducta honesta. De ahí que hayamos dicho que nos encontrábamos conformes con la Resolución Suprema de 14 de agosto de 1951, en cuanto en ella se decía que debía apreciarse la conducta de la víctima para los efectos a que se contrae el artículo 51 del Código.

## 2.5. Culpabilidad.

- a) "La ignorancia o errónea apreciación de los hechos por el agente del delito, permite disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*" (34).

La sumilla reproducida corresponde a un caso sobre el que recayó Resolución de la Corte Suprema con fecha 10 de enero de 1944.

El caso fue como sigue:

Uno de los acusados pidió en matrimonio a la menor agraviada, que tenía 15 años de edad.

Por considerar el padre de la muchacha que ésta no tenía edad para casarse, no consintió el hecho. No obstante, entregó a la menor al acusado a fin de que hicieran vida marital.

A raíz de una desavenencia entre ambos convivientes, el padre de la menor presentó la denuncia.

El Tribunal Correccional, en aplicación de los artículos 199 y 211, impone a los acusados la pena de 2 años de prisión, más la reparación y dote correspondientes.

Uno de los acusados interpone recurso de nulidad.

En opinión del Fiscal, la pena impuesta era justa, ya que la alegación hecha por los acusados de que ignoraban la ley y la naturaleza ilícita de sus actos, por considerar el procedimiento una costumbre, no lo eximía de responsabilidad.

La Corte Suprema, por considerar que el caso caía dentro del artículo 87 del Código Penal, disminuyó la pena por debajo del *minimum legal*.

Creemos acertado el fallo, ya que, si la infracción ha sido cometida por una errónea apreciación de los hechos, no provenientes de negligencia, procede la atenuación de la pena, a tenor de los dispuestos por el artículo 87 del Código Penal.

Igualmente, en los casos de delitos sancionados con pena de prisión, si ellos se cometen por ignorancia no culpable sobre el carácter delictuoso del acto (que el agente hubiera considerado lícito), el

Juez puede disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*, tal como lo dispone dicho artículo 87.

- b) "Cuando la infracción penal se comete considerando lícitos los actos que ella implica, puede disminuirse la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*" (35).

El 12 de mayo de 1943 se expidió la Resolución Suprema de la que se ha extraído la sumilla arriba consignada.

La sentencia recurrida, que originó dicho pronunciamiento, sostenía que, por haberse realizado la ceremonia del *servinacuy* o matrimonio a prueba, mediante la cual la mujer pasa a poder del prometido en calidad de amante con el consentimiento de los padres y en presencia de testigos y padrinos, "... no puede hablarse de delito de violación o de la figura contenida en el art. 199 del Código Penal, sino simplemente de seducción previsto en el art. 201 del mismo Código ..." (36).

Se señala, asimismo, que la menor tenía conocimiento del acto que iba a realizar, ya que había tenido relaciones sexuales tanto con el acusado como con terceras personas.

Por último, se dijo que, tratándose de un indígena semicivilizado, de escasa cultura, la responsabilidad debía graduarse con arreglo a las disposiciones contenidas en los arts. 42 y 90 de la ley penal.

En opinión del Fiscal, señor Calle, la calificación legal del delito, efectuada por el Tribunal Correccional, está totalmente equivocada.

"En efecto, la ley, en el art. 199 del Código Penal, se refiere a la punición del acto sexual practicado con una menor de 16 años de edad, sin determinar condición ni circunstancia alguna respecto a la forma de perpetración, con o sin violencia, con o sin seducción: en cambio el art. 201, aplicado en la sentencia se refiere al acto sexual practicado con mayores de 16 años a quienes la ley capacita y voluntad para apreciar el acto" (37).

(34) PALOMINO ARANA, Helí... *Jurisprudencia Penal Comenta*, Huancayo, Talleres Tipográficos "La Inmaculada", 1953, Parte III, pp. 29-351-a 353.

(35) *Ibidem*, pp. 29-353 a 356.

(36) *Ibidem*, p. 354.

(37) *Loc. cit.*

Por otro lado, señala que el artículo 90 es im-  
pertinente por cuanto dicho artículo se refiere a los  
casos de atenuantes que no llegan a resultar eximen-  
tes con arreglo al artículo 85.

En cambio, opina que son de aplicación los ar-  
tículos 45 y 204 del Código Penal, ya que se trata  
de un indígena semicivilizado, como lo prueba la  
realización del *servinacuy*.

La Corte Suprema, por considerar que era apli-  
cable al caso el artículo 87 del Código Penal,  
"... ya que se trata de infracción cometida por ig-  
norancia o error no culpable sobre el carácter deli-  
citoso del acto que el agente consideró como lícito..."  
(38), impuso al acusado la pena de 15 días de prisión.

Indudablemente, el acto realizado con la menor  
de 16 años no puede quedar configurado dentro del  
artículo 201 (seducción), sino dentro del artículo  
199.

Al haber una errónea apreciación del carácter  
delictuoso del acto, así como por tratarse de un  
indígena semicivilizado, son de aplicación el artículo  
87 y el 45 del Código Penal; por lo que, en esen-  
cia, nos parece correcto el fallo comentado (39).

## 2.6. Consumación.

"Lógica y legalmente no procede calificar como  
tentativa a la consumación del delito, cuando  
como en el caso de autos ha habido violación  
de una menor de edad, acreditada por los cer-  
tificados médicos correspondientes" (40).

En el caso que estudiamos, se acreditó que la  
menor había sido accedida en reiteradas oportuni-  
dades por el mismo inculpado.

Los médicos, al examinar a la víctima, compro-  
baron desfloración reciente.

No cabe hacer mayores comentarios al respecto,  
ya que la Resolución comentada coincide amplia-  
mente con lo expuesto en la parte introductoria de  
este trabajo. Sólo debemos recordar que para que se  
consume el delito basta que la penetración sea mo-  
mentánea y hasta imperfecta.

## 2.7. Tentativa incompleta.

"Para que se trate de tentativa es necesaria la  
intención de yacer con el menor y que el acce-  
so carnal se interrumpa" (41).

El caso que motivó el pronunciamiento de la  
Corte Suprema, en el sentido anotado fue el siguien-  
te.

El acusado hizo frotamientos con el pene a la  
menor, hasta que ésta sintió algo caliente que fue  
limpiado por el agresor con un trapo.

El Supremo Tribunal, considerando "... que el  
acusado sólo trató de conseguir el orgasmo, sin lle-  
gar a ocasionarle daño a la menor; que siendo estos  
los hechos no se puede afirmar que se trate de tenta-  
tiva de violación sexual...", condenó al ofensor  
por el delito contra el pudor.

Tal como hemos dicho, en el caso de que la  
intención del actor sea distinta a acceder a la vícti-  
ma, o si la intención de acceder o no pudiera ser  
probada, los actos realizados no constituyen tenta-  
tiva de violación, sino que deberán ser penados a  
título de actos contrarios al pudor, delito previsto y  
sancionado por el artículo 200 del Código Penal.

## 2.8. Desistimiento.

"La tentativa no es punible cuando el agente se  
hubiera desistido espontáneamente de la infrac-  
ción conforme ordena la primera parte del art.  
95 del Código Penal; pero cuando dicho agente  
fue descubierto por la madre de la menor agra-  
viada en los actos preparatorios al coito, impi-  
diendo su consumación, se trata de tentativa  
punible..." (42).

En el caso que analizamos, el ofensor fue des-  
cubierto por la madre de la menor, que se encontra-  
ba alarmada con la tardanza de la muchacha.

(38) *Ibidem*. 355.

(39) En el mismo sentido ver Ejecutoria de 19 de mayo de  
1950 en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 763.  
Ejecutoria de 18 de setiembre de 1950 en TELLO LEZA-  
MA, Américo... *Jurisprudencia Nacional en Materia Penal y*  
*Procesal Penal*. Cuzco, 1962, p. 181.

(40) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, junio de  
1958, No. 173, p. 687.

(41) Resolución de la Corte Suprema de fecha 25 de se-  
tiembre de 1971.

(42) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, marzo de  
1957, No. 158, pp. 336-337.

Tal como señala la Resolución, al no tratarse de un desistimiento espontáneo, no es de aplicación el artículo 95 del Código Penal, sino el 97 *in fine*.

La diferencia entre ambos artículos está dada por el término "espontáneamente" empleado por el legislador en el artículo 95.

Según el **Diccionario de la Lengua Española** (décimonovena edición 1970), espontáneo es aquello voluntario y de propio movimiento. Nos remite, así, al término voluntario.

Según el mismo Diccionario, **voluntario**: "dícese del acto que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad de extrañar a aquello". A su vez, voluntad, en su quinta acepción, resulta ser la "elección de una cosa sin precepto o impulso externo que a ello obligue".

En opinión de Luis Bramont Arias, el artículo 95 expresa que, si el agente del delito abandonase su propósito delictivo, interrumpiendo la acción "... por desistimiento espontáneo, por propia iniciativa, sin causas o motivos exteriores que lo obliguen a ello, no es punible" (43); lógicamente, y tal como señala el citado artículo 95, siempre y cuando los actos practicados no constituyan por sí mismos delito.

Expresamos, pues, nuestra conformidad con el fallo de la Corte Suprema, de cuyo texto hemos extraído la sumilla.

## 2.9. Circunstancias agravantes.

- a) "Corresponde agravar la pena impuesta al agente del delito, quien revela inadmisibles e increíbles perversión moral, por la circunstancia de ser la ofendida hija del encausado; conforme a la segunda parte del art. 199 del Código Penal" (44).

Ante la meridiana claridad del texto legal, en lo concerniente a esta agravante, la Corte Suprema no ha hecho más que efectuar una exacta aplicación del mismo; no creemos que quepa hacer más comentarios al respecto.

- b) "Siendo la víctima menor de dieciséis años y viviendo con su madre, conviviente del acusado, es de aplicación la segunda parte del artículo 199 del Código Penal" (45).

Nuestro Código Penal, de igual modo que legislaciones de otros países, no ha previsto expresamen-

te dentro de las agravantes el caso del concubinato. Así, dentro de las relaciones especiales, a que hemos hecho referencia en la parte introductoria de este trabajo, señala nuestro texto legal el hecho de ser la víctima descendiente del delincuente, su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge, así como de ser discípulo, aprendiz, doméstico, pupilo del agresor o un niño confiado a su cuidado. No está pues, el de ser el actor concubino de la madre del menor agraviado. No obstante esto, creemos que en este caso es de aplicación la agravante consignada en la última parte del artículo 199 del Código Penal, modificado por el artículo 3o. del D.L. 17388.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en reiteradas oportunidades, y son varias las resoluciones expedidas por el Supremo Tribunal a las que podría aplicarse la sumilla citada. En todas ellas se señala que, por ser el ofensor conviviente con la madre de la agraviada, corresponde aplicar la agravante contenida en la segunda parte del artículo 199 del Código Penal.

Al estudiarse estas agravantes debe tenerse en cuenta, como señala Antonio Vicente Arenas, que "... el criterio dominante debe ser la relación de dependencia entre los sujetos activo y pasivo, o el ascendiente moral del victimario sobre la víctima" (46).

En Argentina, Carlos Fontán Balestra opina que la agravación se funda en el quebrantamiento de la confianza y respeto debido a la víctima, así como en la violación de los deberes de protección que corresponde ejercer al victimario (47).

El Código Penal de dicho país, a diferencia del nuestro, no se refiere a que el menor esté confiado al cuidado del sujeto activo, sino que habla del encargado de la educación o guarda. No obstante esto,

(43) BRAMONT ARIAS, Luis... *Código Penal Anotado*. Lima, Talleres Gráficos de la Editorial El Ferrocarril, 1966, p. 204.

(44) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, junio de 1957, No. 161, pp. 698-699.

(45) CORSO MASIAS, Alfredo... *Op. cit.* Lib. II, Sec. III, Tít. I, 8 p. 280 del T. III.

(46) ARENAS, Antonio Vicente... *Comentarios al Código Penal Colombiano*. Bogotá, 1947, Parte I, Cap. I, p. 56.

(47) FONTAN BALESTRA, Carlos... *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Talleres Gráficos DULAU, 1969, Tít. III, p. 95 del T. V

creemos que quiere expresar lo mismo que el Código Peruano, por cuanto, como señala Ricardo Núñez (48), el encargado de la guarda es aquella persona que tiene a su cuidado al menor o incapaz. Por eso es que consideramos pertinente lo afirmado por la doctrina de dicho país sobre él.

En opinión de Enrique Díaz de Gisarro, dentro del texto legal argentino, el concubino cae dentro del término guardador, ya que ocupa aparentemente la posición jerárquico-doméstica del padre en el matrimonio y porque, además, integra el núcleo como si fuera padrastro.

“No puede hablarse de que sea un tercero a quien se haya conferido la custodia de los menores. Esta le corresponde por efecto directo, propio y espontáneo de la unión concubinaria que lo coloca en el rango de jefe del grupo. Obtiene, así el emplazamiento objetivo en la posición de cónyuge y padre...” (49).

Por su parte, Ricardo Núñez opina que, si en la vida marital el concubino actúa efectivamente como jefe del hogar, es un encargado de la guarda (a que se refiere el Código argentino) es aquel que tiene a su cuidado al menor, sea por convención, oficio o por una situación de hecho.

Por su lado, Giuseppe Maggiore considera que confiar a un menor comprende hasta la autoentrega (por ejemplo, en el caso de un menor privado de padres o tutores, que se confía a una persona espontáneamente) (51). Con el mismo criterio, Carlos Fontan Balestra, considera que la agravante comprende a toda persona que se encuentre de hecho encargada de la guarda de la víctima (52). Sebastián Soler opina que se trata de situaciones de hecho que deberán ser apreciadas por el Juez, que no se reducen a la violación de simples deberes legales, sino también a la de deberes sociales y de hecho. De ahí que sostenga que el concubino puede hallarse comprendido dentro de la agravante respecto de los hijos de la concubina.

En coincidencia con la opinión de dichos tratadistas respecto de la legislación extranjera, consideramos que, dentro de la expresión “un niño confiado a su cuidado” contenida en nuestro Código Penal, procede considerar al concubino que tenga relaciones sexuales con los hijos de la mujer con la que convive, tal como el caso ha sido interpretado por la Corte Suprema de la República.

Lo señalado es totalmente aplicable en el caso

de que la mujer realizara alguno de los actos penados por el art. 199 con los hijos de su conviviente.

- c) “el contagio venéreo producido como consecuencia de la comisión de un delito contra la libertad y el honor sexuales es una agravante del mismo” (53).

En nuestro concepto, el contagio venéreo constituye un agravante siempre y cuando el agente pueda prever que la víctima podría contagiarse, por cuanto la ley penal señala que se impondrá pena más severa “... si los actos cometidos causaren un grave daño a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado...”

En el caso de que el agresor hubiera tenido la intención de transmitir la enfermedad venérea, se configurará el delito previsto en el Art. 166 del Código, tal como ha reconocido la Corte Suprema en su Resolución de 8 de abril de 1953, (54); concurriendo junto con el delito previsto por el Art. 199.

- d) “Habiéndose producido la muerte; sin intención del agente y si pudo prever dicho resultado, como consecuencia de los actos ejecutados sobre el menor; es de aplicación la agravante prevista en el Art. 203 del Código Penal” (55).

(48) NÚÑEZ, Ricardo... *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Artes Gráficas Bodoni S.A.I.C. 1964, Tit. III, Cap. III, p. 274 del T. IV.

(49) DÍAZ DE GUISSARRO, Enrique... *El concubinato con la madre o el padre de la víctima como agravante en los delitos contra la honestidad*, en Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1936, T. 56, pp. 346-347.

(50) NÚÑEZ, Ricardo... *Op. cit.* Tit. III, Cap. III, p. 276 del tomo IV.

(51) MAGGIORE, Giuseppe... *Derecho Penal - Parte Especial*. Buenos Aires, 1955. Parte I, Cap. IX, Sec. I, p. 66 del T. IV.

(52) FONTAN BALESTRA, Carlos... *Tratado*. Tit. III, pp. 95-96 del T.V.

(53) PALOMINO ARANA, Helí... *Op. cit.* Parte II, p. 573. En el mismo sentido ver ejecutorias de 26 de julio de 1943 en CORSO MASIAS, Alfredo... *Op. Cit.* Lib. II, Sec. III, Tit. I, p. 250 del T. III. Ejecutoria de 23 de setiembre de 1952 en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, setiembre de 1953, No. 116, pp. 1105-1106.

(54) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, setiembre de 1953, No. 116, pp. 1107-1108.

Si bien la figura delictiva no requiere del empleo de la violencia o de las amenazas para que se configure, tampoco las excluye, tal como señalan Ricardo Núñez y Sebastián Soler en Argentina.

Así, consideramos, en coincidencia con la Resolución que comentamos, que si los actos ejecutados por la víctima ocasionaren la muerte de ésta, no teniendo el autor la intención de ocasionar dicho resultado, pero pudiéndolo prever, se daría la agravante contenida en el Art. 203 del Código Penal.

- e) "Al ser la agraviada, doméstica del ofensor, se encontraba bajo la dependencia del acusado, por lo que es de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo tercero del Decreto Ley diecisiete mil trescientos ochentiocho" (56)

El artículo tercero a que hace referencia la Resolución de la Corte Suprema de fecha 2 de enero de 1973, que hemos reproducido, dispone que "constituye circunstancia agravante de responsabilidad, si la víctima es un ... doméstico del delincuente...". Al ser la menor agraviada doméstica del agresor, indudablemente cae el caso dentro de la figura agravada.

## 2.10. Concurso de delitos

- a) "Habiendo practicado el agente del delito el acto sexual normal y contra natura en agravio de una menor de 12 años y además cometido delito contra el pudor en agravio de una hermana de su víctima, de 6 años y otra menor de 10 años, debe aplicársele la pena más grave fijada en los artículos 199 y 200 del Código Penal..." (57).

Es indudable que la sumilla reproducida contiene un típico caso de concurso real de delitos, previsto en el art. 108 del Código Penal; de ahí que, al aplicar la pena correspondiente al delito más grave, el Supremo Tribunal de Justicia ha dado correcta aplicación al artículo citado.

- b) "Se estima que el delito de sustracción de menores es medio para la comisión del delito contra el honor sexual (58).

El delito de violación absorbe la necesaria priva-

ción de la libertad de la víctima, tal como han señalado Sebastián Soler y Ricardo Núñez. De ahí que nos encontremos conformes con la Resolución citada.

- c) "Existe responsabilidad por los delitos contra el honor sexual y corrupción, cuando quien practica el "acto sexual" en agravio e una menor de 16 años permite que frecuente prostíbulos con provecho propio" (59).

Indudablemente, quien favorezca la prostitución de un menor, con el propósito de lucro y, además, practique el acto sexual, (o un acto análogo) con dicho menor, cae dentro del ámbito de los artículos 199 y 206 del Código Penal; al darse concurso real de delitos.

## 2.11. Acción Penal

- a) "No cabe la renuncia de la acción penal, cuando se trata de delito contra el honor sexual perpetrado en agravio de una niña de 14 años" (60).

Al momento de hablar sobre la acción penal dijimos que, según el Art. 312 del Código de Procedimientos Penales, la acción es de oficio cuando el delito es cometido en agravio de menores de hasta 14 años de edad. Al ser esto así, indudablemente, no cabe la renuncia de la acción penal. Por eso, la resolución comentada nos parece arreglada a ley.

- b) "La renuncia de la acción penal en los delitos contra la libertad y el honor sexuales cometidos en agravio de menores de 16 años, es improcedente, de conformidad con

(55) Resolución de la Corte Suprema No. 1138-72 de 11 de octubre de 1972.

(56) Resolución de la Corte Suprema No. 1927-72 de 2 de enero de 1973.

(57) Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, julio de 1958, No. 174, pp. 767-768.

(58) Resolución de la Corte Suprema No. 2429-72 de 3 de abril de 1973.

(59) Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, junio de 1953, No. 113, pp. 124-125.

(60) Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, febrero de 1953, No. 109, p. 199.

lo dispuesto en el Art. 312 del C. de P.P.” (61).

Lo sumilla que citamos en esta oportunidad corresponde a una Resolución de la Corte Suprema de fecha 23 de mayo de 1956.

¿Es realmente cierta la afirmación contenida en los considerandos de la Resolución comentada?

Para poder responder a esta pregunta, debemos analizar los artículos referentes a la acción penal existentes tanto en el Código Penal como en el de Procedimientos.

El artículo 205 del Código Penal, aplicable a los delitos contra la libertad y el honor sexuales, señala los casos en que procede formar causa de oficio y aquellos para los que se requiere querrela o denuncia de la víctima, de la persona bajo cuyo poder su hubiere hallado cuando se cometió el delito o, por último, por denuncia de cualquiera del pueblo.

Al momento de redactarse el Código de Procedimientos Penales, se creyó oportuno precisar aún más las normas contenidas en el Art. 205 del Código Penal, por cuanto, en opinión de los autores del Ante-proyecto del Código Procesal, antes de la dación de este texto legal se había hecho intervenir al Ministerio Público en los casos de delitos contra el honor sexual. Se dijo que se ponía de manifiesto esa “... peligrosa confusión...” (62) cuando los agraviados había pedido el corte del juicio, ya que (con la intervención del Ministerio Público) la acción había tenido el carácter de pública. De ahí que se dijera que:

“Conviene no desconocer la verdadera naturaleza de estos delitos, y sin extremar interpretaciones, volver a un régimen que aleje las dificultades expresadas y restablezca un sentido restringido en la materia. El Ministerio Público no debe intervenir sino cuando se trate de delitos cometidos contra menores de 14 años, con las excepciones que exijan las relaciones personales de los delincuentes con las víctimas” (63).

Por su parte, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código, se expresa que:

“Cuando la víctima es menor de 14 años, o siendo menor de 16 no tenga padres ni tutores, el juicio deberá seguirse de oficio con intervención del Ministerio Público. El mismo procedi-

miento se seguirá cuando entre el agente y la víctima del delito existe algún vínculo de dependencia o subordinación de los especificados en el artículo 312, y si el agraviado es huérfano cualquiera puede hacer la denuncia” (64).

El texto íntegro del artículo 312, que se cita en la Exposición de Motivos es el siguiente:

“El juicio se seguirá de oficio, con intervención del Ministerio Público, en los delitos contra el honor sexual, en agravio de niños, o niñas, menores de 14 años, o menores de 16 años que no tengan padres ni tutores. Igual procedimiento se seguirá cuando el delito ha sido cometido por el ascendiente, padre adoptivo, o cuando el menor sea hijo de su cónyuge, o sea pupilo, o hubiere estado confiado al inculpado. Si el agraviado es huérfano, la denuncia puede ser hecha por cualquiera que conozca la comisión del delito. En ninguno de los dos casos procede la renuncia a la acción penal hecha por quien representa al agraviado, ni puede admitirse la conciliación; salvo lo dispuesto en la segunda parte del Art. 204 del Código Penal, tratándose de niñas que hayan cumplido 16 años”.

El artículo 312 se encuentra ubicado dentro del Libro Cuarto del Código de Procedimientos Penales que tiene como epígrafe genérico el de “... Procedimientos Especiales” y como epígrafe específico el de “Para delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual”.

El artículo 302 establece que en los delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual, “... no perseguibles de oficio...” es indispensable la querrela de parte.

La excepción que prevé dicho artículo 302 es la contenida en el artículo 312 del mismo Código. Es decir que en los delitos que, por haberse producido dentro de las circunstancias previstas en el referido artículo 312, no son perseguibles por querrela

(61) *Revista del Foro*, Lima, enero-abril de 1956, No. 1, pp. 404-405.

(62) GUZMAN FERRER, Fernando... *Código de Procedimientos Penales*. La Victoria, Litografía Huascarán, 1966, p. 352.

(63) *Loc. Cit.*

(64) *Loc. Cit.*

sino de oficio (o —según el caso— por denuncia por cualquiera del pueblo), no procede la renuncia a la acción penal ni la conciliación. Esto es lo que dispone dicho artículo 312 y no lo expresado por la Corte Suprema en su Resolución de 23 de mayo de 1956, al pretender que la renuncia de la acción penal, en todo caso en que se cometa delito contra el honor sexual en agravio de menores de 16 años, es improcedente "... de conformidad con lo dispuesto en el Art. 312 del C. de P.P. ...".

Así lo entendió el Supremo Tribunal en su Resolución de 29 de marzo de 1944.

Los fundamentos de esta Resolución están dados en el Dictamen del Fiscal, señor Calle. Al resolver de conformidad con dicho Dictamen, la Corte Suprema hizo suyos tales fundamentos y por tanto, lo contenido en él está reforzado por el asentimiento prestado por la Corte.

Si bien el menor agraviado tenía más de 16 años, y por lo tanto era de aplicación el artículo 313 del Código de Procedimientos Penales, el señor Calle afirmó que:

"De autos consta que el menor tiene 16 a 17 años, y cualquiera que sea el cómputo que se haga del tiempo en el que pudo realizarse el primer contacto carnal, siempre habría tenido más de catorce años, en cuyo caso la ley no niega la facultad de solicitar se corte el juicio..." (65).

Debemos subrayar la opinión del Fiscal, cuando claramente indica que, así el menor hubiera tenido al momento de la perpetración del delito 14 años, habría sido posible la renuncia de la acción penal, por permitirlo así el artículo 312 del Código de Procedimientos Penales.

La Corte Suprema, de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal, declaró haber nulidad en el auto recurrido que declaraba sin lugar el desistimiento formulado y, al reformarlo, declaró insubsistente al auto apertorio de la instrucción, y mandó archivar el expediente. Tenemos que, si en dicha oportunidad, el caso hubiera sido de un menor mayor de 14 años de edad, pero menor de 16 y sin que se hubiera dado alguna de las circunstancias previstas en el Art. 312 de C.P.P., el fallo habría sido el mismo, en mérito de lo expuesto.

c) "El matrimonio extingue la acción penal,

tratándose del delito contra la libertad y el honor sexual" (66).

En el caso que comentamos se trataba de una menor de 15 años de edad.

Coincidimos con el fallo de la Corte Suprema, ya que creemos que, desde que se promulgó la Ley 9181, que rebajó la edad mínima para contraer matrimonio, rige lo dispuesto por el artículo 204 del Código Penal, segundo párrafo, en concordancia con el Art. 312 del Código Procesal, desde los 14 años de edad.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Suprema por Resolución de 17 de mayo de 1973.

En esa oportunidad, considerando que "... el matrimonio con infracción del requisito de la edad es sólo anulable... conserva todos sus efectos mientras no sea anulado" (67), manda archivar definitivamente la instrucción.

Nos encontramos, pues, conformes con las citadas Resoluciones de la Corte Suprema.

d) "El matrimonio realizado por menores sin las formalidades señaladas en la parte final del artículo 204 C.P., no extingue la acción penal derivada de un delito contra el honor sexual" (68).

Según se desprende del texto de la Resolución de 27 de octubre de 1957, que ha servido de base para extraer la sumilla que acabamos de consignar, el ofensor y la ofendida contrajeron matrimonio 1) sin haber prestado la agraviada su libre consentimiento; o, 2) sin haber sido restituida al poder de su padre o guardador, o a otro lugar seguro; o 3) sin que se cumplieran ambos requisitos.

Al no haberse procedido conforme a lo dispuesto por el artículo 204, la Corte Suprema declara No Haber Nulidad en el auto recurrido que declara infundada la extinción de la acción penal.

(65) *Revista de Jurisprudencia Peurana*. Lima, octubre de 1944, No. 11, pp. 37-39.

(66) *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima, agosto de 1951, No. 91, pp. 922-923.

(67) Resolución de la Corte Suprema No. 267-73 de 17 de mayo de 1973.

(68) *Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República*.- Lima, 1957, T. III, pp. 130-131.

Pensamos que la Resolución de la Corte Suprema se encuentra arreglada a ley; por lo tanto, nos encontramos conformes con ella.

## 2.12. Penalidad.

- a) "...el artículo primero del Decreto Ley número dieciocho mil novecientos sesentiocho ha sustituido la pena de muerte que establecía el artículo tercero del Decreto Ley número diecisiete mil trescientos ochentitres por la pena de internamiento..." (69).
- a') "...sólo queda subsistente la pena de muerte para los autores de los delitos de traición a la Patria, homicidio como consecuencia de raptó y sustracción de menores y... se sustituye en los demás casos la pena de muerte por la de internamiento; que en el caso materia de autos se ha pasado a juicio oral por los delitos contra las buenas costumbres y homicidio, infracciones para las que no se encuentra vigente la pena capital..." (70).

La Corte Suprema se ha pronunciado en este mismo sentido, en reiteradas oportunidades.

Si bien de la simple lectura no aparece claro el sentido del dispositivo anotado, al analizarlo con detenimiento se ve que, en el caso que sea aplicable la primera parte del Art. 199, no puede ser otra la conclusión a que debe llegarse.

La doctrina enseña unánimemente que el intérprete de la ley no debe quedarse en el sentido literal (interpretación gramatical), sino que debe tratar de descubrir la verdadera intención que ella encierra. Esto es lo que debe hacerse con el texto del Decreto Ley No. 18968, y eso es lo que ha hecho la Corte Suprema en las Resoluciones comentadas.

La intención del Decreto Ley 18968 es la de reducir al mínimo posible los casos en los que debe aplicarse la pena de muerte. Por eso es que elimina dicha pena en el caso de los Arts. 151, 152 y 154 del Código Penal, a los que dicha pena fuera aplicable según el Decreto Ley 10976.

Al estudiar este tipo de delitos, no olvidemos que quienes violan a un menor de muy tierna edad son seres que, más que pena de muerte, requieren de un tratamiento psiquiátrico, problema este que

forma parte de uno mayor: el carcelario.

Que los autores de estos delitos son casi siempre enfermos, ya lo ha dicho Enrico Altavilla en su obra **La dinámica del delito**. Así, expresa que "... debe eliminarse del juicio acerca de sus delitos el sentimiento de severidad exacerbada, pues muchas veces se trata de gente desgraciadísima, merecedora de toda compasión, como todo enfermo que haya recibido naturalmente, una constitución anómala..." (71).

- b) "En los delitos contra el honor sexual, además de la responsabilidad civil, debe condenarse al acusado a dotar a la ofendida" (72).

Pensamos que la Resolución que nos ha servido para extraer la sumilla arriba consignada, obedece a una clara disposición de la ley, por lo cual no merece que nos detengamos más en ella.

- c) "Aún cuando sólo se trate de tentativa de delito contra el honor sexual, el reo está obligado a dotar a la ofendida, pues, el artículo 204 del Código Penal no hace distinciones entre delito consumado y tentativa" (73).

Creemos, de igual modo, que la Corte Suprema, que aunque se trate de delito tentado de violación, cabe que se condene al ofensor a dotar a la ofendida, ya que el Art. 204 del Código Penal se refiere a "... los casos de violación, estupro, raptó, o abuso deshonesto de una mujer..." y no hay derecho a distinguir donde la ley no lo ha hecho. De ahí que consideremos que la Resolución citada se encuentra arreglada a ley.

(69) Resolución de la Corte Suprema No. 110-73 de 27 de abril de 1973.

(70) Resolución de la Corte Suprema No. 1270-72 de 27 de diciembre de 1972.

(71) ALTAVILLA, Enrico... *La Dinámica del delito*.- Buenos Aires, 1962, Libro I, Cap. IV, p. 137 del T. II.

(72) *Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República*.- Lima, 1932, T. XXVIII, pp. 17-18.

(73) *Revista de Jurisprudencia Peruana*.- Lima, febrero de 1950, No. 73, pp. 193-194.