

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**EL ESTUDIO DE LA VALIDEZ JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO
DEL MENOR EN LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS,
CON RESPECTO A LOS ACUERDOS PLENARIOS PERTINENTES**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

ISIQUE MONTALVO, LUIS ALBERTO

Chiclayo, 30 de Noviembre del 2018

**EL ESTUDIO DE LA VALIDEZ JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO
DEL MENOR EN LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS,
CON RESPECTO A LOS ACUERDOS PLENARIOS PERTINENTES**

POR

ISIQUE MONTALVO LUIS ALBERTO

**Presentado a la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de
ABOGADO**

APROBADO POR:

**Dra. Ana María Margarita Llanos Baltodano
PRESIDENTE**

**Abog. José Alberto Guerrero Saavedra
SECRETARIO**

**Mtra. Gladys Yolanda Patricia Ramos
Cáceres
ASESOR**

Chiclayo, 30 de noviembre de 2018

DEDICATORIA:

A DIOS, y a la Santísima Virgen, quienes me alientan cada día a ser mejor persona.

A mis Padres, Luis Isique Bravo y Martha Ruth Montalvo Martínez, por brindarme siempre su amor, confianza y dedicación para asumir este reto profesional.

A mis hermanos por su apoyo incondicional.

A las personas estudiosas del Derecho que buscan incrementar sus conocimientos en materia penal y contribuir a la existencia de una verdadera Justicia, sustentada en el respeto a la dignidad de la persona humana.

LUIS ALBERTO ISIQUE MONTALVO.

AGRADECIMIENTO:

El autor expresa su profundo agradecimiento a:

A la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, por haberme acogido en su Alma Mater.

A mi Asesora Patricia Ramos Soto Cáceres, por haberme brindado su amistad y su disposición constante, dedicación y apoyo incondicional en la orientación de la realización de la presente Tesis.

A los catedráticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, por brindarnos una eficiente formación no solo académica y profesional, sino también en principios y valores morales.

LUIS ALBERTO ISIQUE MONTALVO.

RESUMEN

A través de esta tesis de investigación se pretende determinar la validez jurídica del consentimiento del menor de edad en sus relaciones sexuales. Así, en el primer capítulo se desarrolla la situación problemática; en el segundo capítulo se explica los aspectos generales jurídicos sobre la sexualidad del menor; en el tercer capítulo se realiza el análisis comparativo con otras legislaciones extranjeras; finalmente, en el cuarto capítulo se analizan los acuerdos plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, y los resultados de las encuestas aplicadas a operadores jurídicos y ciudadanía del distrito de José Leonardo Ortíz, así como la inconstitucionalidad de la Ley N°28704.

Como idea central se señala la existencia de controversia en nuestro País sobre la determinación de la edad apropiada en que una persona debe ser protegida legalmente en las prácticas sexuales consentidas, específicamente determinar si el consentimiento del menor de edad es relevante, atendiendo a diversos factores emocionales, sociales, biológicos y culturales, respetando los límites del derecho penal "*ius puniendi*". En consecuencia, los actos sexuales practicados con responsabilidad y consentidos, no constituirían violación sexual a menores de edad, por lo que la modificación al artículo 173 del Código Penal generada con la entrada en vigencia de la Ley 28704, era inconstitucional.

La validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales consentidas, se analizará desde la doctrina y la jurisprudencia, considerando además que la determinación de la edad apropiada para que una persona acceda a las relaciones sexuales consentidas es en promedio 14 años.

Palabras claves:

Consentimiento, Menor de edad, Edad apropiada, Sexualidad, actos sexuales, Violación Sexual.

ABSTRACT

Through this research thesis seeks to determine the legal validity of consent of the minor in their sexual relations. Thus, in the first chapter the problematic situation develops; in the second chapter, the general legal aspects of the minor's sexuality are explained; in the third chapter the comparative analysis with other foreign legislations is carried out; finally, in the fourth chapter the plenary agreements of the Criminal Chambers of the Supreme Court of Justice of the Republic, and the results of the surveys applied to juridical operators and citizens of the district of José Leonardo Ortíz, as well as the unconstitutionality of the Law No. 28704.

The main idea is the existence of a controversy in our country regarding the determination of the appropriate age in which a person should be legally protected in consensual sexual practices, specifically determining if the consent of the minor is relevant, attending to various emotional factors , social, biological and cultural, respecting the limits of the criminal law "ius puniendi". Consequently, sexual acts practiced responsibly and consented, would not constitute sexual violation of minors, so the amendment to Article 173 of the Criminal Code generated with the entry into force of Law 28704, was unconstitutional.

The legal validity of consent of the minor in consensual sexual relations, will be analyzed from the doctrine and jurisprudence, considering also that the determination of the appropriate age for a person to consent to consensual sexual relations is on average 14 years.

Keywords:

Consent, Minor, Age appropriate, Sexuality, Sexual, Sexual Violation.

ÍNDICE

PORTADA	1
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN	5
ÍNDICE	7
TABLA DE ABREVIATURAS	10
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1.- Planteamiento del Problema	13
1.1.1 Descripción del Problema de Investigación	13
1.1.2. Delimitación del Problema de Investigación.	14
1.1.3. Formulación del Problema de Investigación	14
1.2. Objetivos de la Investigación	14
1.2.1. Objetivo General	14
1.2.2. Objetivos Específicos	14
1.3. Justificación de la Investigación	14
1.4. Diseño Metodológico	16
1.4.1 Tipo de Investigación	16
1.5. Hipótesis y Variables	16
1.5.1. Formulación de la Hipótesis	16
1.5.2. Diseño de Contrastación de Hipótesis	16
1.5.3. Variables	16

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES JURÍDICOS SOBRE LA SEXUALIDAD DEL MENOR.

2.1. Libertad e indemnidad sexual	17
2.1.1. Libertad Sexual	17

2.1.2. Indemnidad Sexual	20
2.1.2.1. Fundamento de la Libertad Sexual	24
2.1.2.2. Contenido de la Libertad Sexual	26
2.1.2.3. Aspectos de la Libertad Sexual	29
2.1.2.4. Libertad Sexual y Libertad Personal (Libertad e Indemnidad de la Persona Humana)	29
2.2. El Consentimiento	
2.2.1. Generalidades	31
2.2.2. Acuerdo y Consentimiento	32
2.2.3. Naturaleza Jurídica del Consentimiento	33
2.2.3.1. El Consentimiento como causa de atipicidad	33
2.2.3.2. El Consentimiento como causa de justificación	34
2.2.4. Requisitos del Consentimiento	34
2.2.4.1. Capacidad y Titularidad	34
2.2.4.2. Momento	35
2.2.4.3. Libre	35
2.2.4.4. Reconocible	35
2.2.4.5. Información	36
2.2.5. El Consentimiento del Menor en la Jurisprudencia Peruana	36
2.2.6. El consentimiento en las relaciones sexuales	39
2.3. Edad, Consentimiento y Libertad Sexual	44

CAPÍTULO III

ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTRAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

3.1. Legislación Argentina	49
3.2. Legislación Boliviana	50
3.3. Legislación Chilena	51
3.4. Legislación Colombiana	52
3.5. Legislación Ecuatoriana	53
3.6. Legislación Española	54

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LAS SALAS PENALES, DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Y DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA A LOS OPERADORES JURÍDICOS DEL DERECHO Y LA CIUDADANÍA DEL DISTRITO DE JOSE LEONARDO ORTIZ.

4.1. Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116	56
4.2. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116	57
4.3 Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116	58
4.4. Análisis del artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N°28704, respecto a su inconstitucionalidad	60
4.5. Investigación con los Operadores Jurídicos y la Ciudadanía del Distrito de José Leonardo Ortiz	64
4.6. Resultado General de la Investigación Realizada	65
4.7. Modificatoria del Artículo 173 del Código Penal con la Vigencia de la Ley N° 30076	66
CONCLUSIONES	69
RECOMENDACIONES	71
BIBLIOGRAFÍA	72
ANEXO 1: LEY N°28704	76
ANEXO 2: LEY N°30076	79
ANEXO 3: SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N°00008-2012—PI/TCT	82
ANEXO 4: ACUERDO PLENARIO N°7-2007/CJ-116	118
ANEXO 5: ACUERDO PLENARIO N°4-2008/CJ-116	123
ANEXO 6: ACUERDO PLENARIO N°01-2012/CJ-116	129
ANEXO7:CUADRO DE VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	146
ANEXO 8: CUADRO DE OPERADORES JURÍDICOS Y CIUDADANÍA DE JOSE LEONARDO ORTIZ	148
ANEXO 9: ENCUESTA:OPERADORES JURIDICOS DEL DERECHO	150
ANEXO10:ENCUESTA:CIUDADANIA DE J.L.O	153

TABLA DE ABREVIATURAS

- **ART.** Artículo.
- **A.S.I.** Abuso Sexual Infantil.
- **CRAS.** Centros Regionales de Asesoramiento Sexual.
- **CC.** Código Civil.
- **C.D.N.** Convención de los Derechos del Niño.
- **Const.P.** Constitución Política.
- **CP.** Código Penal.
- **CPP.** Código Penal Peruano.
- **DEMUS.** Estudio para la Defensa y los Derechos de la Mujer
- **DL.** Decreto Legislativo.
- **ENDES.** Encuesta Demográfica y de Salud Familiar.
- **ETS.** Enfermedad de Transmisión Sexual.
- **FSH.** Hormona del folículo que estimula el ovario.
- **INPPARES.** Instituto Peruano de Paternidad Responsable
- **INC.** Inciso.
- **N°.** Número.
- **LH.** Hormona luteinizante, que estimula el testículo.
- **Op.cit.** Obra citada anteriormente.
- **ORDELISE.** Organización por la Defensa de la Libertad Sexual.
- **Pág.** Página.
- **PNP.** Policía Nacional Del Perú.
- **Tít.Prel.** Título Preliminar.
- **Ibid.** Fuente citada en la cita previa
- **UNICEF** Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

INTRODUCCIÓN

El 5 de abril de 2006 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 28704, norma jurídica que modificó el tipo penal de violación sexual de menor de edad prescrito en el artículo 173 del Código Penal, ampliando el ámbito de protección a las personas que tenían entre 14 años de edad y menos de 18 años de edad, de modo que la relación sexual sostenida con dichas personas constituía delito de violación sexual, independientemente a la existencia o no de consentimiento, aplicándose pena privativa de la libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años; es decir, el Estado consideró relevante la existencia de consentimiento en la relación sexual solo a partir de la mayoría de edad, esto es, a partir de los dieciocho años.

La Ley N° 28704 que criminalizaba las relaciones sexuales entre adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años, colisionaba con el hecho de que los menores de edad se iniciaban en la vida sexual a partir de los 14 años de edad, siendo incluso más temprana la edad en algunas zonas del territorio nacional, generando consecuencias negativas en la vida de los menores de edad; por ello la presente tesis de investigación persigue analizar la *validez jurídica del consentimiento del menor de edad en sus relaciones sexuales*, y sus implicancias para la tipificación del delito de violación sexual, justificando la validez e importancia del consentimiento en el ejercicio de la libertad sexual de los menores de edad.

A través de la presente tesis de investigación se pretende lograr, de un lado, *determinar la validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales consentidas*, y *explicar el contenido protegido del derecho a la libertad sexual*, asimismo, *señalar los instrumentos legales que el ordenamiento jurídico tiene regulados para proteger el derecho a la libertad sexual*, y comparar las legislaciones extranjeras sobre el tratamiento de la validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales consentidas; y de otro lado *comprobar la justificación de la libertad sexual de los adolescentes a través de técnicas de investigación*. Ello nos permitirá concluir que si se determina la validez jurídica del consentimiento del menor de edad en sus relaciones sexuales, se justificaba la derogatoria de la Ley N°28704

que modificó el artículo 173 del Código Penal Peruano, lo cual finalmente ocurrió con la vigencia de la Ley N°30076.

El primer capítulo está orientado a desarrollar la situación problemática; el segundo capítulo está referido a explicar los aspectos generales jurídicos sobre la sexualidad del menor; en el tercer capítulo se analiza legislaciones extranjeras; y finalmente en el cuarto capítulo se analizan los Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, y los resultados de las encuestas realizadas a operadores jurídicos y ciudadanía del distrito de José Leonardo Ortíz, así como la constitucionalidad de la Ley N°28704.

En consecuencia, se establecerán los fundamentos que respaldan el tratamiento jurídico del consentimiento de menores de edad en sus relaciones sexuales, considerando que el Tribunal Constitucional al analizar la constitucionalidad de la Ley N°28704, en su momento estimó que la vida sexual de los adolescentes empieza a partir de los 14 años, la cual responde a la realidad de nuestro país, pues hay una iniciación sexual temprana y no necesariamente vinculada a la violencia sexual, además el derecho a la libertad sexual también corresponde a los menores de edad de más de 14 años y menos de 18 años.

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1.- Planteamiento del Problema de Investigación.

1.1.1. Descripción del Problema de Investigación.

Desde hace mucho tiempo existe la figura delictiva del delito de violación sexual y aquellos sujetos autores de este ilícito penal son personas según las investigaciones psicológicas, con rasgos de baja autoestima, sin control de sus impulsos sexuales, víctimas de maltratos en la etapa de su niñez y con desconocimiento de expresión de afecto.

Las personas que son víctimas de violación sexual, tienen como consecuencia daños irreparables ya que se ha afectado su intimidad sexual, provocando una baja autoestima, inseguridad, timidez, etc.; las cuales son afectaciones psicológicas de su desarrollo psicosexual, tanto en menores de edad como en personas adultas, lo que hace necesario e indispensable la presencia del Derecho Penal; sin embargo, también se conoce que personas generalmente de trece años de edad empiezan a tener encuentros íntimos; como consecuencia de esta relación amorosa incluso con una persona mayor de dieciocho años, crecen teniendo relaciones sexuales e incluso llegan a embarazarse, sin que se advierta aparentemente, que se manifiesten afectaciones a su desarrollo psicosexual.

Podemos añadir, que en la realidad de nuestro país existen muchos casos en que los menores de edad expresan su consentimiento para tener o acceder al acto sexual con personas mucho más maduras y adultas que ellos; es por eso que realizamos el presente estudio desde el punto de vista biopsico, social y jurídico, para determinar el impacto del consentimiento, a su vez realizaremos un estudio comparativo de las legislaciones extranjeras sobre el tratamiento de la validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales.

En su momento diversos Acuerdos Plenarios dejaron en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozaban del derecho a la libertad sexual y por tanto el derecho a consentir o no relaciones sexuales; además nuestro ordenamiento jurídico

establece cuáles son los instrumentos jurídicos para proteger el derecho a la libertad sexual.

Por tal razón el presente trabajo de investigación pretende determinar la validez jurídica del consentimiento del menor entre los 14 años y menos de 18 años de edad en sus relaciones sexuales.

1.1.2. Delimitación del Problema de Investigación.

La investigación se limita al estudio de la figura del delito contra la libertad sexual de menores de edad.

1.1.3. Formulación Del Problema De Investigación.

¿Se debe considerar válido el consentimiento del menor entre 14 años y menos de 18 años de edad, en sus relaciones sexuales, para efectos de la existencia o no del delito de violación sexual?

1.2. Objetivos de la Investigación.

1.2.1.- Objetivo General.

- Determinar la validez jurídica del consentimiento del menor de edad en sus relaciones sexuales.

1.2.2.- Objetivos Específicos.

- Explicar el contenido esencial del derecho a la libertad sexual.
- Señalar los instrumentos jurídicos que el ordenamiento jurídico nacional regula para proteger el derecho a la libertad sexual.
- Analizar algunas legislaciones extranjeras sobre el tratamiento de la validez jurídica del consentimiento del menor de edad en sus relaciones sexuales.
- Determinar a través de técnicas de investigación, la incidencia del ejercicio de la libertad sexual de los menores de edad en el delito de violación sexual.

1.3. Justificación de la Investigación.

La presente investigación se justifica por sí misma, dado que se considera ilegítimo sancionar penalmente las relaciones sexuales que tiene un adulto con un menor entre

14 y menos de 18 años de edad, cuando éste presta su libre consentimiento, pues se limitaría su libertad sexual, como expresión del libre desarrollo de su personalidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC, reconocía la libertad sexual de los menores entre 14 y menos de 18 años de edad, y señalaba que el artículo 173.3 del C.P. modificado por la Ley N°28704 (que sancionaba el delito de violación sexual de menores de ese rango etario) constituía una intervención injustificada en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la Constitución.

Actualmente existen normas jurídicas civiles que permiten el matrimonio civil con un menor de dieciocho años, así el art.241 inciso 1 del Código Civil señala que no pueden contraer matrimonio los adolescentes, pero el Juez puede dispensar ese impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse, en cuyo caso adquieren la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles por efectos del matrimonio civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Código Civil.

La posición del Tribunal Constitucional era que el acto sexual consentido con menores entre 14 y menos de 18 años de edad, debía ser expulsado del ordenamiento jurídico, es decir no sancionado penalmente.

El presente trabajo de investigación tendrá como finalidad fundamentar la importancia del consentimiento de menores de edad en sus relaciones sexuales, pues en la Sentencia del TC se estima que el ejercicio de la libertad sexual de los menores de edad empieza a partir de los 14 años, lo que responde a la realidad del Perú, pues hay una iniciación sexual temprana y no necesariamente vinculada a la violencia sexual.

Además, con el análisis que realizó el Tribunal Constitucional en su Sentencia, respecto a la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley N° 28704, quedó establecido que en cuanto a la titularidad del derecho a la libertad sexual, éste asiste a todos los mayores de edad; sin embargo, conforme a ciertos elementos normativos y fácticos del ordenamiento jurídico del país, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 años de edad, también son titulares de dicho derecho.

1.4. Diseño Metodológico.

1.4.1. Tipo De Investigación.

El proyecto propuesto está referido a una investigación Dogmática Jurídica, debido a que analizaremos instituciones, donde se fundamentará teóricamente, y se recogerá datos de documentación científica, doctrinal y jurisprudencial.

1.5. Hipótesis y Variables.

1.5.1. Formulación de la Hipótesis.

Si se determina la validez jurídica del consentimiento del menor entre 14 años y menos de 18 años de edad en sus relaciones sexuales, se justificaba la derogatoria del inciso 3 del art. 173 del Código Penal Peruano, modificado por Ley N°28704.

1.5.2. Diseño de Contrastación de Hipótesis.

En el proyecto propuesto por ser una Investigación descriptiva, se utilizará el diseño de contrastación de hipótesis enmarcada dentro del diseño metodológico de una sola casilla.

1.5.3. Variables.

a) Variable Dependiente:

El consentimiento del Menor

Factor Válido para eximir de
Responsabilidad al Sujeto Activo

b) Variable Independiente: Libertad Sexual (Validez Jurídica)

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES JURÍDICOS SOBRE LA SEXUALIDAD DEL MENOR

2.1. Libertad e Indemnidad Sexual.

2.1.1. Libertad Sexual.

La libertad sexual presupone, en cuanto “libertad valorativa” que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar de él. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada.¹

Por tanto, en los delitos sexuales cometidos con personas privadas de razón de sentido, falta, temporal o permanentemente, esa capacidad cognoscitiva de comprender las diversas posibilidades y elegir entre ellas, así como la de actuar conforme a esa elección, por lo que no se puede atacar una libertad sexual de la víctima inexistente. El problema no se soluciona alegando que la Ley presume en esas personas una oposición a la realización del acto sexual, lo que conlleva la correlativa presunción de que poseen libertad sexual, pues aparte de otras objeciones derivadas de presumir tal cosa, resulta contradictorio presumir, por un lado, libertad sexual en esas personas, y negar, por otro lado, en los tipos citados cualquier relevancia al consentimiento de la víctima en relación al acto sexual en cuestión. No se puede presumir la capacidad para oponerse, y, por tanto, su capacidad de determinarse libremente y, por otro lado, negar validez al consentimiento, que implica también la capacidad de determinarse libremente. En suma, no se puede decir que hay capacidad para ser libre pero no la hay para consentir.²

En suma, la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se

¹DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La protección de la libertad sexual: insuficiencias y propuestas de reforma*, Barcelona, Editorial Bosch, 1985, pág.25.

²Ibid., pág.25.

prefieran, así como rechazar las no deseadas. De modo que se afecta la libertad sexual de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad.³

Actualmente, la situación es más clara. Lo que se trata de proteger es una de las manifestaciones más relevantes y neurálgicas de la libertad, es decir, la libertad sexual, cuyos ataques trascienden los ámbitos fisiológicos para repercutir en la esfera psicológica, alcanzando a lo más íntimo de la personalidad.

En consecuencia, la protección de la libertad sexual se expresa en el derecho a la libre autodeterminación sexual y el derecho a rechazar las intromisiones de terceros en este ámbito.⁴

En principio la doctrina es unánime, que en el caso que la víctima sea un menor de edad o con una persona que sufre de alteraciones psíquicas no es correcto determinar que el bien jurídico tutelado sea la libertad sexual, debido que tales individuos carecen de la facultad de autodeterminarse y por ende su consentimiento para practicar tales actos carece de eficacia para el derecho penal. Se considera un consentimiento inválido de la víctima, en la medida en que se considera que ella carece de la capacidad para comprender la naturaleza del acto así como la importancia de su decisión, en una esfera tan delicada como lo es la sexual. El hecho de apreciar consecuencias negativas en el menor, como alteraciones en su desarrollo psico-social que perturben su futuro desenvolvimiento en el ámbito sexual, por cierto no está comprobado científicamente que ello sea así; aunque empíricamente se ha demostrado que prematuras experiencias sexuales en los menores causan determinadas alteraciones en su vida sexual adulta, más aún cuando ellas han sido el producto de relaciones incestuosas. En cambio, cuando la relación sexual no es ejercida con violencia, se dice exactamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y a una futura optimización en sus futuras relaciones interpersonales.⁵

Para que la violación se evidencie, la conducta del autor debe reunir las exigencias de la ley, promoviendo la trasgresión de un bien que la ley protege específicamente: la

³SALINAS SICCHA, Ramiro. *“Los Delitos de acceso carnal y sexual”*, Lima-Perú, Editora Moreno S.A, 2005, pág.32.

⁴PEÑA CABRERA, Raúl A. *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual. Estudios de Derecho Penal Parte Especial*, Lima-Perú, Ediciones Guerreros, 2002, pág. 22

⁵Ibid., pág. 22.

libertad sexual. Resultaría restrictivo y con los visos propios de ilegalidad constreñir a una persona a someterse contra su voluntad a las pretensiones de un tercero sin señalarse penalización para tal actividad.

Por otra parte, la opción o la elección misma quedan a cargo de la propia persona, quien decidirá sin condicionamiento sobre el uso de aquella libertad sexual, pudiendo consentir con el acceso carnal o bien prescindir de él, si así lo sintiere ponérsele pautas que la orienten en un sentido determinado⁶.

La intimidación sobre la víctima debe contemplar el efecto psicológico sobre ella, pudiendo presentarse la amenaza mediante palabras, señales o actos en forma oral o por mímica, de manera que afecten la capacidad de elección del sujeto, coartando su libertad.

Esta libertad es el bien jurídico protegido y cualquier ataque o menoscabo a esa libertad no puede quedar liberado de sanción; y en el evento de producirse la concreción de la violación, en mengua de sus propios designios, esa actitud del autor no puede asimilarse a impunidad, muy por el contrario, debe castigarse con una pena cuya severidad y rigorismo dependan de las características o particularidades del hecho; y si esa violación asume peculiares desproporciones que atacan a la esencia de la libertad misma, y donde la propia sociedad aparece comprometida, no cabe sino responder con la imposición de una pena, que sea réplica de la conducta aberrante.

Es indudable que debe mediar en el evento la certeza de una consumación carnal, que caracteriza el acto de la violación.

Es prioritario el encasillamiento de la conducta del agente como generadora de violación, pues si ésta no puede determinarse fehaciente y concluyentemente, no se habrá producido el ataque al bien jurídico, del modo expuesto precedentemente; podrá inferirse la existencia de otro delito, pero no se podrá colegir que se haya concretado la violación.

Los bienes jurídicos que atañen a derechos y, por sobre todo, a la esencia de la persona son merecedores de una tutela que deviene tal por ser inherente al individuo. Ante la posibilidad de la trasgresión, o de ella misma, la ley debe acudir con la cabal noción de amparo ante la erosión que provoca el acto de tercero, vulnerando la

⁶SPROVIERO, Juan H. *"Delito de Violación"*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág.1.

legitimidad de su ejercicio por parte de quien lo detenta, no por concesión graciosa, sino por el régimen legal que así lo acuerde.

La libertad debe ser admitida como conducta que no debe ser forzada a orientarse en el sentido de la sumisión a un tercero requirente con ejercicio de violencia física o moral; la libertad se canaliza hacia la conducta de la mujer; en la elección de quien compartirá sus emociones y sentimientos; que no ofrezca trabas en su ejercicio y pueda libremente hacer disposición de su cuerpo, sin sujeción a pautas o restricciones que conlleva la violación.⁷

2.1.2. Indemnidad sexual.

Como bien jurídico protegido en el abuso sexual de menores de catorce años hasta la dación de la ley N° 28704, donde se incrementa de 14 a 18 años de edad, se caracteriza por considerar que el objeto de protección radica en la necesidad de cautelar su libertad futura. El límite temporal de la indemnidad o intangibilidad sexual entendida como protección de la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual, resguardando con ello su seguridad o desarrollo físico o psíquico normal para de ser posible en el futuro ejerzan su libertad sexual sin mayores dificultades, en forma irracional se amplió hasta la edad de los 18 años cuando bien sabemos que de manera general las personas mayores de 14 años alcanzan capacidad física y psíquica suficiente para valorar adecuadamente una conducta sexual⁸.

En tiempos que la tendencia jurídica más bien es de bajar la edad a 12 años como límite para la indemnidad sexual, en nuestra patria con la ley en análisis, sin fundamento fáctico explicable y racional se incrementó hasta los 18 años.

“El ejercicio de la sexualidad se prohibía con ellos, en la medida que podía afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producía alteraciones importantes que incidían en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro”.

Montovani señala que, respecto al menor, “El desvalor reside, a veces, en la precocidad del acto sexual en cuanto desestabiliza y abre la puerta de un mundo de

⁷Ibid.,pág.5

⁸SALINAS SICCHA, Emérito R. “La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales”, *Revista de Actualidad Jurídica*, Tomo 149, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág 17-18.

emociones que el adolescente no administra ni controla y porque es capaz como enseña la respectiva competencia científica de perjudicar el normal desarrollo y la gradual maduración de la personalidad bajo el perfil afectivo y psicosexual: el desarrollo a un crecimiento equilibrado también de sexualidad”.

La indemnidad sexual debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho de todo ser humano tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas una esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de la sexualidad ya sea que pertenezcan a su mismo sexo o a uno diferente como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o dependencia. Se quiere evitar y prohibir la realización de actos sexuales contactos corporales, los cuales no solo son idóneos para generar lesiones en el cuerpo (alrededor de la vagina o el ano) o un daño psicológico en el menor, sino un shock y trauma permanente en la vida psíquica del individuo que es posible que se extienda a toda su personalidad y que pueda llegar a comprometer su vida futura ya sea en el ámbito personal o en su relación con terceros.

La figura penal parte de la necesidad de proteger la incapacidad para comprender y valorar los actos o comportamientos sexuales que se practican con él o contra él, la enorme posibilidad de manipulación, la ausencia de un carácter formado, la indefensión (total o parcial) a la que están expuestos por su escaso desarrollo corporal y que es aprovechado por el autor para lograr el acceso carnal⁹.

Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegida son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en “libertad” las que pueden alcanzar el menor de edad, recuperar quién esté afectado por una situación de incapacidad transitoria o como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca adquirirse.

Se protege la libertad sexual, en los delitos violación sexual (art. 170^o), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174^o), seducción (art. 175^o) y actos contra el pudor de persona de 14 a más años (art. 176^o). Por otro lado se protege la

⁹CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, págs. 51-52.

“intangibilidad” o “indemnidad sexual”, en los atentados contra persona que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque “sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia” o “retardo mental” (art. 172º), violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171º), o por su minoría de edad (arts. 173º y 176º-A).

El autor Castillo Alva, José Luis, en su tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, señala:

“La objeción que se puede dirigir a la actual rotulación de los delitos sexuales es que, por un lado, enuncia y describe solo una de las posibles modalidades típicas: la violación, y por el otro lado se enfatiza que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido, pues falta aquí una referencia a la indemnidad o intangibilidad sexual. Lo correcto sería emprender en el futuro un serio proceso de reforma que elimine la referencia a la violación como única modalidad de comportamiento típico y que complemente a su vez el bien jurídico libertad sexual con la alusión a la indemnidad sexual. Dicho encabezamiento sistemático podría aludir a “Los delitos contra la Libertad e indemnidad sexual”¹⁰.

Sin embargo, cabe mencionar lo que señala Berenger, citado por el mismo autor:

“Una rotulación legal no debe condicionar la interpretación de los tipos penales, ni tampoco ha de identificarse dicho encabezamiento con el bien jurídico protegido, aunque en ocasiones suele coincidir”¹¹.

Si bien es cierto nuestro Código Penal, agrupa en un solo Título a los delitos contra la Libertad e Indemnidad o Intangibilidad Sexual, regula diferencialmente dichos comportamientos y establece una protección más intensa a los últimos, por la mayor afectación individual con relación a los primeros.

“Nuestra legislación, pese a agrupar todos los ilícitos bajo la rúbrica de “Violación de la libertad sexual”, regula diferenciadamente los comportamientos que atacan la indemnidad sexual, estableciendo una protección más intensa debido a la mayor afectación individual en relación a los atentados contra la libertad sexual”¹².

¹⁰ Ibid., pág.19.

¹¹ Ibid., pág.19.

¹²CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTIN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima, 1ª Edición Editora GRIJLEY, pág.70.

Se entiende por indemnidad sexual, al derecho del libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores. Cabe mencionar lo que expone Bramont Arias, en su libro Código Penal anotado:

“Hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se protege la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, aún si la tuviera fácticamente, se considera por el legislador irrelevante. Así en los delitos sexuales cometidos contra una persona privada de razón o de sentido, falta temporal o permanente, la capacidad cognitiva de comprender las diversas posibilidades y elegir entre ellas, por lo que no se puede atacar una libertad sexual de la víctima que es inexistente. De igual forma puede argumentarse en los tipos penales que protegen a los menores de catorce años, aunque por causas distintas. A partir de este planteamiento, surge la idea de que en estos tipos penales el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual”.¹³

En los delitos contra la libertad sexual, es imprescindible que la aplicación de las modalidades comisivas (desvalor de la acción) sirva como medio y vía idónea para el logro del acto sexual, un acto análogo o un contacto corporal de naturaleza sexual. En efecto el injusto penal de los delitos contra la libertad sexual se encuentra conformado tanto por el empleo de la violencia o grave amenaza, el comportamiento abusivo, la conducta fraudulenta, como por la realización del acto sexual, otro análogo o un contacto corporal de índole sexual.

El Código Penal Peruano, antes de las últimas modificatorias, como gran parte de los Códigos Penales de Latinoamérica, “castigaba los atentados contra la libertad sexual que signifiquen, por lo menos, la utilización de un órgano genital, aludiendo en principio, a la penetración del pene en la vagina (órganos genitales por excelencia)”. Sin embargo hoy en día no necesariamente tiene que darse la penetración exclusiva del miembro viril en órganos sexuales, sino que puede darse por la penetración de cualquier otra parte del cuerpo (dedos, lengua, etc.) o instrumento colocado con violencia y sin consentimiento de la persona (palo, vibrador, etc.), para el menor de edad, en este caso, el consentimiento, era irrelevante por falta de su desarrollo psicofísico.

¹³BRAMONT ARIAS, Luis. *Código penal anotado*, Lima, Primera Edición. Editorial San Marcos, 1995, pág.382.

2.1.2.1. Fundamento de la Libertad Sexual.

En la actualidad para que exista un verdadero Estado Democrático de Derecho, existen dos conceptos fundamentales que sirven de base jurídica; estos son: la persona y la libertad, de ahí que la Constitución Política del Perú lo plasme en el siguiente artículo:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana

La defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado¹⁴.

Para materializar este fin, el Estado utiliza uno de los instrumentos más esenciales para la armonía de la sociedad y para conseguir, que se ejerzan todos los derechos en libertad, este es: el Código Penal, estableciendo en el un catálogo de conductas reprobables, que van desde los bienes jurídicos esenciales como la vida, la libertad, hasta los que amparan bienes legales no tan esenciales como el patrimonio cultural, el orden socioeconómico, pero si importantes siempre para el derecho penal.

Estas conductas reprochables descritas constituyen el tipo penal y en su estructura requieren tener un bien jurídico tutelado, y éste para ser objeto de protección debe ser claro, determinado, vulnerable y susceptible de afectación individual y colectiva; la libertad sexual reúne todos estos requisitos.

Desde una perspectiva de mínima intervención del Derecho Penal Sexual, se considera que el bien jurídico protegido en los atentados contra las personas con capacidad de consentir jurídicamente, es la libertad sexual entendida positivo-dinámico y negativo-positivo. El aspecto positivo dinámico se concretó en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el aspecto negativo-positivo es la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir.

En el Código Penal Peruano dicha libertad se protege mediante los delitos de agresión sexual bajo violencia o amenaza (art. 170), violación con alevosía (art. 171), violación de personas en "incapacidad de resistir" (art. 172), violación con abuso de la relación

¹⁴ *Constitución Política del Perú en castellano y quechua*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, febrero 2016, pág.20.

de dependencia (art. 174), Seducción (art. 175) y actos contra el pudor de la persona de 14 o más años (art. 176)¹⁵.

En los atentados contra las personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque “sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia” o “retardo mental (art. 172) o por minoría de edad (art. 173, 173-A y 176-A) lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención, sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad” sexual. (Dicho tema se tratará a fondo por ser elemento importante del presente trabajo de investigación).

Lo importante a destacar en esta moderna recopilación de este bien jurídico es que: este ejercicio de la sexualidad y la reiterada libertad sexual queda cubierta y tutelada de manera igualitaria, la de la mujer y la del hombre porque los supuestos de hechos de las normas jurídicas que sancionan estos delitos de carácter sexual no especifican género de protección, ejemplo: como se hacía anteriormente en el caso de violación y el estupro, donde se tipificaba, que solo podían cometerse esta clase de delitos en contra de las mujeres, por lo cual la libertad sexual de los hombres no se protegía.

También se han eliminado delitos completos que no se adecuan a la nueva realidad del derecho penal; como por ejemplo la sodomía, que antiguamente era considerado como ilícito penal, por el simple hecho que dos personas del mismo sexo tuvieran relaciones sexuales, actualmente esto ya no es considerado como una infracción penal, siempre y cuando se haga con libertad y voluntad de ambas partes. El núcleo o eje fundamental del cual proviene la libertad sexual, es uno de los derechos principales, reconocido así constitucionalmente la Libertad, un concepto amplio el cual puede incluir muchas pautas para la convivencia del ser humano, tal vez por ello al igual que la vida, son los más expuestos a ser atacados en la cotidianidad, porque son frecuentemente utilizados como medios para atentar contra otros bienes jurídicos, donde aparte de lesionarse esa libertad, también se vulneran otros derechos, como la integridad personal, la seguridad y la autonomía personal.

Es entonces la libertad sexual parte integrante de ese derecho tan general y de trascendental importancia, como lo es la libertad, constituyéndose en el principal fundamento legal, para considerar la libertad sexual, como merecedora de protección legal, a elevarla a la categoría de bien jurídico resguardado por el Código Penal.

¹⁵Artículos Ubicados en el Capítulo IX del CPP

Esto se ve proyectado en la regulación de la libertad sexual, en el Código Penal, al revisar su colocación sistemática, que si bien es cierto encierra ésta, todos los delitos de carácter sexual, la ubica dentro de los tipos protectores de la libertad, inmediatamente después de los delitos que atentan contra la libertad en general, esto intenta ser una expresión de una idea político criminal decisiva, en la sanción de todos los delitos que pretenden lesionar ese bien jurídico tan trascendental, como la libertad y más en concreto, aquellos que atentan contra la libertad sexual.

Por esto la libertad sexual, constituye un derecho tutelado por el derecho penal, más democrático que no puede tener por finalidad la protección de intereses o determinadas creencias de un grupo concreto de individuos, sino la de sancionar aquellas conductas que lesionan o pongan en peligro un determinado bien jurídico que puede ser individual o suprapersonal¹⁶.

2.1.2.2. Contenido de la Libertad Sexual.

El bien jurídico de la libertad sexual se fundamenta en el goce de la sexualidad para sostener relaciones sexuales con otras personas, así como en la manifestación de la voluntad libre por la que se tiene derecho a decidir con quién, cuándo y en qué condiciones se sostienen relaciones sexuales. En ese sentido, la libertad sexual se encuentra comprendida dentro del inciso 1 y en el literal h), numeral 24, del artículo 2º de la Constitución Política¹⁷, configurándose como un derecho fundamental de la persona.

La libertad sexual, al constituirse en un concepto autónomo e importante dentro del derecho penal, ha sido necesario utilizar mecanismos adecuados para poder plantear su contenido; debido a que es un tema muy delicado y polémico, y al carácter fragmentario del derecho penal, y a que se pretende adecuar a los principios que inspiran una sociedad pluralista, que busca dejar fuera todo intento moralizador de los ciudadanos. Se ha considerado fundamental hablar de un proyecto novedoso llamado: Derecho Penal Sexual, que se ha de limitar a penar aquellas conductas que

¹⁶BEGUÉ LEZAIN J. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, pág.12.

¹⁷Artículo 2 de la Constitución Política del Estado. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).24 A la libertad y seguridad personales, en consecuencias (...), h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad.

imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad a tenor de la concepción global que de ella cada individuo sustente¹⁸.

En la actualidad nadie pone en duda que la libertad sexual se constituye en el bien jurídico protegido en del delito de violación sexual.

La libertad sexual debe entenderse en un doble aspecto; como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones, que el respeto a la libertad ajena y como facultad de repeler agresiones sexuales de otro, bien señala Luis Carlos Pérez, citado por Salinas Siccha¹⁹, que la libertad sexual es la capacidad de toda persona de comportarse como a bien tenga en la actividad copulativa, en ese sentido. Roy Freyre²⁰ define la libertad sexual como la facultad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la conveniencia y del interés colectivo, igual que todas las particularidades de la libertad. No se podría hablar de libertad sexual si es que el hombre en el curso de la civilización, no hubiese logrado dominar la fuerza ciega del instinto sexual dotándose de un sentido volitivo tanto para satisfacer, como para abstenerse de hacerlo.

Poniendo de manifiesto que este derecho penal sexual, se basa en la protección de la libertad y no en contenidos morales sino que una libertad, orientada a la sexualidad es susceptible de poseer, con las manifestaciones y la autorealización personal del individuo, lo que el derecho penal sexual moderno pretende, es posibilitar las diversas opciones personales en el ámbito sexual, garantizando un ejercicio de la sexualidad en libertad; para lograr esto el derecho penal despenaliza por un lado determinadas conductas que impiden la actividad sexual libre de ciertas personas y que no llevan limitaciones apreciables a la libertad sexual de los demás, por otro criminaliza conductas en las que el sujeto activo involucra a otra persona, no libre en su actuación sexual. Entendido esto, se puede afirmar que el derecho penal, constituye el género, y que el derecho penal sexual es la especie, de este singular derecho lo fundamental que se protege es la libertad sexual; pero ¿Cuál es el contenido de ésta?: No es la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad. Por ello el derecho

¹⁸DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op.cit.,pág.21.

¹⁹SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito de violación sexual en el Perú*, Lima, Actualidad Jurídica N° 133, 2006, pág.99.

²⁰ROY FREYRE, Luis E. *Derecho Penal. Parte especial*, Lima, Tomo II, 1975, pág.40.

penal contempla diversos supuestos en los que se puede vulnerar la libertad sexual, estos son:

Prohibiendo todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar incluidas en una situación carente de libertad (La indemnidad sexual, menores incapaces).

Prohibiendo conductas sexuales que crean situaciones que imposibilitan el ejercicio de su libertad sexual (El Acoso Sexual, la Violación, otras Agresiones Sexuales). Al convertirse la libertad sexual en un bien jurídico lo que se pretende es castigar la implicación de una persona en prácticas de naturaleza sexual, en contra de la voluntad, ya sea porque está viciada, o porque ni siquiera la tomó en cuenta, o que si contó con ella, no vale de nada, con esto se busca que nadie; se vea involucrado en un ejercicio de sexualidad no deseado o no aceptado libremente o aceptado con una voluntad viciada que tenga que ver con su cuerpo o una parte de él; porque la libertad sexual es independencia de la voluntad, facultad de autodeterminarse en el área sexual, y esta autonomía se tutela, así como se tutela también la facultad de usar el propio cuerpo; dejando fuera la automanipulación solitaria y voluntaria ya que esta no tiene la menor trascendencia penal, con la excepción de algún caso de exhibicionismo.

Plantea por lo tanto la libertad sexual la sanción sobre sucesos en que una persona es llevada a compartir la sexualidad con otra bajo alguno de los supuestos regulados en su título²¹ y en circunstancias tales que le impiden asegurarse que participe con voluntad plena y que es utilizada como si se tratara de una cosa, se proyecta la protección hacia actos externos y de alguna manera compartidos²².

Salinas Siccha referente a la libertad sexual la define “como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, la misma que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad,(...)” seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas, en forma arbitraria es negada a los o las adolescentes cuya edad ha sobrepasado los 14 años. Por lo antes dicho la libertad sexual es el derecho a decidir cuándo, cómo y con quién

²¹Título: Es el apartado en donde están descrito todos los delitos de carácter sexual que vulneran la libertad sexual. En el caso del Código Penal Peruano, se encuentran tipificados en el título IX.

²²ORTS. BERENQUER, Enrique. *Delitos contra la libertad sexual*, España, Valencia, 1995, pág.27.

tener relaciones sexuales, así como también a formarse el criterio de libertad, para decidir sobre su propia sexualidad, para elegir qué actos de sexualidad quiere practicar la persona. Sobre la libertad sexual, estiman algunos autores, que ésta presupone, en cuanto a libertad valorativa, que es la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente puede prestar a él²³.

2.1.2.3 Aspectos de la Libertad Sexual.

La libertad sexual; presenta dos aspectos: a) Positivo-dinámico y b) Negativo-pasivo. El aspecto positivo dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer de su cuerpo para efectos sexuales; el cariz negativo – pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir²⁴.

2.1.2.4. Libertad Sexual y Libertad Personal (Libertad y Dignidad de la Persona Humana).

El Código penal vigente considera que el encabezamiento que aglutina a los delitos sexuales y que preside el Capítulo IX es la libertad sexual. Ella es una manifestación de la libertad que a su vez constituye un contenido esencial de la dignidad de la persona humana que nuestra Constitución Política reconoce (art. 1). La actual realidad legislativa se diferencia del Código Penal anterior, en donde el encabezamiento de los delitos sexuales era la "Libertad y el honor sexuales" que por su lado se subsumía dentro del rótulo genérico del Título de las "buenas costumbres".²⁵

Bien jurídico protegido es en primer lugar la libertad sexual, si bien también se protegen facetas relacionadas con la dignidad e incluso la salud de la víctima y la propia libertad en sí.²⁶

La libertad sexual es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción

²³DE LA VEGA RUIZ, José Augusto. *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, Editorial Colex, 1991, pág. 23.

²⁴CARMONA SALGADO. *Delitos contra la libertad sexual, en Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Madrid-España, págs. 302-303.

²⁵CASTILLO ALVA, José Luis, op.cit., pág. 20.

²⁶SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, Quinta edición Editorial Dykinson, 2000. Pág. 194.

externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales. La libertad constituye en nuestro ordenamiento jurídico un bien-fin, primario de la persona humana.

La libertad sexual era un aspecto de la libertad individual y consistía en la facultad de disponer libremente del propio cuerpo en las relaciones sexuales, dentro de los límites impuestos por el Derecho y la costumbre sexual (moral sexual).²⁷

La libertad sexual no solo pretende garantizar a toda persona que posea la capacidad de autodeterminación su real y concreto ejercicio, sino que busca asegurar que los comportamientos sexuales que se realizan en una sociedad democrática, pluralista y abierta ocurran siempre en condiciones de libertad individual de los partícipes.

La acción consiste en atentar contra la libertad sexual de otro con violencia o intimidación. Para la realización de delito es necesario que concurren elementos objetivos y subjetivos. Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además, es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el animus libidinoso.²⁸

La libertad sexual es antes que nada libertad, una faceta de ésta, y como tal, en expresión kantiana independencia de la voluntad, capacidad (de la persona) de determinarse espontáneamente, por lo que aquí hace, en el ámbito de la sexualidad. Este es el contenido esencial de la libertad sexual, expresado de forma compendiada, que se expande en varias direcciones: de una parte, engloba el derecho a escoger y practicar, en cada momento, la opción sexual que mas plazca y, ligado a él, el de utilizar y servirse del propio cuerpo en la esfera sexual, sin mas limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena, a las leyes físicas y a las habilidades y reciedumbre de cada cual; de otra, el de elegir al partenaire, con su consentimiento, claro esta; y el de rechazar las proposiciones no deseadas. Éstos son los ingredientes de la reiterada libertad sexual.²⁹

La libertad sexual, como parece evidente, es una concreta manifestación de la libertad personal, que constituye además una expresión del principio de dignidad de la persona

²⁷LA VIOLENCIA SEXUAL: *Un Problema De Seguridad Ciudadana. Las voces de las víctimas*. Serie Informes Defensoriales, 1era Edición, Febrero 2000, pág 17.

²⁸SERRANO GÓMEZ, Alfonso, op,cit.,pág.194.

²⁹ORTS BERENGUER, Enrique, op.cit.,pág 24.

humana y que pretende asegurar que la libertad sexual de los ciudadanos se desarrollara dentro de determinados contornos de libertad.³⁰

2.2. El Consentimiento.

2.2.1. Generalidades.

López Barja de Quiroga señala que una concepción marcadamente liberal ha de prestar relevancia a dicho consentimiento, mientras que una ideología de corte totalitaria o, al menos estatista, prescindirá del mismo. El mayor predominio de los derechos individuales, así como la confirmación de la disponibilidad de los mismos corresponde al más estricto derecho penal liberal”. Y refiriéndose al viejo Código (español), decía que “nuestro Código penal, texto refundido de 1944, no abunda precisamente en dicha concepción. Es expresión, por el contrario, de un Estado social³¹.

Paralelamente, en el ámbito procesal se observa un planteamiento similar, aunque con algunos paliativos derivados del espíritu liberal de la época de la que procede la ley de enjuiciamiento criminal (*LEGISLACIÓN ESPAÑOLA*). Esta discordancia entre el viejo Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Código Procesal Español*) talvez tenga su origen en el hecho de que el precepto penal que establece la relevancia del consentimiento proceda de la reforma de 1963.

Sin embargo, parece que todavía hoy resulta difícil aceptar que dicha facultad tiene unos límites y estos se encuentran, desde luego, en la autodeterminación del ciudadano. No es pues un problema de abandono de interés en la defensa del bien jurídico, sino que, al contrario, lo que ocurre es que el individuo ejercita su interés consintiendo determinadas acciones que, objetivamente, han sido consideradas dañosas.³²

2.2.2. Acuerdo y Consentimiento.

³⁰REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Los Delitos contra la libertad de indemnidad sexual*, Lima, 1era Edición Enfoque Dogmática y Jurisprudencial Jurista Editores, 2005, pág. 129.

³¹LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I. 1era Edición, 2004, pág. 191.

³² *Ibid.*, pág. 193.

Acuerdo. Existen supuestos legales en los que la acción se dirige directamente contra la voluntad del sujeto pasivo, pero, de concurrir su voluntad, la acción carece de relevancia a efectos penales. “Si el afectado está de acuerdo, la acción punible se convierte en un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado”; o “faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta”. Esto sucede por ejemplo en el delito de detenciones ilegales o en el de allanamiento de morada. La presencia del consentimiento (“acuerdo”) del “ofendido” excluye la acción típica.

En el acuerdo debe importar únicamente la voluntad interna de quien está conforme, aun cuando esta voluntad no se haya manifestado hacia fuera; en el consentimiento, se exige que éste sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones.³³

Consentimiento. Junto al caso anterior, existen otros supuestos en los que el ataque al bien jurídico se produce sobre bienes de los que el titular puede disponer, pero en tales la lesión no desaparece aunque medie el consentimiento. El ejemplo típico son las lesiones. Por el hecho de que el sujeto pasivo consienta en ser lesionado, el hecho físico de la lesión permanece.

2.2.3. Naturaleza Jurídica del Consentimiento.

En efecto, respecto del primer grupo de casos (“acuerdo”) hay conformidad en la doctrina en admitir que la presencia de la voluntad incide sobre la tipicidad haciendo que esta no aparezca. Pero en cuanto a los supuestos englobables en este grupo (“consentimiento”) no existe tal unanimidad doctrinal.

El consentimiento solamente excluye la antijuricidad, lo cual es fundamento mayormente con que en el consentimiento radicaría una renuncia a la protección del Derecho, renuncia que tendría fuerza justificante como efecto del derecho individual de auto determinación, sea por derecho consuetudinario o con base en la libertad constitucional de acción.³⁴

³³ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y Política criminal*, Lima, Editora Idemsa, 1998, pág. 129.

³⁴Ibid., pág. 128.

El consentimiento excluye la tipicidad, pues no se comete agresión sexual cuando la otra persona acepta la relación siempre que el consentimiento sea válido, lo que no es posible si se obtiene mediante violencia o intimidación.³⁵

En el análisis jurídico del consentimiento, debemos dilucidar dos aspectos. Por un lado, una parte de la doctrina considera que el consentimiento, cuando debe estimarse relevante, opera en todo caso a nivel de tipicidad. La presencia del consentimiento excluye la tipicidad de la conducta. Evidentemente, ha de tratarse de un consentimiento otorgado respecto de un bien jurídico del que puede disponer la persona que consiente. Desde este punto de vista, el consentimiento eficaz, “excluye en todos los casos la adecuación típica, pues en tales supuestos los bienes jurídicos están a disposición de su titular y, dado su acuerdo para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación”. Postura que compartimos, tanto se afirme que al no poder apreciarse, habida cuenta la existencia del consentimiento, el desvalor del resultado, la acción cae fuera del ámbito de protección de la norma, como si se parte de la consideración del bien jurídico en relación con el ámbito de dominio o de disposición de la persona sobre el substrato u objeto material.

La otra parte de la doctrina defiende una teoría diferenciadora. Estiman los autores que la defienden que es preciso, en relación con el consentimiento, distinguir dos grupos de casos, en unos el consentimiento actuará como causa de atipicidad, pero, sin embargo, en otros casos, el consentimiento opera a nivel de antijuricidad: se trata entonces de una causa de justificación.

2.2.3.1. El Consentimiento como causa de atipicidad.

En el grupo de casos que hemos denominado “consentimiento”, la discusión en orden a la naturaleza jurídica se plantea entre los partidarios de considerar que el consentimiento excluye la tipicidad, con lo que estaríamos ante la misma solución que en el grupo de casos “acuerdo”, por entender que el consentimiento lo que produce es la exclusión del tipo y, por otra parte, los autores que estiman que el consentimiento simplemente justifica el hecho, esto es, sería una causa de justificación.

³⁵SERRANO GÓMEZ, Alfonso, op.cit.,pág.195.

2.2.3.2. El Consentimiento como causa de justificación

El concepto de bien jurídico que se maneje va a ser determinante para decidir la relevancia y los efectos del consentimiento. Como señalan algunos autores una teoría monista social (o estatista) “funcionaliza los intereses personales desde el punto de vista de los generales” y ello tal vez mantenga “la integridad corporal, la libertad de movimiento, el patrimonio, el honor, la esfera íntima se protegen ante todo con independencia de la voluntad del legitimado, en cuanto bienes vitales para la comunidad que hacen posible la libertad, la autodeterminación y la dignidad humana y por lo que a menudo se garantizan incluso a nivel constitucional. Si el legitimado deja uno de tales bienes al acceso de un tercero, ello significa que, pese al consentimiento, este hecho sigue siendo significativo para el Derecho Penal y no le es indiferente de antemano.

En conclusión, estas concepciones nos llevan a considerar que el consentimiento constituye una causa de justificación y, consiguientemente, a la necesidad de encontrar el principio justificante. Desde el punto de vista de la ponderación de bienes, se considera que “el consentimiento opera como causa de justificación cuando el derecho conceda prelación al valor de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la agresión o lesión del bien jurídico (honor, propiedad, integridad corporal)”.

2.2.4. Requisitos del Consentimiento.

El consentimiento, para ser eficaz, para tener relevancia a efectos jurídicos-penales, ha de reunir una serie de requisitos que, en términos generales, son los siguientes, aunque debe indicarse que el legislador puede establecer, dentro de ciertos límites, requisitos concretos:

2.2.4.1. Capacidad y Titularidad.

El consentimiento que examinamos es aquel que surge en el ámbito del Derecho penal en relación con bienes jurídicos disponibles, es obvio que no es precisa la capacidad exigible en el derecho privado para celebrar negocios jurídicos sino que, por el contrario, basta con que, el sujeto pasivo tenga la capacidad necesaria para

“comprender la situación en la que consiente”. Es preciso que el sujeto tenga “capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento, de manera que, “esa capacidad faltará cuando concurren ciertas circunstancias de carácter temporal (inconsciencia) o permanente (enfermedad mental)”.

La capacidad para consentir está vinculada directamente con la titularidad del bien jurídico de que se trate. De manera que no cabe que una persona consienta por otra, salvo supuestos de menores, incapaces o de inconsciencia.³⁶

2.2.4.2. Momento.

El consentimiento debe haber sido prestado con anterioridad a la acción del sujeto activo y mantenerse cuando ha sido iniciada la ejecución de la acción. El consentimiento hasta la ejecución de la acción es revocable.

2.2.4.3. Libre.

El consentimiento ha de ser emitido libremente, esto es, sin vicios que lo invaliden. Por ello, el consentimiento prestado mediante coacción es ineficaz. Algunos juristas consideran que el consentimiento no puede provenir de un error, pero otros como Jescheck y Mir estiman, por el contrario, que el error y el engaño solo excluyen la eficacia del consentimiento cuando afecta a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida.³⁷

2.2.4.4. Reconocible.

Se discute en la doctrina si es preciso que el consentimiento se exteriorice de forma expresa o, si por el contrario, basta con que dicho consentimiento exista. Esta cuestión conduce a la cuestión de si es necesario que el que actúe tenga conocimiento de que obra con consentimiento del titular del bien jurídico disponible o si es suficiente la mera existencia del consentimiento, aunque el que actúe desconozca que concurre.

La doctrina inicialmente se inclinó por la llamada teoría de la declaración de voluntad, conforme a la cual, para que el consentimiento produzca sus efectos, es preciso que

³⁶LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo, op.cit.,pág.205.

³⁷LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo, op.cit.,pág.206.

el consentimiento se haya exteriorizado de forma que el que actúa tenga conocimiento del mismo, tal y como si se tratase de un negocio jurídico.

En la actualidad, la teoría dominante es la teoría intermedia que, como defiende Jescheck, únicamente “requiere que el consentimiento haya sido reconocible externamente de algún modo, sin que, sin embargo, se apele a los baremos del Derecho Civil sobre la declaración de voluntad”.

Desde el momento en que considera que, aunque la lesión del bien jurídico no se produce, sin embargo, sí se mantiene el desvalor de la acción, y ello conduce a afirmar la existencia de tentativa inidónea en aquellos casos en los que el autor no conocía la existencia de ese consentimiento.³⁸

2.2.4.5. Información.

Correlativamente al requisito consistente en que el consentimiento ha de ser libre, es decir, sin vicios, se exige en ciertos ámbitos de actividad que el que consiente se encuentra perfectamente informado. Solo así cabrá estimar la existencia de un consentimiento válido. Como contrapunto, al que actúa bajo tal consentimiento se le impone el deber de informar al que consiente.

2.2.5. El Consentimiento del menor en la Jurisprudencia Peruana.

En cuanto al consentimiento de la víctima-menor, como señala Ramiro Salinas Siccha,³⁹ la doctrina jurisprudencial es mayoritaria al sostener que tal variable es irrelevante en la comisión del delito. Sin embargo, por falta de ilustración de algunos magistrados, encontramos precedentes jurisprudenciales que se apartan de aquel criterio dogmático haciendo uso de razonamientos antojadizos y sin ningún amparo legal razonable. En efecto, siguiendo la doctrina del derecho penal moderno, por Resolución del 11 de setiembre de 1997, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ica, argumenta "Que de las pruebas actuadas en el proceso a nivel policial y judicial se ha llegado a establecer que el acusado MARIO DIONICIO IBANA VALDEZ ha sostenido relaciones amorosas con la menor agraviada (...) a quien la visitaba frecuentemente en su domicilio ubicado en la calle Independencia sin número de la ciudad de Palpa, provincia del mismo

³⁸LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo, op.cit, pág.207.

³⁹SALINAS SICCHA, Ramiro, op.cit.,pág.168.

nombre e incluso su señora madre Julia Haydeé Lovera Sarmiento tácitamente aceptó dichas relaciones afectivas al permitir la presencia constante del procesado en su hogar, quien sacaba a la menor a pasear por las calles en la camioneta de propiedad de su patrón Eber Abraham Pineda; es así que el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, el citado acusado se encontraba a bordo del vehículo y al observar a la ofendida en las inmediaciones de su vivienda la invitó a pasear dirigiéndose al túnel del cerro denominado Vichango, donde en primer lugar se prodigaron caricias y luego bajaron de la camioneta, colocando Ibaña Valdez un costal en el suelo, y le impuso el acto sexual desflorándola y una vez consumada la agresión sexual, la condujo de retorno a su domicilio; cópula carnal que volvieron a repetir en horas de la noche en la casa de la abuela de la agraviada y como producto de dichas relaciones sexuales, quedó embarazada, dando a luz una niña, al estar de la partida de nacimiento presentada en el desarrollo de la Audiencia; el acusado Mario Dióncio Ibaña Valdez a lo largo del proceso, en su manifestación policial, instructiva y en el Plenario se ha declarado, convicto y confeso del delito imputado, aseverando que el trato sexual con la menor ha sido practicado de manera voluntaria y con el pleno consentimiento de la agraviada, por haber sido enamorados, situación que resulta irrelevante por su minoría de edad, pues a la fecha del injusto penal contaba con apenas doce años de edad, según se aprecia de su Partida de Nacimiento de fojas treinta y dos, por lo que el consentimiento prestado resulta inválido y sin relevancia jurídica.”

Invocando, atinada y razonablemente, la confesión sincera del acusado y la forma y, circunstancias en que ocurrieron los hechos, el colegiado le impuso ocho años de pena privativa de libertad y fijó en dos mil soles el pago por reparación civil en favor de la agraviada. No estando conforme con tal sentencia, el Fiscal Superior interpuso recurso de nulidad. Nuestro máximo Tribunal de Justicia, por Ejecutoria Suprema del 26 de octubre de 1997, por sus fundamentos, declaró NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida.

Como precedente jurisprudencial que se aparta del criterio mayoritario cabe citar la Resolución del 27 de enero del 2000, por la cual la misma Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ica (con diferentes vocales), argumenta “que el acusado MARCOS ANTONIO URBANO QUISPE, en su condición de homosexual pasivo ha mantenido relaciones sexuales contra natura, con el menor agraviado de trece años de edad, cuyo nombre se preserva, quien actuó de sujeto sexual activo en tres

oportunidades, siendo la primera vez en el mes de octubre, el seis y diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve las subsiguientes oportunidades realizando previamente actos obscenos con la finalidad de lograr su objetivo ;que en autos se encuentra acreditado que el menor de trece años cuyo nombre se preserva, ha practicado el acto sexual, en calidad de sujeto sexual activo, con el acusado MARCOS ANTONIO URBANO QUISPE, homosexual pasivo, habiendo éste tenido el acceso carnal en calidad de sujeto sexual pasivo, por lo que le corresponde la condición de Agente Infractor, Sujeto Activo del evento delictual que se le reprocha y en el que no medió una resistencia seria, porfiada y denodada por parte del agraviado, quien a lo largo del proceso no ha aportado prueba que acredite lo contrario ; que para la dosificación de la pena debe tenerse en cuenta la confesión sincera y arrepentimiento de acusado URBANO QUISPE correspondiéndole el derecho establecido en el artículo ciento treintiséis del C.P.P y que para la graduación de la pena y su rebaja se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo cuarenticinco y cuarentiséis, especialmente la conducta del acusado y del agraviado, que propiciaron los hechos por móviles de satisfacción y de experimentación e iniciación sexual respectivamente y que por el examen médico legal realizado en el agraviado, respecto del delito de Violación de menor de trece años, no sé advierte ningún tipo de violencia que se haya ejercido sobre el mismo, ya que no presenta signos traumáticos recientes como resultado del examen a sus órganos genitales masculinos, ni mucho menos al examen anal por lo que en tal sentido no han concurrido en el ilícito denunciado el empleo de "violencia", es decir fuerza alguna ejercida sobre la víctima, ni tampoco "grave amenaza" sobre el agraviado, ya que este ha tenido relaciones en tres oportunidades pudiendo haberse escapado cuando realizaba el acto sexual, pues en ninguna de las oportunidades a estado imposibilitado de hacerlo ni privado de su libertad ambulatoria y en alguna vez en presencia de su menor amigo."

Aquí, invocando arbitrariamente y en forma poco razonable la condición de la confesión sincera y los modos y circunstancias en que ocurrieron los hechos y haciendo uso de posiciones doctrinarias retrógradas respecto de los delitos sexuales, el colegiado impuso al acusado cuatro años de pena privativa de libertad condicional y fijó en quinientos soles el pago de la reparación civil en favor del agraviado. Pese que el Fiscal Superior en su acusación escrita, solicitó se imponga al procesado la pena privativa de libertad de veinticinco años, no interpuso recurso de nulidad. Tal proceder del defensor de la legalidad, hizo imposible que nuestra Corte Suprema se pronuncie sobre el interesante hecho instruido.

2.2.6. El Consentimiento en las Relaciones Sexuales.

El 5 de abril de 2006 se publicó la Ley 28704, norma que modificó el tipo penal de Violación Sexual de Menor de edad de 14 años (artículo 173), ampliando su ámbito de protección a las personas que tenían entre los 14 y menos de 18 años de edad. Con la puesta en vigencia de esta norma, toda relación sexual con una persona menor de 18 años constituía delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no, aplicándosele una pena entre 25 y 30 años.

DEMUS manifiesta su preocupación frente al fenómeno de violencia sexual y exige al Estado Peruano que tome las medidas necesarias para que este flagelo desaparezca en el país. Sin embargo alerta al público en general de las consecuencias que una norma como la mencionada podría tener en la vida concreta de las y los adolescentes.

Al penalizar las relaciones sexuales de los adolescentes sin importar el consentimiento, el Estado elevaba la edad mínima para el consentimiento sexual a la mayoría de edad, es decir dieciocho años.

Recordemos que más de la mitad de adolescentes en el mundo ha tenido relaciones sexuales antes de los 16 años. En el Perú, la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2000 (ENDES 2000) ha establecido que la edad mediana en la que se da la primera relación sexual de las mujeres de 20 a 49 años es a los 19 años, sin embargo esta edad baja a los 17 años cuando son mujeres sin educación o con instrucción primaria. De otro lado, existen estudios que señalan que el inicio de la vida sexual es de 13 a 14 años en varones y a los 15 años en mujeres. Actualmente el 10,3% de los adolescentes está unido o casado y el 11,5% es sexualmente activo, esto quiere decir que han tenido relaciones sexuales en las últimas 4 semanas.

La Ley N°28704 criminalizaba todas estas relaciones sexuales. Si es que ambas personas son adolescentes se convertirán en “infractores”, es decir, se verán involucrados en un proceso judicial ante un juzgado de Familia que puede determinar su internamiento en Maranga o en el Hermelinda Carrera; si es que nos encontramos ante una pareja conformada por una persona de 17 y otra de 20, esta última será

sometida a un proceso judicial penal, cuyo objetivo será sancionarla por lo menos a 25 años de cárcel.

El problema de la violencia sexual contra menores consta de causas y factores que escapan a la legislación, y que están más vinculadas a la salud, educación, situación de inseguridad y pobreza de la población. Evidentemente en las relaciones sexuales entre personas adultas y personas adolescentes existe el riesgo de un abuso de poder y de la coacción, sin embargo son éstos los que deben investigarse y sancionarse. No basta con emitir una norma que de manera simplista termina desconociendo a los sujetos que pretende proteger.

Según UNICEF actualmente existen diferencias en distintos países de la edad de libre consentimiento para tener una relación heterosexual; en algunas partes de los EE.UU. o en Egipto, y ahora en el Perú la edad es de 18 años; en Irlanda del norte, 17; en Namibia, 16; en Suecia, 15; en Canadá, 14; en Corea, 13; y en México, 12. Si bien no hay un lineamiento internacional para esta edad, existe una preocupación de la C.D.N porque se proteja a todos los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual.

En el Perú es evidente el problema de justiciabilidad e impunidad en casos de violencia sexual. Sin embargo, mayores penas o aumentar la edad para el consentimiento sexual no necesariamente son la solución.

El sector que estaba en contra de la promulgación de la Ley de Consentimiento Sexual han centrado sus planteamientos en tres vertientes:

- El aumento del número de adolescentes violadas y el incremento de la maternidad infantil en niñas de 14 y 15 años.
- Los menores de edad no tienen capacidad de decisión.
- Las leyes deben evitar los actos negativos o dañinos.

Con respecto al **Primer Argumento**, los opositores a la promulgación de esta Ley se basan, en que el año 2005 hubo 350,000 madres adolescentes, muchas de las cuales habrían sido madres producto de una violación. Además, mencionan que las

adolescentes no están listas para dar su consentimiento y no pueden decidir correctamente porque aún están en desarrollo. Por otro lado, algunos opositores a la norma reconocían que efectivamente los jóvenes inician su vida sexual a los 12 o 13 años (como por ejemplo ocurre en la selva), pero sostienen que las relaciones sexuales de los menores de edad son tan negativas como el robo o la drogadicción y, por lo tanto, deben ser sancionados.⁴⁰

Para analizar dichos planteamientos debemos respaldarnos en datos concretos, objetivos, y no en meras suposiciones ni especulaciones. En ese sentido, uno de los pocos estudios que ha abordado el tema a nivel nacional es la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (Endes)⁴¹. De las 2,470 adolescentes encuestadas el año 2005, 90% no tiene hijos y el 10% tiene un hijo. Debemos señalar que, según la encuesta Endes, cuando hablamos de adolescentes nos referimos a mujeres que tienen entre 15 y 19 años.

Al analizar los resultados por edades, encontramos que el año 1996, el 2.6% de adolescentes embarazadas tenía 15 años, porcentaje que se redujo a 1.5% el año 2005. Sin embargo, observamos un crecimiento en la tasa de embarazo entre los 16 y 18 años. Según los datos de la misma encuesta, el año 2005 6% de adolescentes embarazadas tenía 16 años, 11% tenía 17 años y 21% tenía 18 años edad. Es decir, el aumento del embarazo adolescente coincide con el intervalo de 16 a 18 años, que es la edad en que los adolescentes pueden casarse si cuentan con el permiso de los padres. Como vemos, no es cierto que la legalización de las relaciones sexuales consentidas con menores de edad produzca un aumento alarmante de la maternidad en niñas de 14 o 15 años, los datos muestran que la tendencia es decreciente y que el aumento se da principalmente entre los 16 y 18 años.⁴²

El segundo argumento planteado por los que se oponían a la Ley de Consentimiento Sexual se refiere a la incapacidad de decisión de los adolescentes porque pueden ceder fácilmente a la presión de los adultos. Este punto ciertamente es polémico y

⁴⁰www.ordelise.org

⁴¹www.ordelise.org

⁴²www.ordelise.org

quiénes deberían tomar la decisión son los padres de familia, más que los adolescentes. No olvidemos que entre los 14 y 18 años los adolescentes están bajo la tutela sus padres.

Estamos tan acostumbrados a reclamarle al Estado que asuma su papel de protector de los niños y adolescentes, pero nos olvidamos que este rol le corresponde a los padres de familia más que al Estado o la sociedad. Es un error común en que caen frecuentemente las organizaciones dedicadas a trabajar por los niños: transfieren la responsabilidad de los padres al Estado y la sociedad, y al final lo que tenemos son prohibiciones y castigos, pero pocas veces soluciones efectivas.

Por todo ello, los padres deben tener la posibilidad de elegir si consienten que sus hijos tengan relaciones sexuales antes de cumplir la mayoría de edad. Coincidimos en que muchas veces los adolescentes no están listos por diversas razones y por ello son los padres quienes deben decidir y dar su visto bueno o no. Pero el tema no es tan simple porque además de la decisión paterna a favor o en contra, un hecho que se sigue pasando por alto es la carencia de programas nacionales de formación y orientación sexual para que los adolescentes sepan cómo encaminar su vida sexual.

Decimos que los casos de violación infantil están sobre dimensionados porque si nos guiamos por la cobertura de los medios informativos pensaríamos que se trata de un problema generalizado o de salud pública, no es casual que se hable de los familiares varones como violadores potenciales; sin embargo, cuando revisamos las estadísticas oficiales vemos que más bien se trata de un problema mal enfocado: los violadores no suelen miembros de la familia, sino personas ajenas a ésta. De acuerdo con el Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú del año 2003, en la ciudad de Lima, de los 2,164 casos de violación sexual, 1,839 fueron cometidos por personas ajenas a la familia; en el año 2004, de 2,312 casos, 1,789 fueron perpetrados por personas fuera del entorno familiar y el año 2005, de 2,549 denuncias, en 1,669 de ellas, los responsables no fueron miembros de la familia.⁴³

Con relación a la violación de niñas menores de edad, según el Anuario Estadístico de la PNP. el año 2003 se registró 1,063 denuncias de violación a adolescentes que

⁴³www.ordelise.org

tenían entre 14 y 17 años, el año 2004 esta cifra descendió a 938. Si bien es cierto este delito está tipificado en el Código Penal, no es un problema generalizado ni está en aumento; por el contrario, los datos muestran que en los dos últimos años hubo una reducción de 12% en los casos de violación sexual de niñas que tenían entre 14 y 17 años.⁴⁴

Sin embargo, éste no es el tema más importante en lo que se refiere a la vida sexual de los menores de edad sino la carencia de un servicio público de orientación sexual dirigido a jóvenes y adolescentes. El servicio de orientación y consejería disponible en los hospitales y postas del Ministerio de Salud y del Seguro Social son insuficientes para atender la gran demanda social. Además, el servicio de consulta brindado por INPPARES tiene una cobertura muy limitada porque se trata de una iniciativa del sector privado, con un costo de atención que muchas veces está lejos del alcance de la mayoría de las familias peruanas.

Por todo ello consideramos que la solución al problema pasa por la creación de un programa nacional impulsado por las direcciones de educación y salud de los gobiernos regionales, en coordinación con los gobiernos locales. De esta forma los jóvenes contarán con Centros Regionales de Asesoramiento Sexual (CRAS), los cuales darán orientación y guía sexual, de forma gratuita al inicio, y luego a través de un pago casi simbólico, asequible a la mayoría de la población. Asimismo, estos centros ofrecerán apoyo a los colegios nacionales a través de charlas de orientación sexual, lo cual les permitirá llegar a los padres de familia. Además, los Centros Regionales de Asesoramiento Sexual (CRAS) trabajarán para reducir el desconocimiento en materia de Educación Sexual, a fin de disminuir el número de madres adolescentes y los casos de enfermedades y disfunciones sexuales entre los jóvenes.

El enfoque integrador y multisectorial permitirá que los Centros Regionales de Asesoramiento Sexual (CRAS) articulen los esfuerzos y escasos recursos del Estado (tan palpable en los sectores educación y salud) y propiciará la cooperación con el sector privado. El impacto de estos centros podremos medirlos por la reducción de la

⁴⁴www.ordelise.org

tasa de embarazo adolescente y abortos, así como de enfermedades de transmisión sexual y disfunciones sexuales. La Organización por la Defensa de la Libertad Sexual (ORDELISE) presentará su propuesta de Centros Regionales de Asesoramiento Sexual (CRAS) a los gobiernos regionales y locales, así como a diversas instancias públicas, a fin de contar con alternativas de solución viables que permitan hacer frente a los problemas generados por la ignorancia casi absoluta que tienen los jóvenes sobre la Educación Sexual.

2.3. Edad, Consentimiento y Libertad Sexual.

La referencia a la libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de violación sexual es claramente insuficiente, dado que no marca ninguna especificidad o característica peculiar en cuanto al objeto de tutela de los demás tipos delictivos, al menos los cercanos al art. 170. Debe agregarse que en este tipo base se tutela la libertad sexual de las personas que gozan de un mínimo de discernimiento o han desarrollado una mínima conciencia del contenido y ejercicio de su sexualidad, y que el legislador actual ha establecido como línea demarcatoria los catorce (14) años de edad. No se tutela directamente la sexualidad de los menores de edad, dado que para ellos existe el art. 173, ni el abuso sexual de persona incapaz o en incapacidad de resistir (art. 172), como tampoco la sexualidad de las personas que han sido puestas deliberadamente en estado de inconsciencia (art. 171).

El ejercicio de la sexualidad es por regío, libre y solo encuentra limitaciones excepcionales, las cuales se basan fundamentalmente en una especial protección en que repara en una determinada etapa del desarrollo personal [la edad], en ciertas condiciones psíquicas o físicas [grave alteración de la conciencia o anomalía psíquica] o en una determinada situación de dependencia, autoridad o vigilancia de la víctima.

Las relaciones sexuales que practican las personas adultas -mayores de dieciocho años, según nuestra legislación- no se encuentran sometidas a restricciones o a prohibiciones que no sean las establecidas por la ley penal y en la medida en que no se desarrollen o desplieguen determinados comportamientos típicos como la violencia, la grave amenaza, el abuso o el engaño. Ello se basa en la consideración de que el Derecho penal no tiene por qué intervenir cuando la persona -luego de adquirir una mínima conciencia y discernimiento respecto al ejercicio de su sexualidad- ha decidido

desarrollar uno de los ámbitos más importantes de su personalidad y de su vida en relación como es la sexualidad. El ordenamiento jurídico -y en especial el Derecho punitivo- no debe bloquear ni obstaculizar el ejercicio libre, consciente y responsable de uno de los sectores nucleares más importantes de la dignidad del ser humano y que a la vez constituye una de las expresiones más significativas de su vida personal, pues de otra forma más que fomentar y ampliar las cuotas de libertad y las diversas posibilidades de comportamiento se terminarían restringiendo de manera drástica los contextos de decisión y desarrollo personal sin justificación racional de alguna clase. El Derecho penal de ser "un ordenamiento en y de libertad" pasaría a constituir un mecanismo autoritario de opresión que obstaculiza el libre ejercicio y desarrollo de la personalidad. Aquí queda claro y en evidencia la profunda relación entre la libertad sexual en su vertiente positiva y la exigencia constitucional del respeto de la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad. Se cumple así con el principio de fragmentariedad que es a su vez una expresión del principio de intervención mínima.

La Ley N° 28704 del 13 de marzo del 2006⁴⁵, considero que las personas a partir de los dieciocho años solo deben recibir la protección de su libertad sexual respecto a los ataques que signifiquen el empleo de la violencia, la amenaza o el engaño, salvo que se trate de individuos que padecen de alguna enfermedad mental, se encuentren en imposibilidad de resistir y se abuse de ellos. El inicio del libre ejercicio de la sexualidad -según nuestra legislación- se da a partir de los dieciocho (18) años, (edad luego de la cual la persona puede ejercitar de la manera más libre, espontánea y abierta posible la esfera de su personalidad que concierne al campo sexual, sin más limitaciones que sus propias decisiones, el respeto a la libertad ajena y las prohibiciones que derivan de las normas jurídicas). Se estima que desde esta edad las personas se encuentran en condiciones de decidir sobre su sexualidad ejerciendo plenamente su derecho a elegir con quién relacionarse, optando el tipo o clase de comportamiento que crean conveniente realizar como el tiempo y la ocasión para llevarlo a cabo. Luego de los dieciocho años solo se castiga el acto sexual u otro análogo, o el contacto corporal de naturaleza sexual, que se practica empleando violencia o grave amenaza (art. 170),

⁴⁵ Ley N°28704. Obtenido en <http://badaj.org.2015/wp-content/uploads/2014/07/agregar%2028704.pdf>

colocando a la víctima en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir [art. 171] o mediando engaño grave si es que la víctima se encuentra comprendida entre los catorce y dieciocho años [art. 175]. Ha de quedar claro que salvo el castigo y prohibición de estos supuestos excepcionales el ejercicio de la sexualidad es plenamente libre.

Anteriormente la Ley 28251 del 08 de junio del 2004 que después fue modificada con la Ley N° 28704 del 05 de abril del 2006, consideraba el libre ejercicio de la sexualidad, que abarca la elección del cuándo, el cómo y el con quién de la relación, que no coincidía con la obtención de la mayoría de edad [dieciocho años], puesto que la ley anterior a la última modificatoria consideraba que puede darse mucho antes. Si se toman en cuenta las prohibiciones de aquella ley penal el derecho al ejercicio libre de la sexualidad se obtiene antes que la adquisición de los derechos políticos o la misma condición de imputable. La diferencia antes de la última modificatoria con la Ley N° 28251 del 08 de junio del 2004, con aquella legislación, era en cuanto a los límites de la edad para el comienzo del ejercicio de la sexualidad (14 años) respecto al inicio de la imputabilidad penal (18 años), tenía su explicación no en un capricho y arbitrariedad del legislador, sino en la distinta naturaleza y finalidad de dichos límites: mientras los catorce años suponen la adquisición por parte de la persona de la posibilidad de ejercer sin mayores limitaciones su sexualidad, hecho que implica el fomento del libre desarrollo de su personalidad y la expansión de las manifestaciones de su vida y libertad personal y el respeto a la dignidad de la persona humana, los dieciocho años -como el límite mínimo de la imputabilidad penal- suponen el inicio de la responsabilidad penal y la asunción por parte de la persona de las consecuencia jurídicas más graves cuando infrinja la ley penal. Mientras que para el inicio del ejercicio libre de la sexualidad se requieren unas condiciones mínimas de discernimiento y comprensión del acto y/o comportamiento sexual -y que para la ley se adquieren con el solo cumplimiento de una edad [los catorce años]-, el inicio de la imputabilidad y consecuentemente de la responsabilidad penal exige mayores condiciones y aptitudes tanto de desarrollo personal como de comprensión del acto[s] que se ejecuta, pues mientras una corre en beneficio del individuo al fomentar su existencia en libertad, la otra le perjudica imponiéndole una serie de cargas y gravámenes por infringir las normas penales.

Cuando hablamos de libertad sexual, también tenemos que referirnos al acceso carnal: se entiende a la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona,

no siendo necesario para su consumación que la penetración sea total o que se produzca la eyaculación.⁴⁶

Si bien los delitos contra la libertad sexual se pueden clasificar según las modalidades típicas de la conducta que se utiliza, ya sea a través de la violencia, grave amenaza, abuso o engaño, es posible optar también por una taxonomía y clasificación legal que tenga en cuenta esta vez el consentimiento y la voluntad de la víctima.

-En primer lugar, se alude a las conductas que se realizan venciendo la voluntad del sujeto pasivo que opone alguna clase de resistencia. El caso más característico que se puede subsumir aquí es el de la violación sexual simple (Art. 170) y el de los actos contrarios al pudor violentos (art. 176 primer párrafo).

-En segundo lugar, se tiene a las conductas sexuales que se realizan sin el consentimiento de la víctima o las que se ejecutan sin dar a la víctima la oportunidad de manifestar su voluntad. En estos casos no hay resistencia de la víctima ni vicio de consentimiento, sino que simplemente falta el consentimiento o el acto sexual se realiza sin dar a la víctima la posibilidad de plegar su voluntad. Los casos de esta índole en nuestra legislación son la imposibilidad de resistir y el estado de inconsciencia; o en suma, los supuestos recogidos en la violación insidiosa [art. 171]* y la incapacidad de resistir [art. 172].

-En tercer lugar, se incorporan los comportamientos en los que existe un consentimiento viciado de la víctima, el cual es posible que se deba a un abuso de una posición de superioridad en la modalidad de autoridad, dependencia o vigilancia [art. 174] o a un engaño grave o bastante [art. 175].

-En cuarto lugar, se incorporan los casos de consentimiento inválido de la víctima en la medida en que se estima que ella carece de la capacidad para comprender el significado de su acto y de determinarse conforme a dicha comprensión; de tal manera que el sujeto pasivo carece de la capacidad y de los requisitos y condiciones elementales para ejercer su libertad sexual. La invalidez del consentimiento viene determinada en nuestra legislación tanto por los casos de la minoría de edad que se fija

⁴⁶DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, 2da Edición –Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 59.

en los dieciocho [18] años [art. 173 Código Penal Peruano], límite luego del cual puede ejercitarse y disponerse sin mayor inconveniente de la sexualidad, como por los casos de incapacidad psíquica; anomalía psíquica, retardo mental o la grave alteración de la conciencia [art. 172 Código Penal Peruano].

CAPÍTULO III

ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTRAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

3.1. Legislación argentina.

La edad de consentimiento en Argentina es de 13 años (Código Penal Argentino, Artículo 119)⁴⁷, si bien existen algunas restricciones para el sexo con adolescentes entre las edades de 13 y 16 años (Código Penal Argentino, Artículo 120). En cualquier caso, los cargos pueden ser imputados luego de una queja por parte del menor, su padre o tutor - (Código Penal Argentino, Artículo 72) (sin embargo, el Estado procede cuando el menor no tiene padres o tutores legales o cuando el agresor es uno de ellos).

Las restricciones mencionadas anteriormente (para edades comprendidas entre los 13 y 16 años) aplican siempre y cuando alguien mayor de 18 años, aprovechándose de la inmadurez sexual del menor o de su propia superioridad (*preeminencia*) respecto del menor, practica cualquiera de los siguientes actos:

- Crea una situación abusiva de la sumisión sexual seriamente “indignante” al menor de edad, continuamente o circunstancialmente (Artículo 120 combinado con el Artículo 119, 2do párrafo);
- O cuando cualquier clase de sexo (*acceso carnal*) es obtenido mediante violencia, amenaza, coerción abusiva, o acoso en una relación de dependencia, autoridad o poder, o aprovechando el hecho de que el menor, por cualquier motivo, no puede libremente dar su consentimiento

(Código Penal Argentino, Artículo 120 combinado con el Artículo 119, 1er y 3er párrafo).

Existe otra Ley Argentina, 'Corrupción de Menores', por la que se pueden levantar cargos contra quienes manipulan a menores de 18 años para obtener relaciones

⁴⁷Código Penal Argentino

sexuales - (Código Penal Argentino, Artículo 125). Las penas son agravadas en tres situaciones:

- (a) Si el menor tiene menos de 13 años;
- (b) Cuando la relación sexual se da mediante el engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o por cualquier otro medio de intimidación o coerción, así como en los casos en que el agresor es un padre o tutor legal, hermano/hermana, esposo(a), o alguien que es un compañero constante o encargado de la educación o cuidado del menor; o
- (c) Cuando el agresor se aprovecha de haber sido un compañero anterior del menor, para violar cualquiera de las restricciones ya antes mencionadas para las edades comprendidas entre 13 y 16 años (Código Penal Argentino, Artículo 119, 4to párrafo, sección "f").

3.2. Legislación Boliviana.

La edad de consentimiento en Bolivia se fija en la pubertad, de acuerdo al Artículo 308 del Código Penal Boliviano⁴⁸, que dice: "Si la *violación* es de un menor que no ha alcanzado la pubertad, el acto será penado con diez a veinte años de prisión". Este artículo sólo se refiere al "acceso carnal", mientras que el artículo 312 cubre todos los otros actos libidinosos no encuadrados como "acceso carnal", que se castigan con entre uno y tres años de prisión.

Existe también un crimen llamado *estupro* (artículo 309), que ocurre cuando se dan relaciones consentidas obtenidas mediante la seducción o el engaño con una mujer adolescente, definida como "una mujer que ha alcanzado la pubertad y es menor de diecisiete años".

Tanto la *violación* como el *estupro* se consideran calificados (artículo 310) y se castigan con un tercio adicional de la pena cuando:

- (a) existe un serio daño a la salud de la víctima;

⁴⁸Código Penal Boliviano

- (b) el agresor es un padre, hijo, hermano, medio hermano, padrastro o madrastra, o está a cargo de la educación o custodia de la víctima;
- (c) los agresores son múltiples.

Por último, el crimen de "corrupción de menores" (artículo 318) se aplica a quienes que manipulan a una persona menor de 17 años para que realice actos sexuales, con una pena de uno a cinco años en prisión, agravada (artículo 319) de 1 a 6 años cuando: (a) la víctima es menor de 12 años; (b) el crimen persigue lucro; (c) existió engaño, violencia o cualquier otra forma de acoso o coerción; (d) la víctima es débil mental o minusválida; (e) el acusado es su cónyuge, padre, hermano, tutor legal, docente o acompañante de la víctima.

3.3. Legislación Chilena.

En Chile, el consentimiento de una persona para tener relaciones sexuales, es generalmente válido desde los 12 años (Artículo 361, párrafo 3, del Código Penal Chileno)⁴⁹, excepto cuando mediare engaño (Artículo 363). Bajo esta edad, el consentimiento de una persona menor de 12 años no es relevante para el ordenamiento jurídico chileno. En consecuencia la persona adulta, es decir de 18 o más años, que tiene una relación sexual con un niño de 11 o menos años, aunque el consienta en tener la relación sexual, comete el delito de violación.

Así, el sexo sin consentimiento (cuando mediare "fuerza o intimidación") con cualquier persona mayor de 12 años queda comprendido en la legislación sobre violación, Artículo 361 (párrafo 1); mientras que cualquier contacto sexual con una persona de menos de 12 años de edad se considera en la legislación de abuso sexual infantil, Artículo 361 (párrafo 3).

También existe en el Código Penal Chileno una figura legal llamada *estupro*. Esta figura establece algunas restricciones a los contactos sexuales con adolescentes mayores de 12 años y menores de 18. La legislación sobre el estupro (Artículo 363)

⁴⁹Código Penal Chileno

define que el sexo con un adolescente de esa edad puede ser declarado ilegal incluso si el menor consintió a la relación, cuando mediare engaño.

Los actos sexuales regulados por los Artículos 361, párrafos 1 y 2 (*violación*), 361 párrafo 3 (*violación infantil*), 363 (*estupro*), 364 (*incesto*), 365 (*sodomía*) y 366 (*abuso deshonesto de adolescentes*) se definen como "acceso carnal", lo que significa relaciones orales, anales o vaginales.

Otros artículos del código penal regulan otras interacciones sexuales (Artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter, 366 cuarto). El Artículo 365 bis, regula la " introducción de objetos" ya sea en el ano, la vagina o la boca. El Artículo 366 bis, define el "acto sexual" como cualquier acto relevante con sentido sexual realizado mediante el contacto físico con la víctima, o que afecte sus genitales, ano o boca, incluso cuando no haya existido contacto físico.

El Artículo 369, indica que sólo pueden levantarse cargos relacionados con cualquier de estas ofensas (Artículos 361 a 365) tras una queja del menor, sus padres, tutor o representante legal. Sin embargo, específicamente si la parte ofendida no puede presentar la queja libremente y si carece de un representante legal, padre autor, o si el representante legal, padre o tutor está involucrado en el crimen, el Ministerio Público puede actuar directamente.

3.4. Legislación Colombiana.

La edad de consentimiento en Colombia es de **14** años, según el Artículo 208 del Código Penal Colombiano⁵⁰ - Ley 599 de 2000 (fuente), que dice: "*Artículo 208 – 'Acceso carnal' abusivo de menores de 14 años – Aquel que tenga acceso carnal con una persona menor de 14 años de edad, será encerrado en prisión por 4 (cuatro) a 8 (ocho) años*". La definición de "*acceso carnal*" se da más adelante en el Artículo 212, y se refiere básicamente al sexo vaginal, anal u oral, pero incluye también la penetración de la vagina o el ano por otras partes del cuerpo humano o por un objeto.

⁵⁰Código Penal Colombiano.

Además, el Artículo 209, hace referencia a actos sexuales con menores de 14 años, distintos del "acceso carnal" anteriormente mencionado, así como de actos sexuales presenciados por el menor. Por último, cubre también el acto de alguien que induce a un menor a prácticas sexuales. La pena prevista por este artículo va de 3 a 5 años de prisión.

El Artículo 211 detalla las circunstancias en las que las penas resultan agravadas, con un tercio y hasta un medio de condena adicional, para cualquiera de los artículos anteriores:

- (a) si los agresores son múltiples;
- (b) si el agresor se encuentra en una posición de autoridad respecto de la víctima o aprovecha una condición de confianza;
- (c) si se contagia una enfermedad de transmisión sexual;
- (d) si la víctima es menor de 12 años;
- (e) si el agresor es cónyuge de la víctima, o si viven juntos, o si el agresor y la víctima tuvieron juntos un hijo;
- (f) si el acto resulta en un embarazo.

3.5. Legislación Ecuatoriana

La edad de consentimiento en Ecuador es de 14 años, tanto para los actos heterosexuales como homosexuales, según se define en el Código Penal Ecuatoriano⁵¹, Artículo 512, ítem 1, para el crimen de violación de menores, y también según el artículo 506 para el crimen de *atentado contra el pudor* sin violencia o amenaza.

También existe una cláusula sobre la corrupción de menores (Artículos 509 y 510 del Código Penal), para un crimen llamado "*estupro*", que se aplica específicamente cuando el consentimiento a las relaciones sexuales con mujeres adolescentes de entre 14 y 18 años se obtiene por medio de la seducción o el engaño. La adolescente,

⁵¹Código Penal Ecuatoriano

sin embargo, debe cumplir con la definición de "mujer honesta" para que resulte un crimen.

Más aún, el Código de Minoridad y Adolescencia de 2003, en su Artículo 68, amplió la definición de abuso sexual de menores para incorporar cualquier contacto físico o sugerencia de naturaleza sexual obtenida mediante la seducción, chantaje, acoso, engaño, amenaza o medidas similares.

3.6. Legislación Española

La edad de consentimiento en España es **12**, tal y como lo especifica el Código Penal de España⁵², Artículos 181(2) y 183 por lo que a partir de los 13 años se puede tener relaciones sexuales en España.

⁵²Código Penal Español

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LAS SALAS PENALES, DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Y DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA CON LOS OPERADORES JURÍDICOS DEL DERECHO Y LA CIUDADANÍA DEL DISTRITO DE JOSE LEONARDO ORTIZ

La vigencia de la ley N° 28704 que modificó el artículo 173 del Código Penal y que desconocía la realidad nacional que señalaba que en las regiones de la selva o ceja de selva, la iniciación de la actividad sexual en los menores de edad es a partir de los 14 años⁵³, generaba graves problemas, como los siguientes:

- Los y las adolescentes sentirán temor de acudir a los establecimientos de salud públicos para atenderse durante el embarazo y/o parto o para buscar información en los servicios.
- Se observarán graves retrocesos en los esfuerzos que viene haciendo el sector salud para institucionalizar la atención del embarazo y parto de las adolescentes, para disminuir la mortalidad materna y para prevenir embarazos no deseados, las ITS y el VIH-Sida en este grupo de edad.
- El estado descuidará su responsabilidad de brindar educación sexual integral y acceso a servicios e insumos a los y las adolescentes en cuanto calidad y de manera oportuna.
- Se recargará innecesariamente el trabajo de los proveedores de salud de los establecimientos públicos pues en vez de dedicarse a su labor actuarán como cuidadores o jueces, función que nos les compete.
- Absurdamente, los servicios que brindan información y educación sexual a los y las adolescente menores de 18 años se convertirán en ilegales.

Sin embargo, a través de los acuerdos adoptados en los Plenos Jurisdiccionales de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, se buscó revertir esta situación como se explica a continuación:

⁵³ Encuesta confidencial realizada para la Línea de Base del “Proyecto Ser Jóvenes” ejecutado por el Movimiento Manuela ramos. En: MOVIMIENTO MANUELA RAMOS; Proyecto Ser Jóvenes: ayudando a mejorar la salud sexual y reproductiva de adolescentes y jóvenes rurales 2006-2009. Movimiento Manuela ramos; Lima, 2008, pag. 7.

4.1. Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

Con fecha 16 de noviembre de 2007, los Vocales integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron establecer como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116⁵⁴, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena.

En los fundamentos jurídicos nueve al doce del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, los Magistrados señalaron que el tratamiento penal que establecía el artículo 173, inciso 3), del Código Penal, era abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta, de modo que debía atenuarse la pena en ese caso hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179 A del Código que regulaban conductas semejantes; asimismo, manifestaron que conforme a lo dispuesto en los artículos 44, 46 y 241 del Código Civil, cuando la relación sexual era voluntaria y el agraviado tenía entre dieciséis y dieciocho años de edad, era aplicable el artículo 20, inciso 10), del Código Penal, que regulaba la institución del consentimiento, puesto que conforme al análisis realizado, los referidos adolescentes tenían libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil los autorizaba a contraer matrimonio civil; en tanto que si la relación sexual era voluntaria y el agraviado tenía entre catorce y dieciséis años de edad, se aplicaría una pena acorde con lo previsto en los artículos 175 y 179 A del Código Penal.

Al respecto, considero que dicho precedente vinculante era acorde con la presencia del consentimiento sexual, puesto que excluye la tipicidad de la conducta del sujeto activo, ya que evidentemente ha de tratarse de un consentimiento otorgado respecto de un bien jurídico del que puede disponer la persona que consciente, es decir que dicha disponibilidad al derecho al libre desarrollo de la personalidad no constituye delito porque se da el consentimiento del adolescente. De este modo su aplicación en la práctica si se sanciona como delito, provocará que cualquier delito contra la libertad

⁵⁴ Acuerdo Plenario N°07-2007/CJ-116. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/98ff10804075ba3cb6aff699ab657107/acuerdo_plenario_0720_07_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=98ff10804075ba3cb6aff699ab657107

sexual cometido contra adolescentes que tengan entre 14 y 16 años de edad sea considerado violación de menores pero debe el juzgador tomar en cuenta el vínculo sentimental y en caso sea necesario el interés superior del niño.

4.2. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116.

Con fecha 18 de julio de 2008, los Vocales integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron establecer como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116⁵⁵.

En los fundamentos jurídicos seis a doce del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, los Magistrados señalaron que el artículo 173, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704, establecían como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctuara entre catorce y dieciocho años, incluso criminalizaba la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento; sin embargo, existía objetiva contradicción entre los artículos 44, 46 y 241 del Código Civil y el artículo 173, inciso 3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal, como los artículos 175 y 176, por lo que debía aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto en el artículo 139, inciso 11, de la Constitución Política.

En ese sentido, manifestaron que en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refería el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, debía ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad, por lo que se dejaba sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo era menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

⁵⁵ Acuerdo Plenario N°04-2008/CJ-116.Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e3e83c004075b9dab64ff699ab657107/Acuerto+Plenario+4-2008+.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e3e83c004075b9dab64ff699ab657107>

Al respecto, considero que dicho acuerdo plenario como fuente del derecho penal, se justificaba pues al existir el consentimiento sexual del menor de edad, se dejaría de lado la responsabilidad del agente dado que al existir el consentimiento eficaz, se excluía en todos los casos la adecuación típica, pues en tales supuestos los bienes jurídicos están a disposición de su titular y, dado su acuerdo para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación.

4.3 Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116.

Con fecha 26 de marzo de 2012, los Jueces Supremos integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo del Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116⁵⁶.

En los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo del Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116, los Magistrados señalaron que la construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 del Código Penal, habían sido objeto de modificaciones; en el caso concreto del artículo 173, se había producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que habían derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según la Ley 28251) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores etéreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos; en consecuencia, lo que existía era una norma que había quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encaja con comodidad el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar.

En ese sentido, los Magistrados señalaron que para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto del entonces inciso 3 del artículo 173 del CP, el legislador

⁵⁶Acuerdo Plenario N°01-2012/CJ-116. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c815ff004075b4ddb3f3f399ab657107/Acuerdo%2BPlenario%2BN%C2%BA%2B01-2012-CJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c815ff004075b4ddb3f3f399ab657107>

tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica-amenaza), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173; o en todo caso reponer el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 del Código Penal, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (reestableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto del indicado artículo.

Sin embargo, en tanto el Congreso de la República no modificara el entonces artículo 170 del Código Penal, los señores Magistrados concluyeron que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, era el artículo 170 del Código Penal, y según los hechos concretos correspondería en su caso la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del Código Penal o 176-A.3 CP, como fuera pertinente.

Al respecto, considero adecuada la interpretación establecida en el Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116, pues en la práctica cualquier delito contra la libertad sexual cometido contra adolescentes que tengan entre 14 y 18 años de edad, será considerado violación de menores, ya que se reconoce su derecho a su indemnidad sexual y por tanto se debe castigar con todo el peso de la ley al agente que comete este ilícito penal.

Evidentemente en las relaciones sexuales entre personas adultas y personas adolescentes existe el riesgo de un abuso de poder y de la coacción, sin embargo son éstos los que deben investigarse y sancionarse.

4.4. Análisis del artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por Ley N°28704, respecto a su inconstitucionalidad.

Con fecha 12 de diciembre del 2012, el Tribunal Constitucional emitió Sentencia del Pleno Jurisdiccional respecto de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1 de la Ley N° 28704 que modificaba el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad (Exp. N°00008-2012-PI/TC)⁵⁷; declarando

⁵⁷Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N°00008-2012-PI/TC. Obtenido en <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/declaran-fundada-demanda-de-inconstitucionalidad-interpuesta-sentencia-expediente-n-00008-2012-pitc-892596-1>

fundada la referida demanda de inconstitucionalidad por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18 años; y en consecuencia, inconstitucional el artículo 173 inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N°28704; en ese sentido, el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República que legisle de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, todos aquellos casos que comprometan los derechos fundamentales de los menores de edad y se encuentren contenidos en el capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal.

El Tribunal Constitucional señaló que eran dos los sentidos interpretativos que se le podía atribuir al artículo 173, inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704; el primero, que reflejaba la voluntad del legislador penal, que denominan sentido interpretativo 1 (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*); y el segundo sentido interpretativo, propuesto por el demandado, recogiendo acuerdos plenarios de la jurisdicción penal, que denominan sentido interpretativo 2 (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*).

El Tribunal Constitucional sometió al examen de constitucionalidad el sentido interpretativo 1 del artículo 173, inciso 3), del Código Penal, en cuanto protege la indemnidad sexual de los menores de 14 años y menos de 18, y hacía irrelevante su consentimiento; por lo que luego de aplicar el principio de proporcionalidad penal, concluyó que el mismo no superaba el examen de necesidad, ni el examen de proporcionalidad en estricto, pues consideraba que se había intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, por lo que resultaba incompatible con la Constitución.

Asimismo, respecto del sentido interpretativo 2 del artículo 173, inciso 3), del Código Penal (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en*

cuyo caso se exime de responsabilidad al autor), el Tribunal Constitucional consideró que no podía asumir como constitucional dicha interpretación, pues desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en lugar de indemnidad sexual) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

Por ello el Tribunal Constitucional consideró que debía declararse la inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18.

Considero que efectivamente la Ley N°28704 que modificaba el artículo 173 del Código Penal, era inconstitucional puesto que lesionaba los derechos de los adolescentes, ya que su libertad sexual estaba siendo restringida al no considerar el consentimiento válido de los menores de edad, por ello el máximo intérprete de la Constitución declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad al haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad de entre 14 y menos de 18 años.

Debemos señalar que luego de entrar en vigencia la Ley N° 28704, si una pareja de jóvenes tenían una relación sexual consentida y el padre de alguno denunciaba violación, el acusado podía ser condenado a 25 años de prisión. Siendo así la mitad de los jóvenes del Perú podrían ser condenados.

El artículo 173 inciso 3 del C.P., se tornaba inconstitucional, porque su contenido era incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes, entre ellos afectaba el libre desarrollo de su personalidad. Es por ello que el máximo intérprete de la Constitución declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad al haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad de entre 14 y menos de 18 años.

A nuestro criterio la Ley N°28704 que modificó el artículo 173 inc.3, era cuestionable porque estaba en contra de la indemnidad sexual de los adolescentes. Con respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, el cual garantiza una libertad general de

actuación del ser humano con relación a cada esfera de desarrollo de la personalidad, es decir, de espacios de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, es la libertad sexual. Las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este aspecto forma parte de su esfera más íntima. Se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad. La libertad sexual se entiende como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad.

En cuanto a la titularidad de la libertad sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin duda la tienen los mayores de 18 años. Sin embargo, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad, también pueden ser titulares del respectivo derecho.

Con respecto a identificar la restricción al derecho fundamental, el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, sancionaba a todo aquel que tenga relaciones sexuales con adolescentes cuya edad oscilaba entre los 14 y menos de 18 años, independientemente que manifiesten su consentimiento. Teniendo la citada disposición un contenido prohibitivo, es evidente que constituía una intervención y limitaba la libertad de autodeterminación de los adolescentes en el ámbito de su sexualidad.

Por tanto, el contenido del artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, era inconstitucional, porque había intervenido injustificadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, cuya edad era entre 14 y menos de 18 años, por lo que resulta incompatible con la constitución.

Este dispositivo penal ocasionó serias consecuencias lamentables para nuestro sistema jurídico penal puesto que:

a) La libertad sexual entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto

a la libertad ajena, en forma arbitraria era negada a los adolescentes cuya edad era superior a 14 años.

b) Al negarse la libertad sexual a las personas mayores de 14 y menores de 18 años, cualquier persona que realizara o efectuara una conducta sexual con ellas sería autor del delito de acceso carnal sexual sobre un menor. Este ilícito penal se configura por el solo hecho de tener acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vía con un o una menor de edad. Tal como aparece tipificado, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima. En esta lógica, a los enamorados o novios cuyas parejas cuenten con una edad superior a 14 y menos de 18 años, les estaba prohibido tener relaciones sexuales con ellas, aun cuando prestaran su consentimiento.

c) Que al ampliar la intangibilidad sexual de 14 a 18 años, tácitamente se negó la posibilidad que las personas menores de 18 años puedan contraer matrimonio, tal como lo reconoce el Código Civil, en el entendido que el matrimonio origina automáticamente relaciones sexuales entre los cónyuges. Es decir, por apresuramiento del legislador penal se creó un conflicto innecesario de leyes.

Debemos señalar algo importante cuando se hace alusión específica a la ley 28704, que elevaba la edad de indemnidad sexual a 18 años, estábamos entrando en contradicción con normas del Código Civil que permiten el matrimonio de personas mayores de 16 años y con las políticas que implementa el Estado en materia de salud sexual reproductiva de adolescentes. De este modo su aplicación en la práctica provocaba que cualquier delito contra la libertad sexual cometido contra adolescentes que tengan entre 14 y 18 años de edad sea considerado violación de menores.

Podemos decir que la Pubertad es la fase del desarrollo del cuerpo humano en la cual se inicia la madurez de los órganos sexuales, al tiempo que los caracteres sexuales secundarios comienzan a manifestarse.

En la Pubertad es en la etapa de transformación y de surgimiento de aspectos muy importantes en el desarrollo del ser humano, es decir Los órganos reproductores femenino y masculino empiezan a producir hormonas: en la mujer, mayoritariamente estrógenos y progesterona, y en el hombre testosterona. Este es el tiempo en el que se originan las células reproductoras: óvulos y espermatozoides. A partir de este momento, en el organismo femenino se liberará cada mes un óvulo y la membrana

mucosa que tapiza la cavidad uterina se preparará para anidar al huevo en caso de que tenga lugar la fecundación.

Podemos manifestar con este análisis, desde un punto de vista biológico, es en la pubertad donde el ser humano obtiene transformaciones en su cuerpo y teniendo como fin la aptitud de poder acceder a una relación sexual, como una función natural y necesaria del ser humano, generalmente en las mujeres termina su transformación o culmina su desarrollo a los 14 años y los varones un año después.

4.5. INVESTIGACIÓN CON LOS OPERADORES JURÍDICOS Y LA CIUDADANÍA DEL DISTRITO DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ.

En la presente investigación a fin de corroborar la validez de los Tratados y Acuerdos Plenarios ya estudiados sobre el consentimiento sexual del menor, se han realizado y aplicado a diversos operadores jurídicos del Derecho y ciudadanía del distrito de J.L.O, encuestas, obteniéndose como resultado que la mayoría de operadores jurídicos se encontraban conforme con la iniciación de la actividad sexual a edad de 14 años, puesto que es donde empieza el despertar de la sexualidad, y que se demuestra con el 75% de los encuestados los cuales creen que tanto la edad como la etapa apropiada del desarrollo humano (pubertad), para que un menor de edad tenga relaciones sexuales consentidas es a partir de 14 años. De igual manera se han aplicado encuestas a los ciudadanos del Distrito de José Leonardo Ortiz, obteniéndose como resultado que un 63 % está a favor de la edad de 14 años en la cual un menor de edad está apto para tener relaciones sexuales consentidas.

Es así que surge el planteamiento de la presente investigación sobre el estudio de la validez jurídica del consentimiento sexual del menor, el cual nos demuestra que la mayoría de la sociedad, tanto operadores jurídicos como ciudadanos, estaban de acuerdo con la sentencia dada por el Tribunal Constitucional sobre la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, esto es, la eliminación del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, que sancionaba como delito de violación sexual contra un menor de edad, en caso que la víctima tenga entre 14 y menos de 18 años, con una pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de cárcel.

4.6. RESULTADO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA.

Resultaba justificable la modificatoria del artículo 173 del Código Penal, puesto que se estaba vulnerando la libertad sexual de los adolescentes, la cual empieza a partir

de los 14 años, momento biológico y psicológico donde se inicia el despertar de la sexualidad, lo cual responde a la realidad del Perú, en donde hay una iniciación sexual temprana.

a) De los resultados de la aplicación a los operadores jurídicos.

Se encuestan 50 operadores jurídicos siendo entre ellos fiscales, abogados, jueces, dando como resultados los siguientes: Que un 75 % están de acuerdo que para que un menor de edad tenga relaciones sexuales consentidas es a partir de 14 años, dando como resultado que 35 personas están a favor de la libertad sexual de los adolescentes y en contra 15 personas lo cual favorece al resultado de mi investigación. Ver **Anexo Nº 2**.

b) De los resultados de la aplicación a la ciudadanía de José Leonardo Ortiz.

Se encuestan 100 personas del distrito de José Leonardo Ortiz, dando como resultados los siguientes: Que un 63 % están a favor que un menor de edad tenga relaciones sexuales consentidas a partir de 14 años, dando como resultado que 63 personas están a favor de la libertad sexual de los adolescentes y en contra 37 personas lo cual favorece al resultado de mi investigación. Ver **Anexo Nº 2**.

4.7. MODIFICATORIA DEL ARTICULO 173 DEL CODIGO PENAL CON LA VIGENCIA DE LA LEY N° 30076.

Con fecha 19 de agosto de 2013 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30076⁵⁸, y a través de su Artículo 1 se modificaron -entre otras disposiciones- el artículo 170 y el artículo 173 del Código Penal, derogándose así la Ley N°28704.

El **Artículo 173** del Código Penal, actualmente vigente, quedo redactado en los términos siguientes:

“Artículo 173. Violación sexual de menor de edad.

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

⁵⁸ Ley N°30076. Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/445A76ABB370391205257CBA001616E6/\\$FILE/1_pdfsam_30076.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/445A76ABB370391205257CBA001616E6/$FILE/1_pdfsam_30076.pdf)

1. *Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.*
2. *Si la víctima tiene entre 10 y 14 años de edad la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.*

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.”

Asimismo, se modificó el **Artículo 170** del Código Penal, incorporándose el inciso 6, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 170. Violación sexual.

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

(...) 6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.”

Como se aprecia, en el artículo 170 del CP se incorpora como una modalidad agravada de violación sexual el que la conducta típica sea cometida en contra de una persona cuya edad fluctúe entre 14 y menos de 18 años de edad, derogándose así el inc. 3 del artículo 173 del CP que sancionaba el acceso carnal cometida contra una víctima que tiene una edad entre 14 y menos de 18 años.

Como se ha señalado precedentemente, con la Ley N°28704 se estableció como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúe entre 14 y 18 años, con lo cual se penalizaba el acto sexual aun cuando el menor de edad (víctima) hubiera prestado su consentimiento; sin embargo, conforme al artículo 20 inciso 10 del CP una causal de exención de responsabilidad penal está referida al consentimiento para la afectación del bien jurídico protegido de libre disposición, que presta el titular, esto es, el sujeto pasivo, con lo cual surgía la interrogante de si ¿el menor de edad podía disponer de su libertad sexual?

El legislador nacional al modificar los artículos 170 y 173 del Código Penal mediante la Ley N°30076, y derogar la Ley N°28704, adecuó las disposiciones del Código Penal a nuestra realidad social, pues como se ha explicado anteriormente y se ha validado

con las encuestas realizadas a diversos operadores jurídicos del Derecho y ciudadanía del distrito de José Leonardo Ortíz, los adolescentes mayores de 14 años tienen un desarrollo psicológico y madurez sexual suficientes, que los hacen capaces de autodeterminar su sexualidad, pues en sus relaciones sexuales actúan con conocimiento y voluntad, con criterio propio y madurez suficiente para discernir sobre las implicancias del ejercicio de su libertad sexual, lo que conllevaba a concluir que en la mayoría de los casos que eran criminalizados las relaciones sexuales eran consentidas, por lo que no existiría delito de violación sexual.

Además, con la modificatoria del Código Penal operada con la vigencia de la Ley N°30076, el legislador nacional recogía lo expuesto por la doctrina y la judicatura nacional, esta última expresada a través de los Acuerdos Plenarios N°7-2007/CJ-116 y N°4-2008/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, antes analizados, los mismos que consideraban que todo menor de edad mayor de 14 y menor de 18 años podía decidir libremente sobre su vida sexual, sin que ello conlleve responsabilidad penal alguna de terceros.

En el presente trabajo de investigación se han expresado las razones sociales y jurídicas que justificaban a nuestro entender, la derogatoria de la Ley N°28704 y la consecuente modificación de los artículos 170 y 173 del Código Penal, las mismas que además están validadas con las encuestas realizadas a Abogados, Fiscales y Jueces, en tanto operadores jurídicos, y a ciudadanos en general de un distrito de la provincia de Chiclayo; siendo que el legislador nacional al modificar los artículos 170 y 173 del Código Penal mediante la Ley N°30076, y derogar la Ley N°28704, reconoció el error en que se había incurrido al criminalizar las relaciones sexuales con menores de edad mayor de 14 y menor de 18 años, dando valor a la autonomía de la voluntad, a la autodeterminación sexual del menor, al consentimiento del menor de edad en sus relaciones sexuales, al reconocimiento de la existencia de libertad sexual en los adolescentes.

CONCLUSIONES

- La potestad punitiva del Estado debe ser conforme a los principios que regulan la intervención del Derecho Penal en las conductas sociales: principio de legalidad; principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; principio de culpabilidad; principio de responsabilidad penal; principio de mínima intervención; principio de utilidad; principio de proporcionalidad; principio de humanidad; el principio de resocialización.
- Los análisis jurídico, sociológico y biológico realizados, arrojan que en el desarrollo de la vida sexual de los menores de edad, existe carencia de servicios públicos de orientación sexual, pues el servicio de orientación y consejería disponible en los hospitales y postas del Ministerio de Salud y del IPSS, son insuficientes para atender la gran demanda social. Además, el servicio de consulta brindado por INPPARES tiene una cobertura muy limitada porque se trata de una iniciativa del sector privado, con un costo de atención que muchas veces está lejos del alcance de la mayoría de las familias peruanas.
- En América Latina, la regulación jurídica en la mayoría de países respecto a la edad mínima del consentimiento, fluctúa entre 12 y 14 años.
- La Ley N° 28704 era inconstitucional pues restringía sin fundamento social y jurídico serio, el derecho a la libertad sexual de los adolescentes con edades entre más de 14 y menos de 18 años; además, eliminaba el derecho de los adolescentes, de decidir si tienen o no relaciones sexuales, pues todo acto sexual era considerado como un delito de violación; no se protege ni la integridad de los adolescentes ni el derecho a su privacidad, por el contrario se privaba a los menores de edad del derecho a vivir una sexualidad libre de miedos, riesgos y tabúes.
- Con el respaldo de las investigaciones científicas realizadas, así como con el aporte de la Doctrina Jurídica y Jurisprudencia analizada, he justificado que la

determinación de la edad apropiada para que una persona acceda a las relaciones sexuales consentidas es en promedio 14 años de edad; ello considerando que en nuestro país un porcentaje significativo de adolescentes menores de dieciocho años de edad tienen una vida sexual activa; tal como se ha comprobado también de las encuestas realizadas; por ello el propio Estado a través del Ministerio de Salud ha diseñado, implementado y ejecutado políticas concretas de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción mediante Normas Técnicas de Planificación Familiar, que señala que los adolescentes están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos.

- Los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de la República, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad sexual y por tanto consentir o no relaciones sexuales.
- Con la modificación de los artículos 170 y 173 del Código Penal y la consiguiente derogación de la Ley N°28704, con la entrada en vigencia de la Ley N°30076, se ha corregido un serio error en que incurrió el legislador nacional al penalizar las relaciones sexuales con menores de edad mayores a 14 y menores 18 años, aún consentidas, haciendo prevalecer actualmente el ejercicio de la libertad sexual en los adolescentes.

RECOMENDACIONES

- Recomendamos la creación de un programa nacional de apoyo a los adolescentes, impulsado por los Ministerios de Salud y de Educación, y las direcciones regionales de educación y salud de los gobiernos regionales, en coordinación con los gobiernos locales. De esta forma los adolescentes contarán con Centros Regionales de Asesoramiento Sexual (CRAS), los cuales darán orientación y guía sexual de forma gratuita.
- Los padres, conjuntamente con el Estado, deben orientar la vida sexual de los adolescentes, en el hogar, en los centros educativos, institutos, etc., brindando información oportuna, completa y veraz, de tal manera que se enfrenten los mitos que existen sobre la vida sexual de los adolescentes, y que limitan el ejercicio de su libertad sexual, sin dejar de sancionar las violaciones sexuales a menores de edad.
- Se recomienda, iniciar la educación sexual de los menores a partir de los últimos años de la educación primaria, esto es a los diez u once años de edad utilizando para ello un lenguaje apropiado, en compañía y tutoría de sus padres.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 5ª Edición Editorial, Akal. Madrid, 1998
2. BEGUÉ LEZAIN J. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998.
3. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. Alberto. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Cuarta Edición, Lima-Perú, Editorial “San Marcos”, 1998.
4. BRAMONT ARIAS, Luis. *Código penal anotado*, Lima, Primera Edición. Editorial San Marcos, 1995.
5. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2da Edición, Barcelona-España, Editorial Ariel, 1991.
6. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico*, Barcelona – España, Tomo I Editorial Heliasta, 1998.
7. CALDERON SEREZO, A.; y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal (Tomo I). Parte General*, Barcelona, 2da Edición Editorial BOSCH, 2001.
8. CALDERÓN CERESO, A; y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal (Tomo II)*; Barcelona-Española, 2da Edición. Editorial BOSCH, 2001.
9. CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTIN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, Lima, 1ª Edición Editora GRIJLEY.
10. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal Parte especial*, Bogotá-Colombia, 3ª edición, 1972.
11. CARMONA SALGADO. *Delitos contra la libertad sexual, en Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Madrid-España.
12. CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*. Lima-Perú. Gaceta Jurídica. 2002.
13. *Constitución Política del Perú en castellano y quechua*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, febrero 2016.
14. CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina, 5ta Edición Editorial Astrea, 2004.
15. DE LA VEGA RUIZ, José Augusto. *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, Editorial Colex, 1991.
16. DE GREGORIO BUSTAMANTE, Álvaro. *Abuso Sexual Infantil. Denuncias Falsas y Erróneas*, 1era Edición, Buenos Aires, 2004.
17. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La protección de la libertad sexual: insuficiencias y propuestas de reforma*, Barcelona, Editorial Bosch, 1985.
18. DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, 2da Edición –Rubinzal – Culzoni Editores.
19. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. tomo I A, Editorial Bibliográfica Argentina, 1996.
20. ESPINOZA VASQUEZ, Manuel. *Delitos Sexuales, Cuestiones Médico Legales y Criminología*, Trujillo – Perú, Editorial Marsol Editores, 1983.
21. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Abeledo-Perrot, 1969.

22. GARCIA DEL RIO, Flavio. *Delitos Sexuales*. Lima, Editorial Ediciones Legales, 2004.
23. GONZALES RUS, Juan. *La Violación en el Código Penal Español*, España, Imprenta de la Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales N° 04, 1982.
24. GREGORIO BUSTAMANTE, Alvaro, *Abuso sexual infantil, denuncias falsas y erróneas*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Omar Favale Ediciones Jurídicas, 2004.
25. KVITKO, Luis Alberto. *La Violación. Peritación medico legal en las presuntas víctimas del delito*, Mexico, Editorial Trillas, 2001.
26. LA VIOLENCIA SEXUAL: *Un Problema De Seguridad Ciudadana. Las voces de las víctimas*. Serie Informes Defensoriales, 1era Edición, Febrero 2000.
27. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I. 1era Edición, 2004
28. LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General. 2º*, Madrid, Edición. Editorial DYKINSON, 1986.
29. MARTINEZ ZÚÑIGA, Lisandro. *“Derecho Penal Sexual”*. Tomo I, Bogotá-Colombia, Editorial. Temis, 1996.
30. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *“Derecho Penal – Parte General”*, 2da Edición, Revisada. Valencia, 1996.
31. MUÑOZ CONDE, Francisco. *“Derecho Penal, parte especial”*, Valencia-España 9ª edición Editorial Tirant le Blanch, 1995.
32. ORTS. BERENGUER, Enrique. *Delitos contra la libertad sexual*, España, Valencia, 1995
33. PEÑA CABRERA, Raúl. *TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte Especial I*, Lima, Ediciones Jurídica, 1992.
34. PEÑA CABRERA, Raúl A. *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual. Estudios de Derecho Penal Parte Especial*, Lima-Perú, Ediciones Guerreros, 2002.
35. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro. *“Comentarios a la parte especial de Derecho Penal, Vol I*, Pamplona-España, Editorial. Aranzadi, 1996.
36. REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Los Delitos contra la libertad de indemnidad sexual*, Lima, 1era Edición Enfoque Dogmática y Jurisprudencial Jurista Editores, 2005.
37. ROY FREYRE, Luis E. *Derecho Penal. Parte especial*, Lima, Tomo II, 1975.
38. ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y Política criminal*, Lima, Editora Idemsa, 1998.
39. SALINAS SICCHA, Ramiro. *“Los Delitos de acceso carnal y sexual”*, Lima-Perú, Editora Moreno S.A, 2005.
40. SALINAS SICCHA, Ramiro. *El delito de violación sexual en el Perú*, Lima, Actualidad Jurídica N° 133, 2006.
41. SALINAS SICCHA, Emérito R. *“La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales”*, *Revista de Actualidad Jurídica*, Tomo 149, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
42. SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, Quinta edición Editorial Dykinson, 2000.
43. SPROVIERO, Juan H. *“Delito de Violación”*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.
44. TENCA, Adrián Marcelo. *Delitos Sexuales*. Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, 2001.
45. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, 2da Edición, Lima, Editorial San Marcos., 2001.
46. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, 1era Edición, Lima – Perú, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2006.

JURISPRUDENCIA

47.Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N°00008-2012-PI/TC.

LINCOGRAFIA

48.Web Site De Jurisprudencia Sistematizada Del Poder Judicial Del Perú.
www.jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisweb/

49.Web Site De Defensoria Del Pueblo.
www.defensoria.gob.pe

50.Web Site Sistema Peruano De Información Jurídico.
www.spij.minjus.gob.pe

51.Web Site Del Diario Oficial El Peruano.
www.elperuano.com.pe

52.Web Site Organización por la Defensa de La Libertad Sexual
www.ordelise.org

LEGISLACIÓN:

53.Código Penal Peruano.

RECURSOS ELECTRONICOS

54.Ley N°28704.Obtenido en
<http://badaj.org.2015/wp-content/uploads/2014/07/agregar%2028704.pdf>

55.Ley N°30076.Obtenido en
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/445A76ABB370391205257CBA001616E6/\\$FILE/1_pdfsam_30076.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/445A76ABB370391205257CBA001616E6/$FILE/1_pdfsam_30076.pdf)

56.Acuerdo Plenario N°07-2007/CJ-116.Obtenido en
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/98ff10804075ba3cb6aff699ab657107/acuerdo_plenario_072007_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=98ff10804075ba3cb6aff699ab657107

57.Acuerdo Plenario N°04-2008/CJ-116.Obtenido en
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e3e83c004075b9dab64ff699ab657107/Acuerdo+Plenario+4-2008+.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e3e83c004075b9dab64ff699ab657107>

58.Acuerdo Plenario N°01-2012/CJ-116.Obtenido en

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c815ff004075b4ddb3f3f399ab657107/Auerdo%2BPlenario%2BN%C2%BA%2B01-2012-CJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c815ff004075b4ddb3f3f399ab657107>

59.Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N°00008-2012-PI/TC.Obtenido en <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/declaran-fundada-demanda-de-inconstitucionalidad-interpuesta-sentencia-expediente-n-00008-2012-pitc-892596-1>

ANEXO 1**LEY Nº 28704**

**LEY QUE MODIFICA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL RELATIVOS
A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y EXCLUYE A
LOS SENTENCIADOS DE LOS DERECHOS DE GRACIA, INDULTO Y
CONMUTACIÓN DE LA PENA**

LEY Nº 28704

LEY QUE MODIFICA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL RELATIVOS A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y EXCLUYE A LOS SENTENCIADOS DE LOS DERECHOS DE GRACIA, INDULTO Y CONMUTACIÓN DE LA PENA

Artículo 1º.- Modificación de los artículos 170º, 171º, 172º, 173º, 173º-A, 174, 176º, 176º-A y 177º del Código Penal

Modifícanse los artículos 170º, 171º, 172º, 173º, 173º-A, 174º, 176º, 176-A y 177º del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

“Artículo 170º.- Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda.

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

(...)

Artículo 173º.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere alguna posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

(...)

Artículo 2º.- Improcedencia del indulto, conmutación de pena y derecho de gracia

No procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173º y 173º-A.

Artículo 3º.- Beneficios penitenciarios

Los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173º y 173º-A.

En los casos de los delitos previstos en los artículos 170º, 171º, 172º y 174º, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso.

Artículo 4º.- Derogatoria

Deroganse y/o modifícanse las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima a los trece días del mes de marzo de dos mil seis.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO

Presidente del Congreso de la República
FAUSTO ALVARADO DODERO
Primer Vicepresidente del Congreso de la República
AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
POR TANTO:

Mando se publique y se cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de abril del año dos mil seis.

ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente del Consejo de Ministros

ANEXO 2**LEY Nº 30076**

**LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, CÓDIGO PROCESA
PENAL, CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y EL CÓDIGO DE LOS
NIÑOS Y ADOLESCENTES Y CREA REGISTROS Y PROTOCOLOS
CON LA FINALIDAD DE COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA**

LEY Nº 30076**LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, CÓDIGO PROCESA PENAL, CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y CREA REGISTROS Y PROTOCOLOS CON LA FINALIDAD DE COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA****Artículo 1º.- Modificación de diversos artículos del Código Penal**

Modifícanse los artículos 22, 36, 38, 45, 46, 46-B, 46-C, 57, 58, 62, 64, 69, 70, 102, 170, 173, 186, 189, 194, 195, 200, 202, 204, 205, 279, 279-C, 317-A y 440 del Código Penal, en los siguientes término:

(...)

Artículo 170. Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre 10 y 14 años de edad la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza

(...)

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los veinticinco días del mes de julio de dos mil trece.

VÍCTOR ISLA ROJAS

Presidente del Congreso de la República

JUAN CARLOS EGUREN NEUENSCHWANDER

Segundo Vicepresidente del Congreso

de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL

DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de agosto del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República
JUAN F. JIMENEZ MAYOR
Presidente del Consejo de Ministro

ANEXO 3

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00008-2012-PI/TC**

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 12 de diciembre de 2012

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD
Diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el Congreso de la
República

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00008-2012-PI/TC**

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 12 de diciembre de 2012

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1º de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173º, inciso 3º, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.

Magistrados firmantes:

ÁLVAREZ MIRANDA

URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

III. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda
2. Argumentos de la contestación de la demanda
3. Argumentos del *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)
4. Informe de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N° 020-2012-ANA/DP)
5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide

IV. FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio
2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la indemnidad sexual de los menores de 14 años y menos de 18 y hace irrelevante su consentimiento

-Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental

-Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental

- Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada

-El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?

- El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?

- El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?

3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal.

3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal

3.2. Opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de edad entre 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18 ¿Es conforme con la Constitución?

4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

- Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
- Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental

5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad

6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

V. FALLO

EXPEDIENTE N° 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, publicado con fecha 5 de abril de 2006 en el diario oficial *El Peruano*.

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

El artículo 1° de la Ley No 28704 establece lo siguiente:

Modifícase los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

(...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

(...)

III. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

Con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1o de la ley 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, de acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*última ratio* en la aplicación del derecho penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y los adolescentes.

En general, solicitan que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la citada disposición y que por consiguiente, deje sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

i) El derecho al *libre desarrollo de la personalidad* y, dentro de su amplio contenido, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.

ii) El derecho de no ser privado de información que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable).

iii) El derecho a la salud (sexual y reproductiva), así como los derechos de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, pues al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información sobre enfermedades de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual, lo que, según refieren, no sólo genera la inconstitucionalidad en abstracto, sino sobre la “norma inconstitucional viva” (sic), y además, la inconstitucionalidad normativa se ve confirmada con el análisis objetivo de su aplicación, lo que podría implicar incluso que se establezca un “estado de cosas inconstitucional”.

iv) El derecho de *igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación carente de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes, adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando así el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueven su exploración saludable, así como su ejercicio responsable e informado.

v) El principio de *interés superior del niño y el adolescente* que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.

vi) Finalmente, alegan que se contraviene el principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.

2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 12 de junio de 2012 don Jorge Campana Ríos, debidamente apersonado como apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que se la declare INFUNDADA sosteniendo que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente. Asimismo, solicita que se tenga en consideración que la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario No 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio e indubio pro legislatore, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

Señala además que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda. En efecto la parte demandante señala, expresamente, que “*es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, mas aun si se tratan de adolescentes (p. 9)*”, lo cual significa que existe una especial preocupación para que se sancione con más severidad las violaciones sexuales contra adolescentes, y que si se expulsa la disposición penal impugnada del ordenamiento, lo que va a ocurrir es que para tales casos se tendrá que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

3. Argumentos de los amicus curiae Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/ SIDA (ONUSIDA)

En su escrito de fecha 4 de julio de 2012, dichas instituciones apoyan la inconstitucionalidad del artículo 1o de la Ley No 28704, en el extremo que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal pues estiman que vulnera los derechos a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, igualdad y los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes (sic). Refieren además que la norma cuestionada tipifica como delito de violación las relaciones sexuales libres y voluntarias (sin coacción o engaño) en las que participe una persona mayor de 14 y menor de 18 años. De este modo –sostienen– se estableció el límite de la indemnidad sexual en los 18 años, es decir, “la norma considera a los adolescentes entre los 14 y 18 años como incapaces de comprender el acto sexual y disponer de su realización, por lo que su consentimiento carece de valor”.

Asimismo, mencionan que una de las consecuencias de la norma impugnada es que, “por ejemplo, cuando una menor de edad sale embarazada acude a una posta médica, hospital o clínica para atenderse de cualquier problema, el médico debe denunciar el hecho a las autoridades, motivando que la pareja de la menor–independientemente de su edad o su relación afectiva con ella– sea denunciado y detenido. De esta manera, la norma cuestionada tiene como efecto inhibir a los y las adolescentes de

acudir a los establecimientos de salud para solicitar información, prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, métodos anticonceptivos y planificación familiar”.

4. Argumentos de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N° 020-2012-ANA/DP)

En el informe presentado con fecha 11 de julio de 2012, la Defensoría del Pueblo opina que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, es inconstitucional por las siguientes razones: a) desconoce a los y las adolescentes como sujetos de derecho, contraviniendo la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño; b) vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva, porque constituye una barrera para que los y las adolescentes puedan acceder a tratamientos destinados a evitar el embarazo adolescente y prevenir infecciones de transmisión sexual (ITS); c) vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues impide que los y las adolescentes puedan ejercer su sexualidad ignorando que ésta es un componente integral de la salud de todo ser humano; y, d) vulnera el derecho a la intimidad de los y las adolescentes porque implica una intromisión en el ámbito de su privacidad.

5. Escrito Worldwide presentado por Women's Link

Con fecha 9 de agosto de 2012, la organización no gubernamental sin ánimo de lucro Women's Link Worldwide presenta un escrito en el que apoya la demanda de inconstitucionalidad de autos y expone argumentos que, según refiere, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, coadyuvarán en el análisis del caso.

IV. FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare inconstitucional el artículo 1o de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, en la medida en que modifica los delitos de violación sexual de menor, estableciendo lo siguiente *“Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”*.

2. Los demandantes alegan que dicha disposición penal vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a no ser privado de información, a la salud (sexual y reproductiva), a la igualdad y a no ser discriminado, y el principio de interés superior del niño y el adolescente, en la medida en que se sanciona a los adolescentes de 14 a 18 años que tienen relaciones sexuales pese al consentimiento de estos. Finalmente, alegan que la aludida disposición también contraviene el principio de lesividad, proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.

3. Atendiendo a la materia controvertida en el presente caso, es necesario precisar que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que en todo precepto legal se puede distinguir entre *disposición* y *norma*. La disposición es “el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal”, mientras que la norma es “el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella” [Cfr. Expediente N°00010-2002-AI/TC FJ 34].

4. Tomando en consideración los argumentos expresados por las partes, se desprende que son dos los sentidos interpretativos que se le puede atribuir a una misma disposición como es el citado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704: el primero, que refleja la voluntad del legislador penal y al que se refieren los demandantes, que denominaremos *sentido interpretativo 1* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), considera que dicha disposición penal es incompatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la indemnidad sexual de los menores de edad entre 14 años a menos de 18, asume que no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que por ello su consentimiento es irrelevante. El segundo sentido interpretativo, propuesto por el demandado, recogiendo acuerdos plenarios de la jurisdicción penal, que denominaremos *sentido interpretativo 2* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*), considera que dicha disposición es compatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *libertad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, el consentimiento de dichos menores es relevante, siendo de aplicación el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, que exime de responsabilidad penal a quien actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

5. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que su labor de control en el presente caso debe realizarse mediante el siguiente *iter*: i) verificar si el sentido interpretativo 1 de la disposición penal impugnada es compatible o no con la Norma Fundamental. De considerarse compatible, la demanda deberá ser desestimada; ii) si se considera incompatible el sentido interpretativo 1, antes de declarar la

inconstitucionalidad de dicha disposición y expulsarla del ordenamiento jurídico, deberá analizarse el sentido interpretativo 2 de la misma disposición penal, tal como lo exige la Segunda Disposición Final de la Ley N°28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, a efectos de verificar si éste resulta conforme con la Constitución y la salva de su declaratoria de inconstitucional; y, *iii*) si el mencionado sentido interpretativo 2 no resulta conforme con la Norma Fundamental, entonces deberá declararse la inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la indemnidad sexual de los menores de 14 años y menos de 18, y hace irrelevante su consentimiento

6. Corresponde examinar el *sentido interpretativo 1* el que, como se ha mencionado, refleja la intención del legislador penal. Conforme a dicha interpretación (*si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, es inconstitucional por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que estos, en ningún caso, están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, su consentimiento es irrelevante.

El análisis de la disposición penal cuestionada en el sentido interpretativo antes expuesto se hará conforme al examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

Argumentos de los demandantes

7. Alegan que cuando el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, establece, en el caso de los delitos de violación sexual de menores, que si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, está vulnerando el derecho de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad.

8. Asimismo, refieren que los derechos sexuales, en tanto manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, implican el derecho de las personas a decidir

de manera libre sobre su sexualidad independientemente de la edad (sic), condición social, raza y religión, y además, que “la regulación penal como está configurada ahora sólo refleja el desfase del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas”.

9. Finalmente, manifiestan que la cuestionada disposición penal no supera el principio de proporcionalidad, lo que termina por acreditar la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a la idoneidad, refieren que “la finalidad de penalizar las relaciones sexuales con adolescentes es salvaguardar su indemnidad sexual, es decir, garantizar que su libertad sexual no sea violentada y padezcan agresiones sexuales, lo cual puede ser especialmente grave y sensible con respecto a niños y adolescentes”. Así, “si bien se trata de proteger un bien de relevancia constitucional, la sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”.

En cuanto a la necesidad, pese a afirmar que no sería necesario continuar con este examen, refieren que una forma correcta de proteger la indemnidad sexual sería penalizar las relaciones no consentidas, incluso con penas gravísimas, pero que en ningún caso debe incidirse innecesariamente en el ejercicio libre de la sexualidad.

En cuanto a la proporcionalidad en estricto, la disposición impugnada es una medida excesiva si se tiene en cuenta que la afectación del derecho a la libertad sexual es gravísima y que la optimización de la indemnidad sexual es nula dado que se trata de relaciones sexuales consentidas.

Argumentos del demandado

10. Afirma que un sujeto sólo podría ser sancionado por la comisión del delito previsto en el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal si se superan tres exámenes: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Respecto de la tipicidad objetiva en la que se verifica los requisitos como sujetos, conducta y objeto material, refiere que en la disposición impugnada el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad, lo que excluye a los menores entre 14 y 18 años de edad.

11. Sostiene además que “la disposición penal impugnada no resulta aplicable a los adolescentes, por lo que no se puede sostener que se atenta contra su *facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones*”. Por tanto, no es posible sostener que la disposición penal impugnada vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad que tienen entre 14 y 18 años de edad, en lo que se refiere al ámbito de las relaciones sexuales.

12. En cuanto a la afectación del principio de proporcionalidad, manifiesta específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, que la parte demandante parece confundir la indemnidad o intangibilidad sexual con la libertad sexual como fin constitucionalmente legítimo. Asimismo, refiere que “si el fin constitucionalmente legítimo es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, no se puede afirmar, tal como lo hace la parte demandante, que la “sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”. Así pues, menciona: “la medida cuestionada es idónea para proteger tal fin al establecer como tipo penal el tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad que tiene entre 14 años y menos de 18”, por lo que la medida analizada supera el subprincipio de idoneidad.

13. Respecto del examen de necesidad de la disposición penal cuestionada, menciona que en la demanda no se plantea una medida alternativa que, a la vez, sea: 1) idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. Por tanto, la medida cuestionada supera el subprincipio de necesidad.

14. Respecto del principio de proporcionalidad en estricto, refiere que si se compara el grado de realización de la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad en el ámbito de su sexualidad, se puede concluir que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto y que, por ende, supera el test de proporcionalidad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

15. El Tribunal debe juzgar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de un examen escalonado compuesto de tres fases [Exp. No 00665-2007-PA/TC FJ 5]. Estas fases son las siguientes: *i)* determinar el ámbito normativo del derecho fundamental; *ii)* identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental; y *iii)* verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.

- Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental

16. Se trata, en esta primera fase, de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho; y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.

17. En el presente caso, en cuanto a las *posiciones iusfundamentales* protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N°02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2°, inciso 1), de la Constitución, “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”.

18. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

19. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

20. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al

libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional “las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. No 03901-2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N°01575-2007-PHC/TC FJ 13]. 21. En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Tiene como contenido constitucional, una *dimensión negativa* vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una *dimensión positiva* conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar acto sexual.

22. En cuanto a la *titularidad del derecho* a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda claro que son titulares todos los mayores de 18 años de edad. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho. Las razones que justifican tal consideración son las siguientes:

i) La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada mediante Resolución Legislativa No 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, establece lo siguiente: “artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y artículo 6°: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y “2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El artículo 5° de dicha convención prevé que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” [resaltado agregado], lo que, en términos de la Defensoría del Pueblo, en el informe adjuntado en autos, se encuentra vinculado fundamentalmente al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, el mismo que “ocupa un lugar central en la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como protagonistas activos de su propia vida, y la necesidad de recibir protección en correspondencia con su situación de vulnerabilidad, en la medida que las personas menores de edad, especialmente los y las adolescentes, siguen siendo vulnerables frente a diversas situaciones perjudiciales, entre ellos el abuso sexual”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos” [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199].

ii) Los artículos I y II del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes prevén, respectivamente, que “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad” y “el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (...)”.

iii) La capacidad de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra acreditada, en general, por determinadas disposiciones legales en materia civil y penal, tal como lo resalta de manera acertada la jurisdicción penal en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116:

7. (...) corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44° [Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad]; 46° [La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de atorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar

o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos]; y 241° [No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse]; que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal (...).

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, (...). Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor (...).

El análisis sistemático de estas dos últimas normas [175° y 176-A del Código Penal] permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos (...).

iv) En el “Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú”, elaborado por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (2005), con una población de 2181 adolescentes de 15 a 19 años, de Lima Metropolitana, Huancayo e Iquitos, ciudades que, según se refiere, son “representativas de los tres ámbitos socio cultural y ecológico de nuestro país”, se sostuvo lo siguiente: “La edad de inicio de relaciones sexuales reportada en el grupo de 15 a 19 años varía por ciudades, encontrándose las edades más tempranas en Iquitos. En este grupo etario alrededor del 20% de las mujeres y 40% de los varones reportan ya haber tenido relaciones sexuales” (p. 30) [resaltado agregado].

v) En la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2011, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se estableció, en cuanto a las *características de la población, y específicamente a las “Mujeres en edad fértil”*, que “Las mujeres en edad fértil, de 15 a 49 años de edad, representaron el 25,3 por ciento de la población total del país y el 49,7 por ciento de la población femenina del país” [resaltado agregado].

vi) En el “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP, se establece en el punto 2.4, denominado “la adolescencia de 12 a 17 años de edad”, que “de acuerdo a los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar –ENDES 2010, el 13,5% de las adolescentes de 15 a 19 años de edad tenían al menos una hija o hijo o estaban embarazadas de su primera hija o primer hijo” [resaltado agregado].

De lo expuesto, si bien se puede concluir que *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18, en tanto titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (en el ámbito de la libertad sexual) pueden ejercerlo, también se debe concluir a su vez dos asuntos de la mayor importancia: *i)* que conforme al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, debe reconocerse que tales adolescentes irán desarrollando, *progresivamente*, el nivel psicofísico óptimo de ejercicio del mencionado derecho fundamental, para lo cual es indispensable la educación que sobre el particular puedan brindar los padres, el Estado y la sociedad en general; y, *ii)* que poseer dicha libertad sexual implica también conocer las consecuencias que puede originar su ejercicio, tal como se destaca en el mencionado “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, según el cual “existe consenso en que el embarazo en edad temprana es un evento que afecta la salud física, mental y social de la futura madre, así como del recién nacido. Para las adolescentes madres o embarazadas pobres, la maternidad viene acompañada de una serie de situaciones adversas que empeoran su

condición. Estas madres a menudo sufren carencias y tensiones; además, su ambiente familiar se caracteriza frecuentemente por graves problemas económicos y sociales, pobreza, desempleo, subempleo, informalidad, alcoholismo, prostitución, bajos niveles de escolaridad o carencia de ella, violencia, entre otros”.

23. En cuanto a quiénes son los sujetos pasivos u obligados por el derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho.

- *Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental.*

24. Consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. De una intervención en el ámbito normativo de un derecho fundamental se habla cuando el acto reclamado supone una injerencia en las potestades *prima facie* garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente: (i) si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho *prima facie* protegido, el análisis concluye que no se trata de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión; y, (ii) si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo *prima facie* garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

25. En el presente caso, el cuestionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, sanciona a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de edad a menos de 18, independientemente de que se manifieste consentimiento en dichas relaciones. Teniendo en cuenta el mencionado contenido prohibitivo, respecto de dichos menores de edad, es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad. Si esta intervención, restricción o limitación es legítima o justificada es un asunto que se verificará en la siguiente fase.

- *Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.*

26. Consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. Dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo. Tal situación jurídico-constitucional sólo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (v.g. principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley; principio de proporcionalidad, etc.) En cuanto a dichos criterios de justificación en el ámbito penal, Palazzo sostiene que “en cierto sentido, la política criminal se ve afectada por un proceso de constitucionalización, especialmente evidente cuando se va más allá de la definición de los principios constitucionales en materia penal y la aclaración minuciosa de los posibles contenidos en ellos implícitos (legalidad, determinación de la ley penal, culpabilidad, reeducación), hasta arribar a la formulación de verdaderos y propios criterios constitucionales de ejercicio de la discrecionalidad legislativa (criterio de proporcionalidad y ponderación de los intereses penalmente en juego, criterio de *última ratio* de la tutela penal, etc.)” [PALAZZO, Francesco, “*Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*”. En: *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1999, Giappichelli Editore, pp. 167-181].

27. En el presente caso, en cuanto a la verificación sobre si la restricción identificada cumple con la reserva de ley, cabe mencionar que dicho requisito es cumplido en la medida en que la restricción se encuentra contenida en la Ley N°28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

28. Seguidamente corresponde examinar si la prohibición establecida por la disposición penal impugnada puede considerarse como una intervención válida o justificada constitucionalmente. Para tal efecto se utilizará el principio de proporcionalidad penal, el mismo que, siguiendo a Hassemer, se constituye en un principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, exigiendo que las intervenciones en este ámbito deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso [Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p.39].

29. Si la intervención o limitación que contiene la disposición penal impugnada supera este examen dicha intervención será válida constitucionalmente o, en caso contrario, inválida.

- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?*

30. Este examen exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.

31. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación será uno de los ámbitos en los que se manifestará el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado.

En este punto es importante distinguir entre el *objetivo* y la *finalidad* que persigue la disposición penal impugnada. El *objetivo* tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición penal. La *finalidad* comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición penal.

Cabe destacar que en materia constitucional penal el *objetivo* y la *finalidad* de una disposición penal se relaciona directamente con los denominados fines de la pena (Expediente No 00012-2010-PI/TC FFJJ 17 a 19), en el siguiente sentido:

1) La actuación del legislador tiene por finalidad, entre otras, la de optimizar el *fin preventivo general de las penas en su vertiente negativa*, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el derecho penal.

2) Asimismo, la medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de *prevención general en su vertiente positiva*. Claus Roxin describe este fin como el “ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (cfr. “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en: Julio B. J. MAIER (compilador), *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28).

3) La medida tiene también por propósito asegurar otro fin de la pena, cual es la denominada *prevención especial de efecto inmediato*, es decir, permitir al delincuente dar un firme paso en la internalización del daño social ocasionado por su conducta. Tal como ha señalado este Tribunal, “la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato)” (STC 0019-2005-PI/TC, FJ 40).

32. De otro lado, la adecuación consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio- fin.

33. En el presente caso, en cuanto al examen de *idoneidad*, es indispensable revisar la actuación parlamentaria previa al dictado de la ley cuestionada a efectos de determinar el *objetivo* y *finalidad* de relevancia constitucional asumidos por el legislador.

34. En el Proyecto de Ley N° 13390/2004-CR presentado el 18 de julio de 2005, que posteriormente fue aprobado y dio lugar a la cuestionada Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, se sostiene lo siguiente: “(...) bajo ciertas circunstancias especialmente graves, la violación sexual es un crimen de lesa humanidad, el cual deber ser castigado con todo el peso de la ley, y no con penas que al final terminan siendo un premio para el agresor en vez de una pena (...) esta nueva tipificación se ha producido después de constatar que las principales víctimas de violencia sexual son las mujeres y los niños y niñas (...)”. Asimismo, en cuanto al análisis costo-beneficio de la futura norma legal, se sostiene que “(...) Los beneficios para la sociedad serán inconmensurables debido a que la población adulta percibirá que las autoridades se preocupan por su seguridad así como la de sus hijos (...) y los niños percibirán que al elevar los niveles de drasticidad sus autoridades tienden un manto de protección penal muy duro a fin de que sirva como elemento disuasivo a quienes no ponen freno a sus instintos delincuenciales (...) La aprobación de la presente norma va en beneficio de la sociedad que se encuentra inerte frente a los embates de quienes no respetan la vida humana, mucho menos a la niñez (...)”.

35. De la revisión de los motivos que justificaban el mencionado proyecto de ley se observa que más allá de la voluntad política general de endurecer las penas para los autores de violación sexual y de buscar mecanismos de protección a las mujeres y a los niños, en tanto víctimas de violación sexual, se desprende que, entre otros contenidos, el bien jurídico a proteger sería la *indemnidad sexual* de los “niños” en la medida en que se busca garantizar la preservación de la sexualidad de estos cuando *no se está en las condiciones de decidir sobre su actividad sexual*, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento.

Con la *indemnidad sexual* “se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incompreensión del comportamiento” [DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en: Anuario de Derecho Penal, No 1999-2000, p.14].

36. En este punto es importante destacar que la diferencia entre *indemnidad sexual* y *libertad sexual* consiste, conforme lo ha afirmado el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), *amicus curiae* en el presente proceso constitucional, en lo siguiente: “La libertad sexual está referida a la libertad de disponer de la sexualidad propia. Ésta comprende una faceta positiva, referida a la capacidad de disposición, sin más límite que la libertad ajena; y una faceta negativa, referida a la capacidad de rechazar proposiciones o actos no deseados. Por el contrario, la indemnidad sexual implica la ausencia de la libertad sexual. En efecto, la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual”.

37. Asimismo, en cuanto al bien jurídico protegido por la disposición penal cuestionada, cabe mencionar que el apoderado del Congreso de la República ha sostenido en su escrito de contestación de la demanda que el fin constitucionalmente legítimo de dicha disposición pena es la protección de la *indemnidad o intangibilidad sexual*.

38. En suma, de la interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley No 28704, se desprende que esta disposición tiene como **objetivos** los siguientes: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de 14 años de edad a menos de 18 son protegidos; y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable. Tales objetivos tienen como **finalidad** o se justifican en el deber de protección del poder público, en este caso del Poder Legislativo con respecto al bien jurídico *indemnidad sexual* de los menores de 14 años de edad a menos de 18 en los casos de violación sexual. En síntesis, siendo el fin de la restricción la protección de este bien jurídico, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción y merece protección por parte del Estado.

39. En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 173°, inciso 3, del Código Penal, en cuanto sanciona a quien cometa el delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años y menos de 18) es adecuada para lograr los objetivos antes mencionados y, a su vez, estos resultan adecuados para conseguir el fin de relevancia constitucional que se pretende como es la protección del bien jurídico *indemnidad sexual* de dichos menores de edad.

- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?*

40. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental” [Expediente No 00050-2004-AI/TC FJ 38].

41. En materia penal, el examen de necesidad, el cual exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida [Expediente No 00012-2006-PI/TC FJ 32].

42. En efecto, el derecho penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves. Como sostiene Hurtado Pozo,

(...) el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones (...) Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que sea necesaria y si es conforme al objetivo perseguido [*Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 47*].

43. De este modo, en el Estado constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, entre otros derechos, sólo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.). Antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

44. En el presente caso, se trata, entonces, de examinar si frente a la medida adoptada por la emplazada –sancionar penalmente a las personas adultas que tienen relaciones sexuales con menores de 14 años de edad y menos de 18, independientemente del consentimiento de estos–, existían medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los objetivos propuestos por el legislador penal (desincentivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años a menos de 18, entre otros); y, de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho intervenido (a la libertad sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de dichos menores de edad).

La respuesta es **positiva**. Si se pretenden los objetivos propuestos, un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14

años y menos de 18, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

En ese sentido, no habiendo superado el examen de necesidad, la medida penal impugnada resulta incompatible con la Constitución.

45. Pese a que la disposición penal impugnada no ha superado el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional estima pertinente verificar, además, si la medida legislativa cuestionada es proporcional en sentido estricto.

- El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?

46. La denominada ley de ponderación material supone que “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (cfr. SSTC 0045-2004-PI/TC, FJ 40; 0023-2005-PI/TC, FJ 75 c); 0033-2007-PI/TC, FJ 81; 0001- 2008-PI/TC, FJ 19; 0017-2008-PI/TC, FJ 36; 0016-2009-PI/TC, FJ 12, entre otras). Esta ley implica que las *ventajas* que se obtengan mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios o desventajas que ésta acarrea para los titulares de dicho derecho y para la sociedad en general.

47. La estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene los siguientes pasos [Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, pp.759 y ss.]:

1) Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir: *i*) la importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas); y, *ii*) la importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa (grado de ventajas).

En la determinación de dichos pesos, se pueden tomar en consideración elementos tales como la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, entre otros, ya sea en la intervención del derecho fundamental o en la satisfacción del fin legislativo.

2) Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

3) Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo.

48. En este caso, en cuanto al paso 1), cabe mencionar que el grado de intervención en la libertad sexual como componente del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 es de *intensidad grave*, en la medida en que: *i)* en cuanto al *alcance*, desde su entrada en vigor, la disposición penal impide, dificulta por completo y anula el ejercicio de la libertad de autodeterminación de tales menores en el ámbito de su sexualidad, al hacer irrelevante su consentimiento (“la intervención legislativa en el derecho fundamental deberá ser considerada como una intervención más intensa, cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho, que cuando elimina sólo algunas de ellas” Cfr. Bernal, op.cit. p. 766); y *ii)* en cuanto a la *probabilidad*, existe la mayor posibilidad verosímil y fundada de que la intervención legislativa cuestionada impida el ejercicio de dicha libertad de autodeterminación.

Por su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por el Poder Legislativo, sancionando penalmente a las personas adultas que tengan relaciones sexuales con dichos menores de edad, son: *a)* desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; *b)* generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 son protegidos; y *c)* generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable. El grado de satisfacción de dichos bienes no es de intensidad elevada, en la medida en que: *i)* en cuanto a su alcance, no se evidencia en qué medida todos los fines inmediatos del legislador penal pueden ser alcanzados apenas producida la intervención legislativa; y, *ii)* en cuanto a la *probabilidad*, no existe la mayor probabilidad de que la intervención legislativa penal optimice los mencionados bienes constitucionales (desmotivar la comisión del delito, etc.), al tratarse de una *amenaza de restricción* que es una intervención menos intensa que las restricciones directas.

Asimismo, es importante tener en consideración una segunda variable: *el peso abstracto de los principios relevantes* (cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación). Al respecto, si bien, en abstracto, la política criminal a cargo del Poder Legislativo (*argumentación in dubio pro legislatore*) podría considerarse con un peso mayor respecto de determinados derechos fundamentales como la libertad de tránsito o la libertad personal (*argumentación in dubio pro libertate*), no sucede lo mismo cuando se intervenga o limite gravemente los derechos fundamentales de los menores de edad, pues atendiendo al principio constitucional de interés superior del niño y del adolescente (artículo 4° de la Constitución), según el cual los derechos fundamentales del niño y el adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas (Expediente No 02132-2008-PA/ TC FJ 10), en estos casos, tienen un peso mayor respecto de aquella actuación del Poder Legislativo.

En efecto, conforme lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. [Caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408].

49. En cuanto al paso 2), conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede afirmar que la importancia de la realización de los fines perseguidos por el legislador mediante la disposición penal cuestionada no es mayor que la importancia de la intervención en el derecho de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 a su libertad sexual como parte de su libre desarrollo de la personalidad.

50. En cuanto al paso 3), se puede determinar que en el presente caso la relación de precedencia condicionada otorga preferencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, respecto de los fines perseguidos por el legislador penal mediante la medida penal impugnada.

51. Por tanto, no habiendo superado el examen de necesidad, ni el examen de proporcionalidad en estricto, se acredita que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley No 28704, en el *sentido interpretativo 1* (*si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución.

Previamente a declarar su inconstitucionalidad y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, debe analizarse si existe otro sentido interpretativo que siendo compatible con la Norma Fundamental evite tal declaratoria de inconstitucionalidad.

3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal

52. El apoderado del Congreso de la República sostiene en la respectiva contestación de la demanda que existe otra interpretación que puede evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición penal cuestionada. En dicha interpretación, sin modificar el texto legislativo, se cambia el bien jurídico tutelado por dicha norma penal (*libertad sexual en lugar de indemnidad sexual*) y se establece que en estos casos sí puede operar el consentimiento de la agraviada como eximente de responsabilidad.

Según el aludido sentido interpretativo 2 del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado, se puede asumir que *si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*. En ese sentido, corresponde analizar si el Tribunal Constitucional pueda identificar dicha interpretación conforme con la Constitución a efectos de que se pueda evitar la declaración de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

Argumentos de los demandantes

53. Alegan que la jurisdicción penal, interpretando el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, estableció, según refieren, que “sólo podría penalizarse la trasgresión a la indemnidad sexual de los adolescentes (...) cuando se vicia el consentimiento en la relación carnal con personas entre 14 y 18 años de edad (esto es violaciones de la libertad sexual), y no en caso de relaciones perfectamente consentidas (o sea, relaciones sexuales consentidas). Así visto, es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, más aún si se trata de adolescentes y niños, pero de ninguna forma ello equivale a penalizar toda forma de relación sexual sostenida por adolescentes cuando no está en riesgo su indemnidad sexual y, por el contrario, se trata del ejercicio libre de su sexualidad, que indudablemente es un derecho fundamental”.

Argumentos del demandado

54. El apoderado del Congreso de la República sostiene que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley No 28704, no contraviene la Constitución y que debe tomarse en consideración que “la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *última ratio* y de *indubio pro legislatore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

55. En general, la actividad de la jurisdicción penal o jurisdicción constitucional al interpretar la ley penal en un sentido compatible con la Constitución, pero distinto a aquella interpretación del legislador, parte de reconocer que conforme al principio de supremacía constitucional, la jurisdicción, al controlar la actuación legislativa penal, también tiene límites establecidos en la Constitución y vinculados con el respeto al principio de legalidad penal, entre otros bienes constitucionales.

3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal

56. Asumir que el legislador penal sea el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones no implica admitir que la discrecionalidad que tiene este órgano sea absoluta pues, como ya se ha mencionado, se encuentra limitado, al igual que todo poder constituido, mediante los principios constitucionales penales contenidos en la Norma Fundamental (principio de legalidad penal, principio de igualdad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad penal, etc.), lo que convierte su discrecionalidad en una de carácter relativo.

57. El control jurisdiccional de la estricta observancia del respeto a dichos límites se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución), así como también del Poder Judicial (artículo 138° de la Constitución). En cuanto a los tipos de decisiones que pueden expedir tales órganos, en la actualidad se ha superado la clásica distinción entre decisiones estimatorias

y desestimatorias, para dar lugar a una clasificación que, sin dejar de lado las ya mencionadas, ha identificado las denominadas decisiones “interpretativas” en general. Mediante tales sentencias “los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias (...),

antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley” (Cfr. Exp. No 00010-2002-AI/TC).

Al respecto, Fiandaca refiere que “el mismo desarrollo de las teorías de la interpretación refleja un dato definitivamente adquirido: la actividad hermenéutica, lejos de poder ser reducida a una actividad meramente declarativa o explicativa de la voluntad del legislador, implica un inevitable momento creativo y esto es cierto en todos los sectores jurídicos, incluido el derecho penal, que se encuentra vinculado más que otros ámbitos al principio de reserva de ley” [FIANDACA, Giovanni e altro. *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*. Jovene Editore, p. 92].

58. Esta actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no sólo afectaría el principio de legalidad penal, pues conforme al artículo 2º, inciso 24), apartado “d”, de la Norma Fundamental, “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista

en la ley”, el mismo que expresamente ha delegado al legislador, y no a los jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino que también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93º de la Constitución), así como el principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución, pues conforme a dicho principio, al realizar su labor de interpretación, el juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales (cfr. Exp. No 05854-2005-PA/TC, FJ 12 c. y Exp. No 0032-2010-PI/TC, FJ 119).

59. No cabe duda de que la actividad hermenéutica realizada por los jueces al interpretar la ley penal puede contener ciertos elementos “de creación normativa”, si se presentan dudas o problemas al verificar *cuál es el límite* que tienen los jueces al realizar dicha actividad interpretativa, pues el exceso puede terminar materializando los peligros advertidos en el párrafo precedente. La argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* como única justificación para que los jueces puedan crear cualquier contenido normativo no es una que per se y en todos los casos pueda resultar correcta, ni una que pueda ser considerada como único límite a la actividad interpretativa de los jueces. Así por ejemplo, respecto del principio *favor rei*, como criterio de legitimidad para justificar las decisiones “manipulativas” en materia penal, se ha sostenido que dicha argumentación es débil “ante todo porque el principio de reserva de ley en materia penal no puede reducirse, en la óptica del juicio constitucional, al sólo respeto, por parte de la Corte, del principio del *favor rei* (...) No es demostrable –y más bien se puede demostrar fácilmente lo contrario– que la reducción del supuesto de hecho penalizado o de la medida de una pena, no vulnere por sí misma, el artículo 25, 2º párrafo de la Constitución [italiana], [Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho], el que reserva sólo al legislador la elección sobre la punibilidad, así como sobre el *quantum* y sobre el *quomodo*, exigiendo también que el supuesto de hecho penalizado y la medida de la pena sean taxativamente determinadas (...) Reduciendo un supuesto de hecho penalizado, la Corte llega de todos modos a modificar el alcance, el significado original, así como, reduciendo la medida de una pena, la Corte reconstruye la norma (por lo menos en la parte relativa a la sanción). Todo ello, en mi opinión, no es conforme con el principio de legalidad en materia penal constitucionalmente consagrado, que es una garantía para el ciudadano contra la persecución penal, en general, precisamente porque reserva sólo al legislador cualquier elección sobre las normas penales, y no sólo sobre aquellas desfavorables”. [D’AMICO, Marilisa. *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*. Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1990, pp. 41-42].

Ciertamente la argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* puede y debe ser utilizada en materia argumentativa penal, pero no por ello se legitima cualquier decisión interpretativa que adopte la jurisdicción.

En general, antes de aplicar dicho principio de favorabilidad entre dos posiciones normativas es indispensable verificar que dichas posiciones sean compatibles con la Constitución. En ese sentido, conforme al artículo 139º inciso 11) de la Norma Fundamental, que establece “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”, antes de que el juez pueda hacer prevalecer dicha favorabilidad debe cumplir con un requisito previo como es la verificación de que el respectivo sentido interpretativo a favorecer sea constitucionalmente válido (Cfr. Expediente No 00019- 2005-PI/TC).

60. Por tanto, la determinación del *límite* a la jurisdicción cuando interpreta la ley penal se establecerá de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso concreto y según el tipo de sentencia o decisión que se pretenda expedir en el caso, de modo que las cargas de argumentación que justifiquen

una específica decisión jurisdiccional se constituirán en los mecanismos que otorguen legitimidad a las respectivas decisiones judiciales.

61. De otro lado, cabe precisar que tanto las denominadas «sentencias interpretativas», «sentencias aditivas» o «sentencias sustitutivas», entre otras, forman parte de una tipología de decisiones que no sólo pueden ser adoptadas por el Tribunal Constitucional, sino también por los jueces del Poder Judicial en la medida en que el artículo 138° de la Constitución establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Dicho examen de compatibilidad comprende la identificación de las opciones normativas que se desprendan de la respectiva disposición legal y permitan su conservación conforme al marco constitucional.

62. Es importante destacar que si bien los jueces del Poder Judicial pueden adoptar dichas decisiones, ello no excluye el seguimiento de los respectivos mecanismos procedimentales existentes dentro del Poder Judicial para la aplicación del control difuso (artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 3° del Código Procesal Constitucional, según sea el caso), así como la observancia de los criterios vinculantes que en materia de interpretación constitucional penal realice el Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución, artículo 1° y Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como el artículo VI del Título Preliminar del aludido Código).

3.2. Opción «interpretativa» que exige de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?

63. En el presente caso, el apoderado del Congreso de la República aduce que al emitirse los Acuerdos Plenarios N° 7-2007/CJ-116 y 4-2008/CJ-116, la jurisdicción penal ha identificado una interpretación del mencionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, que es conforme con la Constitución, por lo que no puede considerarse que dicha disposición penal sea inconstitucional.

64. En ese sentido, es indispensable distinguir si la interpretación propuesta por el apoderado del Congreso en su contestación de la demanda, es una «decisión interpretativa», una «decisión aditiva» o una «decisión sustitutiva» –que son algunos de los tipos de decisiones que se podrían aproximar a lo resuelto por dicha jurisdicción–, para posteriormente verificar si dicha interpretación, aplicada al ámbito penal, es una que el Tribunal Constitucional pueda asumir como conforme con la Constitución y evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

65. Una «decisión interpretativa» es aquella en la que se materializa en cierta medida el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución. Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el órgano jurisdiccional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, los mismos que demandan que el órgano jurisdiccional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la *ultima ratio* a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución (Exp. No 00002-2008-PI/TC, aclaración).

Las decisiones interpretativas “reductoras” son aquellas que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte que (...)” o “en cuanto (...)” prevé o incluye “algo” contrario a la Norma Fundamental”. “En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional ‘por exceso’” [DÍAZ REVORIO, Javier. “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español”. En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. México, UNAM, 2008, pp. 301-302].

66. La aludida consonancia o relación de conformidad de la ley con la Constitución “no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución. Así pues, en el marco de la interpretación conforme [a] las normas constitucionales no son solamente «normas-parámetro» sino también «normas de contenido» en la determinación del contenido de las leyes ordinarias” (Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. CEC, Madrid, 1983).

67. En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: el *principio de legalidad penal*. En efecto, conforme al artículo 2°, inciso 24,

parágrafo “f”, de la Norma Fundamental, “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, lo que implica que la Constitución ha establecido que el órgano competente para establecer las conductas punibles y las respectivas penas es el Poder Legislativo, lo que excluye claramente a la jurisdicción. En ese sentido, *prima facie*, la jurisdicción, en su actividad de control e interpretación de las leyes penales no puede: *i*) crear nuevos delitos vía interpretativa; *ii*) identificar sentidos interpretativos que cambien por completo o desnaturalicen el contenido normativo establecido por el legislador en la disposición penal o cambien el bien jurídico tutelado por el legislador penal; y *iii*) identificar sentidos interpretativos *in malam partem*, salvo que previamente se haya determinado que el único sentido interpretativo identificado, que impidió la declaratoria de inconstitucional de la disposición, sea conforme con la Constitución, pues la aplicación del principio pro reo (artículo 139°, inciso 11, Constitución) está supeditada a la verificación de la constitucionalidad del sentido interpretativo identificado, tal como se ha sostenido en el párrafo final del fundamento 59 supra.

68. De otro lado, mediante una «*decisión aditiva*» se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión inconstitucional, cuya reparación no puede efectuarse a partir de una interpretación del aludido precepto, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido [Exp. No 00010-2002-AI/TC FJ 30], teniendo como base el respectivo ordenamiento jurídico y que sólo exista una alternativa normativa que cubra la omisión detectada, pues si existen varias alternativas posibles, le corresponderá al legislador la decisión de cuál de ellas adoptar [Exp. N°00030-2005-PI/TC].

69. En materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene un mayor peso axiológico frente a la actividad jurisdiccional de creación normativa complementaria propia de este tipo de decisiones. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, la jurisdicción no puede emitir decisiones aditivas cuando controle leyes penales pues ello afectaría el principio de legalidad penal, al relegar al legislador penal como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas.

70. Por su parte, una «*decisión sustitutiva*» es aquella en que el órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. La parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico y la actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial [Exp. N° 00004-2004-CC/TC FJ 3.3.3].

71. En materia penal, sucede algo similar al tratamiento de las decisiones aditivas, por lo que son de aplicación las mismas consideraciones expresadas con relación a aquellas, quedando, *prima facie*, restringida la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que ello afectaría el principio constitucional de legalidad penal.

72. Seguidamente, veamos en qué consiste la interpretación alternativa propuesta por el demandado, respecto del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, para luego identificar si es una decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva, y posteriormente verificar si ésta puede constituirse en una interpretación de la ley conforme a la Constitución.

73. Conforme lo sostiene el apoderado del Congreso de la República, el bien jurídico protegido en la disposición penal impugnada es la libertad sexual y no la indemnidad sexual, es decir que a partir del impugnado tipo penal sólo se sancionaría a los mayores de edad que tienen acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizan otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad entre 14 años y menos de 18, sin mediar consentimiento.

74. Conforme se aprecia, el emplazado asume como una interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal conforme con la Constitución aquella según la cual, sin alterarse la aludida disposición (Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años), se debía entender que los menores de edad entre 14 años y

menos de 18 tienen libertad sexual y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al cual se le atribuye la autoría de tal delito.

75. En ese sentido, si se tiene en cuenta: i) que la interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, que lo considera incompatible con la Constitución (INTERPRETACION 1), establece que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*, protegiendo de este modo el bien jurídico *indemnidad sexual*; y, ii) que la mencionada interpretación asumida por el apoderado del Congreso de la República, tomando en cuenta lo decidido por la jurisdicción penal (INTERPRETACIÓN 2), prevé que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, protegiendo de este modo el bien jurídico *libertad sexual*; entonces, se puede considerar que ésta última constituye una **“decisión interpretativa reductora”**, en la medida en que sin detectar una omisión en la aludida disposición penal (que caracterizaría a una decisión aditiva), ni modificar o alterar una parte literal de tal disposición (que caracterizaría a una decisión sustitutiva), interpreta la disposición penal cuestionada, cambiando sustancialmente el contenido normativo establecido por el legislador penal y reduciéndolo (pues antes de dicha interpretación se penalizaba cualquier relación sexual de un adulto con un menor de 14 a 18 años de edad, independientemente del consentimiento de dicho menor, y ahora sólo se penalizan las relaciones sexuales en las que no existe consentimiento), lo que implica además el cambio de bien jurídico protegido (la libertad sexual en lugar de la indemnidad sexual).

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18, ¿es conforme con la Constitución?

76. Considerando los límites constitucionales que tiene la interpretación jurisdiccional de las leyes penales, el Tribunal Constitucional estima que la interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, propuesta por el apoderado del Congreso de la República, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen *libertad sexual* y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al que se le atribuye la autoría de tal delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en lugar de indemnidad sexual) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el “consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición” (artículo 20°, inciso 10, del Código Penal), lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal.

77. Por lo tanto, resumidamente, habiéndose determinado: i) que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley No 28704, en el *sentido interpretativo 1 (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años)*, es incompatible con la Constitución; y ii) que el *sentido interpretativo 2* del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado (*si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*), no es una interpretación conforme con la Constitución y que, por tanto, pueda salvar la constitucionalidad de dicha disposición penal; entonces, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley No 28704, y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18.

4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

78. Pese a haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N°28704, y su expulsión del ordenamiento jurídico, este Tribunal estima pertinente verificar si dicha disposición vulnera, además, los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad. Para tal efecto, utilizaremos nuevamente el examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

Argumentos de los demandantes

79. Alegan que “como ciudadano y ciudadana (padre, madre, joven, tutores del nivel primaria y secundaria, médico, entre otros adherentes a la causa) tenemos conocimiento del grado de afectación

que esta traba legal está generando en la salud de los y las adolescentes. Al respecto, explicaremos que la regulación, al penalizar las relaciones consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual (...).

80. Asimismo, refieren que se ha detectado “que –al no adecuarse la norma penal a la realidad– muchos adolescentes que ya conviven y/o mantienen relaciones sexuales tendrán temor de acceder a información sobre salud sexual y reproductiva, de reconocer legalmente a sus hijos, de acceder a una atención prenatal y a partos seguros por temor a ser castigados penalmente; es decir, se verifica una afectación subjetiva de los derechos reproductivos de los adolescentes, así como de su vida privada o íntima en tanto los agentes de salud se verán “obligados” a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violencia sexual, afectando de manera directa la labor que realizan profesionales de salud como los médicos y médicas del país”.

Argumentos del demandado

81. El apoderado del Congreso de la República sostiene que los demandantes “parten de una premisa falsa, pues se considera que la disposición penal impugnada es aplicable a los adolescentes. Al respecto, debemos reiterar una vez más que en el tipo penal cuestionado el sujeto activo sólo puede ser una persona mayor de dieciocho años de edad (...) Si la norma objeto de control sólo resulta aplicable a los mayores, no se puede afirmar que los adolescentes tendrán temor de acceder a información de salud sexual y reproductiva (...) Tampoco es posible argumentar que los agentes de salud se verán obligados a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violación sexual, pues la pareja de la menor adolescente puede ser otro menor, con lo cual no estamos ante el tipo penal establecido en la disposición impugnada”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

82. El Tribunal Constitucional debe controlar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, para lo cual se utilizará el examen escalonado de control de las restricciones a los derechos fundamentales.

Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental

83. Se trata, en esta primera fase, de verificar sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el respectivo derecho fundamental. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho, y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.

84. En cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie*, cabe mencionar que sobre el derecho fundamental a no ser privado de información, el artículo 2º, inciso 5), de la Constitución garantiza el derecho de toda persona de solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional.

Tal derecho constituye, por un lado, el reconocimiento de un derecho fundamental, y por el otro, el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente (Expediente N°00959-2004-HD/TC FFJJ 4 a 6). En esa medida, la restricción del derecho al acceso a la información resulta ser una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional.

El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, además, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y la obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que la misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz (Expediente No 04042-2011-PHD/TC FJ10).

Sobre el derecho a la información, la Convención sobre los derechos del niño, establece en su artículo 17º que “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental (...)”.

85. En cuanto al derecho a la salud, la Constitución establece en el artículo 7º que “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la

normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido” (Expediente No 02945-2003-AA/TC FJ 28).

Asimismo, ha sostenido que “no puede ser entendido como una norma que requiere de desarrollo legal para su efectividad, siendo así, podemos afirmar que posee una doble dimensión: a) el derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud; y, b) el derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica” (Expediente No 03599-2007- PA/TC FJ 2).

Es claro que algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a información y educación sexual.

86. En cuanto al derecho a la intimidad, específicamente al derecho a la vida privada, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “está constituid[o] por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (Expediente No 06712-2005-HC/TC FJ 38).

87. Por su parte, los *titulares de los derechos* a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad son todos los mayores de 18 años de edad, pero también, teniendo como base las mismas razones expuestas con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y con relación a lo peticionado en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 pueden ser titulares de dichos derechos en los asuntos vinculados a su libertad sexual.

88. En cuanto quiénes son los *sujetos pasivos u obligados* por los aludidos derechos, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que no sólo tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho, sino también de realizar acciones que posibiliten su libre ejercicio.

Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental

89. En este punto, corresponde verificar si la medida penal impugnada contiene o no limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales mencionados en los párrafos precedentes.

90. En el presente caso, el cuestionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N°28704, sanciona a toda aquella persona mayor de edad (sujeto activo) que tenga relaciones sexuales con menores de 14 a menos de 18 años de edad (sujetos pasivos).

Dicha disposición penal no es aplicable a aquel autor que sea menor de edad pues dicho supuesto no está previsto por el Código Penal, sino por disposiciones legales especiales como el Código de los Niños y Adolescentes, que precisamente regula las infracciones que puedan cometer los menores de edad.

91. Así las cosas, corresponde verificar cuál es el sujeto sobre el que se puede predicar la intervención o restricción de sus derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad. Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, que descarta que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal sancione la conducta de un *sujeto activo* (autor) que sea menor de edad, entonces se debe examinar si se interviene o restringe tales derechos fundamentales a los menores de edad entre 14 años a menos de 18 que sean *sujetos pasivos* de la conducta sancionable.

92. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que dicho contenido prohibitivo no constituye una intervención en el ámbito *prima facie* de los derechos fundamentales de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, pues la impugnada disposición penal no limita o restringe el derecho de estos menores (sujetos pasivos) pues: *i)* con relación al derecho a la información, no impide a dichos menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información vinculada a la actividad sexual, ni impide al Ministerio de Salud, entre otros órganos estatales, cumplir con su obligación de establecer sistemas de

información eficaces dirigidos a los adolescentes sobre las posibilidades, desarrollo y consecuencias de la actividad sexual; *ii*) con relación a su derecho a la salud, la disposición penal cuestionada no restringe el derecho a una atención oportuna en caso de gestación temprana o a atención prenatal, tal como lo sostienen los demandantes; y, *iii*) con relación al derecho a la intimidad (vida privada) de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 –como sujetos pasivos de la conducta sancionable–, no se aprecia en qué medida la prohibición que contiene la disposición penal cuestionada tiene incidencia sobre la reserva y privacidad de de hecho o actos que forman parte de la intimidad de aquellos, y cuya divulgación por otros puede aparejar algún daño, o que se dirija a los médicos o profesionales de salud y los obligue a realizar denuncias.

93. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que en el presente caso no se ha acreditado que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, vulnere los derechos a la información, a la salud y a la intimidad de los adolescentes.

5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad

94. En la demanda de autos, se alega además que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, vulnera el derecho fundamental a la igualdad. Seguidamente se verificará cuáles son los argumentos de las partes sobre este cuestionamiento.

Argumentos de los demandantes

95. Sostienen que en la disposición impugnada existe un tratamiento diferente basado en la edad de las personas con las que se tiene relaciones carnales, lo que representa una intervención en la prohibición de no discriminar.

96. La disposición impugnada representa una intervención de intensidad *grave* en la medida en que se afecta derechos fundamentales como al libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al *objetivo* y *fin* de la norma, refieren que este sería la protección de la indemnidad sexual de los adolescentes (finalidad - bien constitucional que se tutela), sancionando a quienes la violentan, con la finalidad de reducir la incidencia de este tipo de agresiones (objetivo - estado de cosas que se quiere lograr).

97. Sobre la *idoneidad* de la medida, alegan que, en efecto, penalizando las relaciones sostenidas entre 14 y 18 años se persigue un efecto disuasivo relacionado con la posible menor incidencia en delitos contra la libertad sexual de los adolescentes.

98. Respecto de la *necesidad* de la medida, manifiestan que en este punto se evidencia la inconstitucionalidad de la medida, pues existen diversas medidas que permitiendo obtener igual resultado, hacen innecesario establecer una intervención basada en la edad entre adolescentes y adultos. Si se quiere proteger la indemnidad sexual de los adolescentes, lo que debe sancionarse penalmente es la práctica de relaciones sexuales mediando amenaza, violencia o dominio de algún tipo, pero en ningún caso la exploración o ejercicio libre de la propia personalidad sexual.

99. Finalmente, mencionan que siendo de intensidad *grave* la afectación al derecho a la igualdad, en sentido contrario no puede acreditarse que la penalización de relaciones sexuales con adolescentes, a diferencia de lo que sucede entre adultos, permita satisfacer de mejor manera la protección de la indemnidad sexual, de modo que, aunque no es necesario examinar la *proporcionalidad en estricto* de la medida penal, es evidente que tampoco la supera. Por tanto, la medida resulta contraria al mandato de igualdad.

Argumentos del demandado

100. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la medida penal cuestionada supera todos los exámenes del test de igualdad y que, por tanto, no vulnera el principio de igualdad.

101. Aduce que la introducción del tratamiento diferenciado da lugar a dos grupos de destinatarios de la norma: 1) los mayores de edad que tienen “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal” o realizan “otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad” que tiene “entre catorce años de edad y menos de dieciocho”; y, 2) los mayores de edad que incurrir en tales conductas con otros mayores. Tal *tratamiento diferenciado* consiste en establecer una sanción penal a los mayores de edad que tienen “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal” o realizan “otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad” que “tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho”. La situación jurídica que funciona en este caso

como término de comparación está constituida por la norma según la cual no son sancionados penalmente (consecuencia jurídica) los mayores de edad que incurrir en las referidas conductas con otros mayores (supuestos de hecho).

102. Respecto de la intensidad de la intervención, expone que la medida cuestionada no guarda relación alguna con la diferenciación de intensidad grave debido a que no se sustenta en ninguno de los motivos establecidos en el artículo 2°, inciso 2), de la Constitución y menos aún impide el ejercicio o goce de un derecho fundamental, por lo que debe asumirse que la intensidad de la intervención es leve.

103. El *objetivo* del tratamiento diferenciado, -aduce- es la disminución de casos de “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal” u “otros actos análogos” entre un mayor de edad y un menor que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho”. El fin es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de dichos menores.

104. Respecto de la *idoneidad* de la medida refiere que a través de la disposición penal impugnada (medio) se puede lograr que se disminuyan las conductas que aquella prohíbe (objetivo), y a su vez que dicho objetivo es idóneo para proteger la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho.

105. En cuanto al examen de *necesidad* fundamenta que en la demanda no se plantea una medida que, a la vez, sea: 1) idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. En ese sentido, la medida impugnada supera dicho examen de necesidad.

106. Finalmente, sostiene que la medida penal impugnada resulta *proporcional en sentido estricto* puesto que el grado de realización u optimización del fin constitucional (protección de la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho) no es menor que la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad (intensidad leve). Por tanto, concluye que la intervención en la igualdad analizada supera el test de igualdad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

107. Teniendo en cuenta que en las primeras consideraciones de la presente sentencia se ha realizado el control de constitucionalidad del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, y se ha determinado que es inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, el Tribunal Constitucional estima que carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre si dicha disposición penal vulnera o no el principio de igualdad.

6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

108. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204° de la Constitución establece que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

109. Asimismo, el artículo 103° de la Constitución prevé que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.

110. En cuanto a los efectos de la irretroactividad, el artículo 83° del Código Procesal Constitucional establece que “Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 [retroactividad benigna en materia penal] y último párrafo del artículo 74 de la Constitución. Por la declaración de (...) inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado”

111. Con independencia de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado constitucional de derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta.

112. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la

Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que trastocan aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación la ley inconstitucional, *tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención*” [ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti. En: Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Giuffrè, Milano, 1989. pp.195 y 198].*

113. En el presente caso, teniendo en cuenta que la disposición impugnada resulta inconstitucional, y que al versar sobre materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad va a generar efectos en procesos penales en trámite y procesos penales terminados, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito suficiente para pronunciarse sobre los efectos de la presente sentencia, más aún si la expulsión de la disposición cuestionada podría dejar sin juzgamiento determinados casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18.

114. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que no se acredita el consentimiento de dichos menores). Asimismo, tal declaración de inconstitucionalidad no implica que a dichos procesados o condenados, cuando corresponda, no se les pueda procesar nuevamente por el delito de violación sexual regulado en el artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos a dicho juzgamiento.

115. Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarán sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de “sustitución de pena”, “adecuación del tipo penal” o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente.

116. Finalmente, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño y del adolescente (artículo 4° de la Constitución), y que es de público conocimiento que en nuestra sociedad los delitos de violación, agresión o abuso sexual, especialmente contra menores de edad, constituyen un tipo grave de afectación a los derechos de aquellos, debe exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, legisle de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, las respectivas disposiciones penales del capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal que tengan por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y en consecuencia, inconstitucional el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704.
2. Declarar que la presente sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y

condenados por violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18, conforme a lo expresado en los fundamentos 114 y 115 *supra*.

3. Exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, pueda legislar de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, todos aquellos casos que comprometan los derechos fundamentales de los menores de edad y se encuentren contenidos en el capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por las siguientes consideraciones:

Demanda de Inconstitucionalidad

1. Con fecha 3 de abril de 2012 diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1o de la Ley N°28704, que modifica el artículo 173o, inciso 3), del Código Penal, argumentando que tal norma es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*ultima ratio* en la aplicación del Derecho Penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y adolescentes.

Se advierte que los demandantes persiguen que se declare la inconstitucionalidad de la citada disposición, debiéndose como consecuencia de ello dejar sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

i) *El libre desarrollo de la personalidad*, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.

ii) *No ser privado de información* que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable);

iii) *El derecho a la salud* (sexual y reproductiva), así como los de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, puesto que al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual.

iv) *El derecho a la igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando así el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueve su exploración saludable así como su ejercicio responsable e informado.

v) *El principio de interés superior del niño y el adolescente* que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.

vi) *El principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas*, así como el carácter subsidiario del Derecho Penal.

Contestación de la demanda

2. El Procurador del Congreso de la República contesta la demanda considerando que ésta debe ser *declarada infundada, argumentando que no contraviene la Constitución del Estado ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.*

3. Señala también que existe una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme a la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Acuerdo Plenario y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N° 4- 2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio y de indubio pro legisladore, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

4. Asimismo expresa que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda, puesto que si bien expresa que es legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, mas aun si se trata de adolescentes, también señala que se debe expulsar la disposición penal impugnada del ordenamiento, trayendo esto como consecuencia que para tales casos se va a tener que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

Delimitación del Petitorio

5. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1o de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173o, inciso 3) del Código Penal. Este artículo establece lo siguiente: "Modificanse los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente: (...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años."

6. Le corresponde entonces a este Colegiado evaluar la constitucionalidad de la disposición cuestionada, siendo necesario analizar si existe una intervención injustificada en el ámbito constitucional de los derechos invocados por los demandantes. Es así que considero necesario establecer el objeto de la norma y los derechos fundamentales cuya protección persigue.

Posición del Estado frente a los derechos de los menores

7. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 4° que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono." (subrayado y resaltado agregado)

8. Asimismo el artículo 43° del Código Civil señala que:

Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

El artículo 44° establece que:

Son relativamente incapaces:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

9. El Código de los niños y Adolescentes establece en los artículos I y II del Título Preliminar que:

"Artículo I: Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario."

Artículo II: Sujeto de derechos.-

El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.

Asimismo el artículo IV del mismo cuerpo legal establece que:

"Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes."

El artículo IX de la referida norma señala que

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

El artículo 4° del Código del Niño y de los Adolescentes señala que:

“El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación”.

10. Finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada, mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, señala en su Preámbulo que:

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

(...)

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

(...)

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (subrayado agregado)

Asimismo en el artículo 1° y 3° de la misma Convención se expresa que:

Artículo 1°.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3°.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

11. Es claro entonces que el Estado, considerando la especial posición de los menores, ha buscado su protección a través de políticas estatales, normativas, etc, expresando un especial tratamiento que solo busca ser una garantía que blinde a los menores de cualquier atentado a sus derechos fundamentales.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

12. La Constitución Política del Estado reconoce el derecho al libre desarrollo en el artículo 2, inciso 11. Sobre este derecho ha afirmado este Tribunal lo siguiente:

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

13. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

14. La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.” (Exp. 03901-2007-PA/TC)

15. Es bien cierto que, como sucede con otros derechos fundamentales, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

16. En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

17. Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable.

En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. Jur. 5].

18. La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen garantías normativas con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio

19. Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.

20. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las “garantías normativas” [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario.

21. Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un “límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. “De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción” [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].

22. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

23. Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con

rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (STC No 2868-2004-AA/ TC)

24. De lo expuesto se advierte que toda limitación impuesta legislativamente solo podrá considerarse constitucional no solo si respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho sino si cumple con el respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

25. En el caso de autos encontramos que la normativa cuestionada expresa que:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.”

26. Los demandantes afirman que tal disposición normativa afecta sus derechos los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, entre otros derechos.

El ente emplazado expresa, entre otros argumentos, que la disposición impugnada no afecta el principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, refiere que la mencionada norma busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad, considerando que la medida adoptada es idónea. Respecto al principio de necesidad señala que del contenido de la demanda se observa que la citada disposición no plantea una medida alternativa que a la vez sea idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, y que a la vez constituya una limitación y/o restricción más benigna al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que la medida cuestionada no transgrede el principio de necesidad.

Finalmente respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto señala el ente demandado que haciendo una comparación sobre el grado de protección al derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, con el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de su sexualidad, es evidente que la medida cuestionada resulta proporcional superando por ello el test de proporcionalidad.

Análisis de la norma cuestionada

27. Se advierte de la lectura de la norma cuestionada que en puridad ha asumido una medida legislativa tendiente a proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, sancionando con mayor severidad a los que atenten contra ellos. La pregunta sería ¿Con la adopción de dicha medida legislativa para proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual se interviene de manera injustificada y desproporcional el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del derecho a la libertad sexual? Y tal interrogante surge principalmente porque se considera que la medida legislativa no ha tomado en cuenta el consentimiento de los menores entre 14 y 18 años, afectándose así su derecho a la libertad sexual. La respuesta a dicha interrogante es positiva, puesto que el legislador al emitir la disposición cuestionada en su afán de proteger el derecho a la indemnidad sexual ha intervenido el derecho a la libertad sexual de los menores, siendo necesario evaluar –conforme lo ha hecho el proyecto puesto a mi vista– si dicha medida legislativa supera el test de proporcionalidad, debiendo analizar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?

28. Aquí evaluaremos si la medida legislativa adoptada es adecuada para lograr tal fin. Es así que tenemos que evaluar la relación de medio-fin, esto es si la medida legislativa adoptada cumple el fin propuesto por el legislador. En tal sentido si tenemos que el fin o propósito de la disposición cuestionada principalmente es la protección de derecho a la indemnidad sexual, constituyéndose éste en el bien jurídico tutelado por el derecho penal.

¿Qué es el derecho a la indemnidad sexual? Conforme lo expresa el proyecto en mayoría, Con la indemnidad sexual “se quiere reflejar el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de

cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento” [DIEZ RIPOLLES. Jose Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en: Anuario de Derecho Penal, No 1999-2000, p. 14].

29. Por ende con la medida legislativa adoptada evidentemente se protege el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, puesto que, considerando su especial posición, el legislador ha buscado que queden exentas de cualquier daño derivado de una experiencia sexual, mas aun teniendo presente su estado de “formación” tanto psíquica como física. Por tanto la medida adoptada efectivamente logra dicho objetivo, ya que con ello se expresa a la sociedad que cualquier contacto sexual con menores entre 14 y 18 años será pasible de una sanción, actuando ésta como un efecto desmotivador.

El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?

30. En esta etapa de análisis es necesario evaluar si existe otra medida alternativa que se constituya en una medida menos gravosa al derecho intervenido (derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad).

31. Es así que el legislador al asumir determinada posición que afecte o restrinja en mayor o menor grado un derecho fundamental debe siempre evaluar todas las alternativas posibles a efectos de que para sancionar determinada conducta criminalizada se intervenga un derecho fundamental de la manera menos aflictiva.

32. A mi juicio considero que la disposición cuestionada ha sido la alternativa menos gravosa asumida por el legislador, puesto que al considerar que los menores entre 14 y 18 años de edad tienen una especial posición frente al Estado corresponde a éste asumir la posición más garantista a sus derechos, por ende al buscar proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores no encuentro una medida alternativa menos gravosa que garantice el derecho a la indemnidad sexual.

33. El proyecto en mayoría considera como una medida alternativa menos gravosa el “que se sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales *no consentidas* con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.” Respecto a dicha alternativa tomada como medida menos gravosa al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, considero de suma importancia expresar lo siguiente en atención a que considero no solo errada dicha alternativa sino también peligrosa:

a) No solo la legislación nacional sino la legislación internacional han considerado a los menores como sujeto de derecho y de especial protección, puesto que por su “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Es así que no existe duda respecto a que los menores entre 14 y 18 años de edad, están en etapa de formación, por lo que su madurez tanto física y mental aun no se encuentran definidas, razón por la que el Estado asume el rol de protector y garante de sus derechos fundamentales.

b) Por ello mi pregunta sería ¿es válido el solo consentimiento del menor entre 14 y 18 años de edad, para que se exima de una sanción penal a una persona que tenga *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor?* ¿Podríamos afirmar que el consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no se encuentra viciado y no puede ser objeto de manipulación o inducción por parte de otra persona?. Para mí las respuestas a estas interrogantes son capitales, ya que ello constituirá la razón por la que se puede considerar la medida adoptada como mas gravosa al derecho al desarrollo de la personalidad.

Respecto a la primera interrogante considero que el solo consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no puede ser considerado como valido, ya que precisamente por encontrarse en etapa de formación (física y psíquica) merece protección del Estado, no pudiendo considerar que su consentimiento implica una decisión pensada y razonada de manera adecuada. En tal sentido el expresar que el consentimiento de un menor exime de sanción penal a otra persona adulta, es grave y en algunos casos puede resultar hasta perjudicial para estos menores. Por ello es que el Estado —a

través de la norma cuestionada– persigue la protección de la indemnidad sexual que es muy diferente a la libertad sexual, ya que precisamente conscientes de la falta de madurez de los menores se busca apartarlos de cualquier manipulación que los lleve a decidir tener relaciones sexuales sin juzgar las posibles consecuencias y peor aun sin advertir las reales intenciones de quien los induce a ello.

Respecto a la segunda interrogante expreso que precisamente la falta de madurez –por encontrarse en formación– de los menores entre 14 y 18 años, los hace vulnerables a efectos de que sean inducidos o engañados con el objeto de tener relaciones sexuales, siendo presa fácil de personas inescrupulosas que buscan aprovecharse sexualmente de éstos. Por ende si bien la medida legislativa adoptada es limitativa de los derechos de los referidos menores, no encuentro una medida alternativa menos gravosa a su derecho, puesto que el considerar como medida alternativa el despenalizar las relaciones sexuales sin violencia por el solo consentimiento de estos menores implica la desprotección por parte del Estado de estos menores, quienes no tienen la suficiente madurez física ni psicológica, haciéndolos –repito– vulnerables a personas inescrupulosas que pueden obtener un consentimiento que en sí ha sido manipulado o inducido, y hasta muchas veces comprado.

c) Finalmente considero necesario señalar que existen casos en los cuales –sin duda– el consentimiento sea válido y real, en atención a que se acreditará la existencia de una relación sentimental en la cual no ha existido manipulación por parte de un tercero, supuestos que deberán ser evaluados y ponderados –caso por caso– por el juez penal que analice la causa, ya que no puede aplicarse de manera indiscriminada la norma penal, debiendo existir criterios validos y constitucionales que ameritaran un ponderado estudio del juzgador.

34. En tal sentido la norma supera el sub principio de necesidad al no advertirse una medida menos gravosa al derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad.

El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?

35. Este subprincipio implica que “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (STC No 0023-2005-PI/TC). En otras palabras se busca un equilibrio entre el grado de satisfacción de un derecho y la afectación de otro derecho, de manera que la afectación no sea desproporcionada.

36. Considero que si bien la medida legislativa tiene una intervención en el derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, de intensidad grave, también el grado de satisfacción de los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de la medida legislativa adoptada es de intensidad elevada, puesto que principalmente se busca proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, desmotivando –con la sanción penal– la comisión de dicho delito, transmitiendo a la sociedad la preocupación del Estado por la búsqueda del bien para estos menores que por encontrarse en estado de formación no tienen la capacidad para decidir de manera libre y razonada.

37. Por lo expuesto la medida adoptada supera este sub principio, por lo que considero que la norma cuestionada no es inconstitucional, razón por la que la demanda debe ser desestimada por infundada.

38. Finalmente considero que no es necesario evaluar el sentido interpretativo propuesto por el emplazado, esto es que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, puesto que dicho sentido interpretativo no se infiere de manera alguna de la disposición cuestionada.

39. No obstante lo expuesto considero que tal disposición trae consigo gran responsabilidad para los jueces penales del país, ya que deben evaluar los casos de manera razonada y ponderada, a efectos de no cometer excesos ni arbitrariedades.

Por las razones expuestas mi voto es por que se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° de la Ley No 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal.

S.

VERGARA GOTELLI

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
CALLE HAYEN**

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas al suscribir el proyecto en mayoría, disiento del mismo por lo que procedo a emitir el presente voto singular:

1. En efecto, con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1o de la Ley 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad y de los derechos sexuales como expresión de este; el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por motivo de edad. Precisan también que existen afectaciones concretas que se pretenden invisibilizar con la modificación generada por el artículo 1 de la Ley N° 28704, las cuales serían los derechos a no ser privado de información, al acceso a servicio de salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes.
2. Atendiendo a la pretensión, lo que se persigue a través de la presente acción de inconstitucionalidad es que se deje sin efecto la penalización de “ todo acto sexual consentido” ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18, con lo cual queda claro que nuestro pronunciamiento está dirigido a verificar si la ley materia de control resulta vulneratoria a derecho constitucional de los adolescentes.
3. A tal efecto nos remitimos a la norma cuestionada el mismo que a la letra dice:

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

(...)

3. *Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*

4. Del texto de la norma y atendiendo a la pretensión, en efecto la Ley N° 28704, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, con fecha 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° del Código Penal, - abuso sexual de menores de 14 años- mediante la cual se amplía la protección legal establecida solo para los menores de catorce años de edad, por lo que a partir de su dación la protección también alcanza a los adolescentes entre catorce años de edad y menos de dieciocho; de esta forma mantener relaciones sexuales con un o una adolescente constituiría delito.

5. Al respecto nos remitimos al precedente legislativo, donde podemos advertir que en la formulación original el artículo 170° del Código Penal de 1991 respecto a los delitos sexuales estaba considerado como tipo base que tutelaba la libertad sexual, pues protegía el bien jurídico

libertad sexual, mientras que el artículo 173 del texto original, tutelaba la indemnidad sexual, pues sancionaba el delito sexual contra los menores de 14 años. Según el texto original, el Código Penal Peruano sancionaba las agresiones sexuales contra los menores de 14 a 18 años a través del artículo 170o equiparando la pena a la violación sexual de adultos, cuando en realidad, materialmente por la condición de minoría de edad de la víctima, las agresiones sexuales contra menores resultaba mucho mas reprochable; no habiendo el legislador tomado en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño que había sido ratificada por el Perú un año antes de la promulgación del Código Penal.

6. La Convención sobre los Derechos del niño ratificada por el Perú mediante Decreto Ley N° 25278 del 04 de agosto de 1990, es el primer instrumento internacional jurídico vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales sobre los derechos del niño; y que, a partir de la suscripción por el Estado peruano, éste se obligó a brindar una mayor y preferente protección a los niños, niñas y adolescentes, los que son considerados como menores de edad hasta los 18 años. Así en su artículo 19°, la Convención reconoce la obligación de los Estados partes a adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual del que fueran víctima los menores de edad.

7. La Convención reconoce cuatro principios fundamentales como son: la no discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia, el desarrollo, y la participación. Además debe tenerse en cuenta que desde el año 2001 se cuenta con el Código de los Niños y Adolescentes (Ley No 27337) que obliga al Estado a brindar una atención integral a los niños, niñas y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual, cuyo artículo I del Título Preliminar establece que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir, los 18 años de edad. Es en esa normatividad interna donde también se reconoce como principio, el “interés

superior del niño”, por el cual el Estado peruano está obligado a estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño, conforme lo ha establecido este mismo Tribunal en uniforme jurisprudencia. Asimismo el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, reconoce como fuente de interpretación y aplicación, a la Convención sobre los Derechos del niño.

8. Es como consecuencia de esta legislación supranacional e interna, que se incorpora un nuevo valor en la política criminal del Estado peruano, como es el de brindar a través de la ley penal (sustantiva, procesal y de ejecución), una mayor protección penal a los niños, niñas y adolescentes de las agresiones sexuales. Con la dación de la Ley 28251 se introdujo una serie de modificaciones en el Código Penal relativas a la prostitución infantil, a la pornografía infantil, y a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo. Asimismo se modifica el artículo 170 del Código Penal, incorporándose como circunstancia agravante del delito la violación de la libertad sexual (tipo base), el hecho de que la víctima sea menor de 14 a 18 años (tipo agravado). De esta manera a partir de esta modificatoria legal, el legislador penal distingue claramente las agresiones sexuales contra menores de edad de las producidas a mayores de edad y además, que las agresiones sexuales a menores de edad son mucho más graves y reprochables que las agresiones sexuales a mayores de edad (18 a más), por tanto ya no era posible sancionar un caso de abuso sexual de una menor de edad (14 a 18) como si fuera un caso de violación real de mayor de edad. Esta ley resulta relevante, pues a partir de ella, se establece el trato diferenciado a favor de una mayor protección penal de los menores de edad.

9. Este cambio de diferenciar las agresiones sexuales de menores de edad de las de adultos y de sancionar con mayor dureza los primeros fue a consecuencia del cumplimiento de la convención de los Derechos del Niño. Como se aprecia, el mayor reproche penal del abuso sexual de menores de edad se sustenta en garantizar su mayor protección, lo que se empieza a lograr con la modificación del Código Penal a través de la Ley 28251.

10. Mediante la Ley N° 28704 publicada el 05 de abril de 2006, se modifica el Código Penal y se traslada la agravante de la víctima menor de edad (14 a 18 años) del artículo 170, al inciso 3) del artículo 173, dándose de esta forma cumplimiento al compromiso internacional de la Convención del Niño y maximizando la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a los abusos sexuales.

11. Como podemos advertir, del texto original del Código Penal, el objeto de la norma por medio del artículo 173 se tutela el bien jurídico indemnidad sexual, y con la modificatoria hecha por la Ley N°28704, la conducta de agresión sexual de menores reguladas en el artículo 170 (libertad sexual) pasaba ahora a ser considerada dentro de los delitos contra la indemnidad sexual del artículo 173°. Esta modificatoria legal marcó mucho más la diferencia entre los delitos de abuso sexual de víctimas menores de edad del caso de las víctimas mayores de edad, lo que se reflejó además en la mayor penalidad y prohibición de beneficios penitenciarios para los primeros, promoviendo con ello una mejor protección a los niños, niñas y adolescentes, garantizando así una mayor eficacia preventiva general y especial de los delitos de abuso sexual de menores, aspectos que no han sido tomados en cuenta en el voto en mayoría.

12. Este Tribunal en su STC No 0012-2010-PI resolviendo la demanda inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 2o y primer párrafo del artículo 3o de la Ley 28704, apuesta por la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4o de la Constitución y en la Declaración de los Derechos del Niño, mediante la cual se ha expresado que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”; así tenemos que en su fundamento 29) señala:

...[p]or su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por vía de dicha intervención en la igualdad, eliminando el acceso a determinados institutos que reducirían el quantum de ejecución de la pena impuesta, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores, b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de este delito, así como c) generar un primer efecto reeducador en el delincuente que incurra en éste.

Asimismo en su fundamento 30), precisa que “[a] juicio de este Tribunal, los tres bienes que buscan satisfacerse gozan de un valor importante en el sistema constitucional. En particular, la búsqueda de desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad tiene un peso axiológico intenso que justifica el trato diferenciado. Ello en razón de las siguientes consideraciones:

a) El menor de edad se encuentra en comparación al mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física. Esta fue una consideración fundamental en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño,

proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución No 1386 (XVI), del 20 de noviembre de 1959, y reiterada en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Legislativa N° 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, y que entró en vigencia para el Estado peruano el 4 de octubre del mismo año. En ella se señala que el “ el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Asimismo, es básicamente esta consideración vinculada a la vulnerabilidad del niño y del adolescente, la que lleva al Código Civil a considerar al

menor de 16 años, salvo en circunstancias extraordinarias, un incapaz absoluto (artículo 43o del Código Civil), y al menor entre 16 y 18 años, un incapaz relativo (artículo 44° del Código Civil).

b) Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4o de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger “especialmente al niño”. En este precepto reside la constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos.

Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios *pro homine* y *favor debilis*.

En relación con ello, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este Tribunal ha considerado que de ello se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos [los menores de edad]; bien se trata de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales” (STC 0052-2004-PA/TC. Fundamento 8).

c) El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un ideal regulativo, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige. El presente está protegido por la Constitución, pero ella en su vocación de ser “vívida” cada más por la comunidad que gobierna, observa el futuro como una oportunidad para ser menos requerida, no en razón a un menor compromiso social con sus postulados valorativos, sino, por el contrario como consecuencia de ser cada vez más eficaz sin necesidad de ser aplicada coactivamente. Esa vocación y esperanza puesta en un mañana mas constitucionalizado de lo que está el presente, que este Tribunal aprecia en la Norma Fundamental, que exige hoy un particular rigor en el cuidado constitucional de los niños y adolescentes. Este es el fundamento trascendental que subyace a la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4o de la Constitución, y es, entre otras cosas, la razón por la que en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se ha expresado con acierto “ que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

13. Sin embargo esa protección justificada de parte del legislador de proteger a los menores de 18 años de los abusos de parte de los adultos, no permitió observar que la medida también restringe el libre desarrollo de la personalidad en su amplia expresión de los menores adolescentes, quienes en busca de su desarrollo y exploración de vida sexual mantienen relaciones sexuales con el peligro de que producto de ello la menor salga embarazada y ello conlleve a que el menor de 14 a 18 sea considerado con infractor y por ello purgue una pena privativa de la libertad de 25 años, cuando en dicha exploración operó el consentimiento mutuo.

14. Que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, ha establecido que “ *toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio de interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*”. Siendo que dentro de ese respeto está el derecho a su libre desarrollo de su personalidad y atendiendo a las estadísticas respecto al inicio sexual de los adolescentes en comparación con otros países que el inicio sexual de los adolescentes se inicia a los 12 años; al respecto el Perú no es ajeno a ello, tal es así que se ha permitido la entrega de métodos anticonceptivos

en los colegios, con lo cual demuestra que el inicio sexual de los adolescentes es evidente, máxime si los mismos adolescentes se expresan señalando que la ley debe favorecerlos y no perseguirlos; esto demuestra una clara omisión de parte del legislador respecto a la inimputabilidad de las relaciones sexuales entre menores de 14 a 18. Sin embargo dicha omisión no puede permitir que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pues atentaría contra el bien superior del niño y lo establecido en la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (14 a 18 años), sino también a los mayores de 18 años.

15. Siendo esto así, y si bien es cierto la norma materia de control al disponer que las relaciones sexuales con un menor de 14 a 18 años será reprimido con pena no menor de 25 ni mayor de 30 años, no está diferenciando si el agente es menor o mayor edad, omisión que no puede conllevar a una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, pues esta ha sido emitida para proteger a los menores de 14 a 18 años de los abusos sexuales cometidos por adultos, con lo cual se estaría atentando contra el bien superior del niño y en contra de la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (menor de 14 y menor de 18 años), sino también a los mayores de 18 años; por lo que se hace necesario sin declarar la inconstitucionalidad del inciso 3) del artículo 173 en stricto, proceder a elaborar una sentencia interpretativa aditiva al haberse determinado la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, procediendo a interpretar el texto que consideramos incompleto por atentar con el bien superior del niño en su libre desarrollo de su personalidad y el respeto de sus derechos.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es por que:

1.- Se declare **INFUNDADA** la demanda.

2.- INTERPRETESE; que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, conforme a los fundamentos del presente voto y atendiendo a su real pretensión, **no es inconstitucional** siempre que se interprete que:

- La relación sexual consentida entre adolescentes menores de 14 a 18 años **está exenta de responsabilidad penal;**

3.- La policía nacional, el Ministerio Público y todos los jueces de la república deben acatar este criterio bajo responsabilidad.

4.- Asimismo, bajo los efectos retroactivos que debe tener la presente sentencia por imperio de la ley más favorable en materia penal, debe revisarse los procesos en los que se haya condenado o procesado a los que se encuentren dentro del alcance de esta interpretación.

5.-EXHORTAR al Congreso de la República para que en la brevedad, atendiendo a los fundamentos expuestos, legisle con mayor precisión la diferenciación expresada en la presente sentencia.

6.EXHORTAR al órgano Ejecutivo, al órgano Legislativo, y otros organismos encargados del Estado, se preocupen por desarrollar una mejor educación sexual de la población adolescente así como el respeto a su libre desenvolvimiento dentro de la sociedad.

Sr

CALLE HAYEN

Anexo 4

ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial Art. 116° TUO LOPJ

**ASUNTO: Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173°.3
CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial
de la pena**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisprudencial de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas en las que la aplicación del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal recaía sobre imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para "...el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

7. Por otro lado, el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad. De igual manera, el artículo 179° A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que "...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años". Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien "...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años".

8. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: "...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado" (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho Penal – Parte General, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado -influencia en su mundo personal, familiar y social-] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: Introducción al Derecho Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal -incluso si se tiene en cuenta delitos de una indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.

10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad -por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

11. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub iudice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

a) Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.

b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.

c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.

d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso -como se ha indicado- median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal -que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

III. DECISIÓN.

13. *En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:*

ACORDARON:

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano".

Hágase saber.

S.s.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDÓÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERON CASTILLO

ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI

Anexo 5

ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial Art. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Aplicación del Artículo 173°.3 del Código Penal.

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 ° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a **(1)** la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; **(2)** la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, **(3)** el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder

Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El sub tipo legal agravado del art. 173°.3) del Código Penal.

6°. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7°. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8°. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre

que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9°. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma Rubio Correa, Marcial, “...en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...” (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso.

10°. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley. El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: “*Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción*”. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, “*Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*”.

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única

posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso. Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

12°. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes. Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

13°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

14°. **Establecer** como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.

15°. **Precisar** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

16. **Publicar** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
ROJAS MARAVÍ

PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

Anexo 6

ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES****PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116****FUNDAMENTO: ARTICULO 116° TUO LOPJ****ASUNTO: RECONDUCCIÓN DEL DELITO DE ABUXO SEXUAL NO
CONSENTIDO POR ADOLESCENTES MAYORES DE 14 Y
MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD, AL ARTÍCULO 170 DEL
CÓDIGO PENAL**

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES.**

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 53-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Juez Supremo Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó la participación ciudadana a través de instituciones académicas en audiencia pública- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de participación ciudadana y la selección de las ponencias que serán expuestas en la audiencia pública. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en los problemas hermenéuticos, así como la importancia y conflictuabilidad técnico jurídica, referido al reexamen de la tipificación del delito de violación de la libertad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, en los que no medió consentimiento del sujeto pasivo. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo sobre el tema en cuestión.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora María del Carmen García Cantizano, representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal; la señorita Rossina Guerrero, representante del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la señorita Cynthia Silva, representante del estudio

para la Defensa de los Derechos de la Mujer; y finalmente, el Doctor Rafael Elmer Cancho Alarcón, Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Ayacucho.

4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los tres temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores RODRÍGUEZ TINEO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO: Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (**Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116** de fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en Sala Penal Transitoria.

7°. HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA: Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el Título IV Delitos Contra la Libertad, Capítulo IX Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etéreo 14 -18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un "sinsentido", como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación presunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura cubría la indicada protección en tres tramos: de **0 a 7 años**; de más de **7 a 10 años** y de más de **10 a 14 años**; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179 del CP.

La Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° inciso 3° del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley N° 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un "sinsentido" notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales. leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175° y 176° del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170 y 173 del CP. [Ver Anexo 1]

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad. Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguayo Quispe- Consulta N° 2224/2007-; sentencia Jhuallanca Arapa –Consulta N° 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase 1 .

La última versión del inciso 3 del artículo 173 CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

Artículo 170 CP Violación sexual	Artículo 170 CP Violación sexual de menor de edad
<p>El que <u>con violencia o grave amenaza</u>, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.</p> <p>La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima. 	<p>El que <u>tiene acceso carnal</u> por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas e libertad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la víctima tiene menos de 10 años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre 10 años de edad, y menos de 14, la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco. 3. Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. <p>Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.</p>

8°. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA: La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los **Acuerdos Plenarios N° 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario N° 04-2008/ CJ-116**, respecto a la interpretación del artículo 173.3° del CP. El primero de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10o del CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código ya mencionado, siempre que concurren los siguientes factores:

- a) Diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no excesiva,
- b) Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y
- c) Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues –según se refiere– a partir de los artículos 175° y 176° del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario No 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

9°. CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES: El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal -Parte General*. Editora Grijley, Lima, 2009, páginas 94/ss.] Así, la Ley Penal tiene que ser cierta y stricta no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos.

Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [JAVIER VILLA STEIN: *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92].

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que *nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley*; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374].

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al

campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal, no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 108*, Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

10°. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS: El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad [JOSÉ HURTADO y VICTOR PRADO: *Derecho Penal Parte General*, 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14]. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema [CLAUS ROXIN: *Derecho Penal – Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56]. El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos –interés jurídicamente tutelado-. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92]. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE: *Introducción al Derecho Penal*, Ara Editores, 2007, página 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal [BERND SCHÜNEMANN: *El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídico*, Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos N.º 38, Bogotá, página 21).

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el **Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116** de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o **por su minoría de edad**, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada **“intangibilidad”** o **“indemnidad sexual”**. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en

libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la **libre autodeterminación en el ámbito sexual**, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [RAMIRO SALINAS SICHA: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Jurista Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss.].

11°. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [TOMÁS GALVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria [IVAN NOGUERA RAMOS: *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, páginas 39/42].

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

12°. CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL: La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650]. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad sexual” es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentido en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170o del C.P. como la prevista con la dación de la Ley N° 28251 –que modificó el artículo 170°- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor [TOMAS GALVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451].

13°. CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN: Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser conculcado (casado) en los marcos del “molde normativo” preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.

Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente;

las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana.

La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

14°. PRECISIONES DOGMÁTICAS: El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluri ofensivos).

No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos: **Positivo.-** Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. **Negativo.-** Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores étareos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual 2, ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo

173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar –por innecesario- ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años).

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblagar la voluntad de la víctima [ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO: *Derecho Penal Parte Especial*, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215].

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo étareo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, **¿Queda algún contenido en dicha disposición?**

- **Quienes responden afirmativamente.-** sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las relaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas [así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012].

- **Quienes responden en sentido negativo.-** sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

Al no haberse previsto en dicho sub tipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación *contra reo*, por lo que el inciso 3 del artículo 173 CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En ese sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173°.3 del CP persigue proteger a los menores

de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual [RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, Marzo 2012]. La aplicación del artículo 173.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas.

15°. COLISIÓN APARENTE DE NORMAS: El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes. La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 C.P.; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que **no son válidas**; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley N.º 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N° 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual). La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o del 179-A CP. Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas.

Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N° 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima – en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico **encaja con comodidad** el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el

contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP). **[Ver Anexo 2]**

16°. SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA: Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica–amenaza-), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173.

Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

17°. SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA: No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente.

Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

III. DECISIÓN

18°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

19°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.

20°. PRECISAR que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

21°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO Y VILLA BONILLA

Los señores Jueces Supremos que suscriben este voto en minoría discrepan del sentido hermenéutico aprobado por mayoría simple, y que asume la aplicación del artículo 170° del Código Penal en casos

de acceso carnal no consentido con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad. Interviene como Ponente el señor Prado Saldarriaga.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Sobre las diferencias y autonomía funcional de las modalidades de delitos de violación tipificadas en el Código Penal

1°. Tradicionalmente en la legislación penal nacional se han tipificado **tres modalidades de violación** entre los delitos contra la libertad sexual: la violación (*strictu sensu*) o acceso carnal con empleo de medios violentos (violencia física o amenaza); las violaciones presuntas o supuestos donde el acceso carnal se califica como no consentido por el sujeto pasivo y por ende punible, mediante una presunción *iuris et de iure*; y la violación por prevalimiento o acceso carnal mediante abuso de la posición de dominio y subordinación que ejerce el agente sobre la víctima. Tanto el Código Penal de 1924 (Cfr. Artículos 196° a 199° y 202°) como el de 1991 (Cfr. Artículos 170° a 173° y 174°) optaron por incluir de modo autónomo tales hipótesis de agresión contra la libertad sexual. No son, pues, tipos penales derivados unos de otros ni elementos típicos accidentales agregados a un tipo básico identificable genéricamente, pese a girar en torno a una **conducta típica común de acceso carnal**.

2°. Una de las modalidades de violación presunta ha sido siempre en nuestro sistema jurídico penal la denominada **violación de menores de edad**, donde la presunción *iuris et de iure* se basaba estrictamente en la edad del sujeto pasivo. Siendo, además, frecuente que el legislador considere como un criterio de agravación sucesiva que la edad de la víctima sea menos de siete años, menos de diez o menos de catorce años. Esta técnica legislativa y estructura típica se ha mantenido desde mediados de los años setenta del siglo pasado (Cfr. Manuel Espinoza Vásquez. Los Delitos Sexuales en el Código Penal Peruano. Trujillo. 1974. p. 66 y ss.), hasta la primera mitad de la presente década. Sin embargo con la publicación de la Ley N° 28704, el 5 de abril de 2006, se introdujeron dos modificaciones relevantes. Por un lado se elevó hasta menos de 18 años de edad el límite de la operatividad legal del artículo 173° (se amplió la tutela penal absoluta de los menores hasta esa edad). Y, por otro lado, se incluyó al interior del citado dispositivo una nueva escala punitiva **para los casos de víctimas entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad**, consignándose para estos supuestos una penalidad conminada **no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad**.

3°. La repentina y distorsionante modificación, así como lo evidentemente desproporcionado de la consecuencia punitiva que ella generaba, motivo dos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema destinados a controlar hermenéuticamente sus riesgos de exceso, especialmente en aquellos casos donde el acceso carnal contó con el consentimiento de la víctima y cuando el autor mantenía una relación sentimental con aquélla, así como cuando las diferencias etáreas entre los sujetos activo y pasivo, no eran extremas haciendo comprensible dicho vínculo afectivo (enamorado o convivientes). Es por ello que en un primer Acuerdo Plenario se exhortó a los jueces a no imponer en tales casos penas mayores a seis años de pena privativa de libertad, pues en otros delitos de mayor antijuricidad pero de iguales características, como los previstos en los artículos 175° y 179°-A esa era la penalidad máxima prevista para sus autores (Cfr. Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, fundamentos jurídicos 7° al 12°). Luego en un segundo Acuerdo Plenario se procuró legitimar tales actos en base al consentimiento concurrente de la víctima, al que se estimaba válido en base a la capacidad relativa de ejercicio que la legislación civil concede excepcionalmente a menores de edad, reconociéndole al mismo el efecto justificante que establece el inciso 10 del artículo 20° del Código Penal (Cfr. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ- 116, fundamentos jurídicos 6° al 9°). Cabe destacar que **en ninguno de estos dos Acuerdos Plenarios se desconoció la validez legal, normativa y punitiva del inciso 3 del artículo 173° o se planteó su inaplicación a cualquier otro caso donde el acceso carnal tuviera como agraviado a un menor de 14 y hasta menos de 18 años de edad**. Por ende, la observación que formuló al respecto la ponencia de la Jurista GARCIA CANTIZANO sobre una extralimitación en lo acordado por el segundo de los Acuerdos Plenarios citados, y que afectaría al principio de la legalidad y a las competencias exclusivas del legislador (*"El que vía interpretación jurisdiccional de una norma absolutamente clara se pretenda dar solución a un problema de coherencia interna del Código penal, generado por el legislador, nos hace cuestionar seriamente la legitimidad de la solución aportada en el referido Acuerdo Plenario"*), no es correcta pero demanda, sí, mejorar la redacción de dicho fundamento para evitar percepciones erradas sobre su alcance y utilidad. En tal

sentido, debió aprovecharse este Pleno Extraordinario para hacer la aclaración pertinente. **Menos aún, se ha insinuado, siquiera, en los precedentes Acuerdos Plenarios -como parece entender la propuesta aprobada en mayoría simple- una posible asimilación residual del artículo 173° inciso 3, al supuesto típico de otras formas de violación como las reguladas por los artículos 170°, 171°, 172° y 174°, donde el sujeto pasivo siempre debe ser una persona de dieciocho o más años de edad**, como ha sido unánimemente destacado por la doctrina nacional más caracterizada (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II. 4a. Edición. GRIJLEY. Lima 2010. p. 733 y ss.).

2. Los desarrollos hermenéuticos posteriores a los Acuerdos Plenarios de 2007 y 2008.

4°. En la praxis judicial posterior a los Acuerdos Plenarios citados, se fue manifestando una opción hermenéutica que optaba por calificar a los actos de acceso carnal sin consentimiento de la víctima, cuando ésta contaba entre catorce y menos de dieciocho años de edad, como asimilables a las hipótesis típicas de violación por medio de violencia o amenaza; violación presunta por mediar estados de inconsciencia; o violación por incapacidad de resistencia de la víctima o prevalimiento del autor, previstas en los artículos 170°, 171°, 172° y 174°, respectivamente (en ese sentido la Ejecutoria Suprema del 8 de setiembre de 2011, recaída en el Recurso de Nulidad N° 3206-2010. Procedente de Ayacucho, Noveno Considerando. Ponente Sr. Rodríguez Tineo *“habiendo quedado acreditado que el procesado con violencia mantuvo acceso carnal con la menor agraviada, este Supremo Tribunal estima que los hechos materia de imputación se adecuan al delito de violación -tipo base- tipificado en el artículo ciento setenta, numeral dos del Código Penal...”*). Esta posición interpretativa se ha apartado, pues, de los alcances y validez normativa del artículo 173°, inciso 3, al que no le reconoce capacidad típica para subsumir tales actos. El argumento sostenido para asumir tal postura jurisdiccional parece ser una posible derivación o transformación particular del bien jurídico tutelado en las agresiones sexuales que sufren menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y que ya no respondería a la noción de indemnidad sexual. Se trata, pues, de un planteamiento político criminal más que una alegación crítica o superadora de la propia estructura normativa y funcional del artículo 173°. Al respecto se infiere lo siguiente: **el menor de catorce y hasta menos de dieciocho años de edad tiene igual libertad sexual que un adulto y por ende las agresiones sexuales que padece deben ser equivalentes a los supuestos que la ley tradicionalmente ha considerado como modalidades punibles de violación de personas de dieciocho o más años de edad** (en ese sentido el Voto Mayoritario del 29 de setiembre de 2011, en la Discordia suscitada en el Recurso de Nulidad N° 3982-2010. Sala Penal Permanente. Procedente de Junín, suscrito por los Señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Santa María Morillo: *“Que, en el presente caso la agraviada es una menor de catorce años y nueve meses -por lo que tiene capacidad jurídica para disponer de su sexualidad “libertad sexual”, de manera que el bien jurídico afectado es su libertad y no su indemnidad sexual- y en todo momento ha negado haber consentido las relaciones sexuales; que, además, existió una relación de convivencia entre la madre de la agraviada y el encausado..., situación que le permitió tener particular autoridad y prevalerse de su condición de padrastro para ejercer “intimidación” como medio para lograr someterla sexualmente..., de manera que la conducta punible configura el delito de violación previsto en el numeral dos del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal...”*).

3. Admitir la aplicación del Artículo 170° del Código Penal constituye una reducción teleológica no compatible con el principio de legalidad.

5°. Los que suscriben consideramos, respetuosamente, que el razonamiento jurisdiccional que sustenta el planteamiento aprobado por mayoría simple, **constituye una reducción teleológica que contradice el principio de legalidad** (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4a. Edición. IDEMSA. Lima 2011. p.224: *“Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo”*); y que, además, no es compatible con la configuración sistemática de los tipos penales concernientes a delitos contra la Libertad Sexual en el Código penal vigente. Sobre todo cuando considera al artículo 170° como un *“tipo base”* y al artículo 173° como un *“tipo derivado”* de aquél, lo cual es incorrecto ya que se trata de tipos penales autónomos con roles funcionales y estructuras típicas claramente diferenciables. Pero, además, porque él descarta sin justificación genérica ni específica la concurrencia de un **componente especial e histórico que gobierna toda la estructura y sentido del artículo 173°** y que es **la edad del sujeto pasivo y que le da a este la condición de menor**, dato óntico que no es superable ni puede ser anulado por ninguna interpretación de *lege lata* o *lege ferenda*,

sea que ésta incida en el modo de ejecución del delito, en el medio empleado para la práctica sexual ilícita, o en las condiciones o aptitudes psicofísicas del sujeto pasivo de dicha práctica. El artículo 173° en la actualidad siempre será el que reprima en exclusiva la **violación de menores de dieciocho años de edad**. De otro lado, cuestionamientos de política criminal o basados en propuestas legislativas frustradas (Cfr. Proyecto de Ley N° 2723/2008-CR; Proyecto de Ley N° 3189/2008-CR; Proyecto de Ley N° 4297/2010-PE) o latentes (Anteproyecto de Código Penal 2008-2010) para la reforma del citado artículo, o para la supresión de su incoherente inciso tercero, serán de momento expectativas técnicas pero no eliminan su actual existencia formal ni sus controvertidos alcances normativos. Por lo demás, la doctrina penal que actualmente comenta el artículo 173°, inciso tercero, tiende a ser homogénea y ratifica que se **trata de un delito de violación presunta de menores de edad** y no una modalidad impropia o agravada de las formas de violación regulada en el artículo 170° como lo han sostenido tres de las cuatro ponencias que fueron expuestas en la Audiencia Pública preparatoria del pasado 12 de marzo del presente año (Ver conclusiones de Ponencias de María del Carmen García Cantizano; DEMUS; PROMSEX).

6°. Por otro lado el **status de menor de edad, como se ha destacado, no es una ficción sino una realidad material y legal**. En efecto, la posición hermenéutica aludida y de la cual cortésmente discrepamos, no toma en cuenta que la legislación civil sólo reconoce **capacidad de ejercicio relativa a los menores de dieciséis años y no a los de catorce años** (Cfr. Artículo 44°, inciso 1 del Código Civil). Estos últimos muy excepcionalmente pueden ejercer tal capacidad relativa en asuntos de índole familiar (Cfr. Artículo 46°, párrafo segundo y 241°, inciso 1 del Código Civil). Por tanto **todos ellos para la legislación civil siguen siendo menores hasta que cumplan dieciocho años** (Cfr. Artículo 42° del Código Civil). Es más, el propio Código Penal los califica como inimputables por su minoría de edad (Cfr. Artículo 20°, inciso 2) y la Constitución no los estima aún ciudadanos ni les da capacidad política que constituye la máxima expresión de libertad del individuo en una sociedad democrática (Cfr. Artículo 30° de la Constitución Política del Perú), a la vez que el Código de los Niños y Adolescentes los tiene aún como sujetos de sus disposiciones normativas (Cfr. Artículo I, primer párrafo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Es más, la Convención de los Derechos del Niño también los comprende como sujetos de protección (Cfr. Artículo 1°: “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”).

4. No existe antinomia legal entre el artículo 170° y el artículo 173°. 3 del Código Penal que deba dilucidarse conforme al artículo 139° inciso 11 de la Constitución.

7°. Las hipótesis y disposiciones normativas del artículo 173°.3 y las que corresponden al artículo 170° no configuran una antinomia legal que demande una solución ponderada en base al principio de favorabilidad hermenéutica que autoriza el artículo 139° inciso 11 de la Constitución. Tanto en el plano legal como teleológico y constitucional, ambos artículos del Código sustantivo tienen un espacio de tutela funcional y de aplicación propios, que los hace sistemáticamente coherentes y plenamente compatibles. En efecto, el primero desarrolla una tutela penal ampliada de la libertad sexual **de todo menor de edad**, es decir, de quien no ha alcanzado la condición etárea de sujeto pasivo, de 18 años o más, que exige el artículo 170°. De otro lado, no se aprecia desde los contenidos y alcances tuitivos de los artículos 175° y 179°-A del Código Penal una contradicción legal con los que comprende el artículo 170°, que derive en la necesidad alternativa o de principio de aplicarlo en vez del artículo 173°.3, cuando un menor de 14 a menos de 18 años de edad sea agredido sexualmente de modo violento. En efecto, el artículo 170° **exige el empleo de la violencia o la amenaza para el acceso carnal de la víctima mayor de edad**, lo cual está totalmente excluido como medio de realización del acto sexual o análogo en los artículos 175 y 179°-A que, al margen de estar referidos exclusivamente a menores de edad, demandan para la realización de la práctica sexual ilícita que tipifican **sólo la concurrencia en la víctima de un consentimiento viciado por el engaño o la contraprestación económica**. El componente, pues, del desvalor antijurídico en todos esos artículos es siempre diferente, de allí que resulte lógica la mayor punibilidad y sanción del acto sexual violento cuando el agraviado es un menor de edad lo que corresponde al estándar punitivo fijado por el artículo 173°.3. La referencia, entonces, a los artículos 175° y 179°-A, **no es asimilable para justificar a aplicación del artículo 170° en vez del artículo 173°.3 en los casos de acceso sexual por violencia o amenaza de menores de 18 años, ella sólo lo era para argumentar la reducción de la penalidad que propuso el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 para las relaciones sexuales consentidas** (no impuestas contra la voluntad del menor ni por violencia ni amenaza), con un menor de 14 a menos de 18 años de edad. No resulta, por tanto, suscribible, desde este enfoque, la tesis de una interpretación constitucional favorable y benigna que lleve a aplicar el citado artículo 170° en tales supuestos de acceso sexual violento. La

cual, por lo demás, debilitaría contra legem el ámbito de protección sexual de los menores ante graves agresiones sexuales en su agravio y entraría en colisión con el principio convencional especial del interés superior de los menores de 18 años que avalan los artículos 1° (*“Para efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad....”*) y 3° (*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño”*) de la Convención del Niño, suscrita por el Estado peruano y que integra el bloque de constitucionalidad en nuestra legislación fundamental.

En atención, pues, a los antecedentes, observaciones y fundamentos expuestos, **NUESTRO VOTO** es en el sentido de que en tanto no haya una derogación legal expresa de las modificaciones que introdujo la Ley N.º 28704, en el artículo 173° del Código Penal, el acceso carnal que se practique a un menor entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, sin su consentimiento o contra su voluntad, debe ser siempre calificado como un delito de violación de menores y ser sancionado conforme a la penalidad prevista para el inciso 3 del citado numeral.

Ss.

LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRINCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

ACUERDO PLENARIO N° 1-2012-CJ-116

Fundamento : Artículo 116° TUO LOPJ

Asunto : Artículo 170° del Código Penal y agresión sexual
violenta perpetrada contra mayores de 14 y menores de 18 años.

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL VOTO DEL SEÑOR SAN MARTÍN CASTRO:

1°. Que el ordenamiento jurídico en materia de Derecho penal sexual ha sufrido una intensa, contradictoria e incoherente modificación desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991 –en adelante, CP-. Si se analiza lo que es el objeto materia del presente Acuerdo Plenario, puede decirse con absoluta seguridad que el segmento etéreo entre catorce y dieciocho años ha sido tratado con perturbadora inconsistencia, de modo que se afecta el carácter racional del Derecho, que deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales, abstractas y coherentes.

Ello motivó a este Supremo Tribunal a una labor de interpretación sistemática y teleológica, así como a la incorporación de criterios de validez normativa, con sólidos fundamentos jurídicos, tanto constitucionales como propiamente penales, para armonizar en lo posible los alcances del Código Penal y lograr soluciones jurisprudenciales más razonables.

2°. Que la legislación vigente, en lo relativo al tipo legal de agresión sexual (artículo 170° CP) y al tipo legal de agresión sexual de menores (artículo 173° CP) tiene los siguientes alcances:

A. El artículo 170° CP siempre exigió violencia o grave amenaza contra el sujeto pasivo por parte del sujeto activo, a la vez que persistentemente reconoció precisas circunstancias agravantes. Desde la Ley N.º 28251, del 8 de junio de 2004, se precisó que el acceso carnal podía producirse por vía vaginal, anal o bucal, así como reconocía los “actos análogos” limitándolos a la introducción de objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal. La Ley N° 28704, del 5 de abril de 2006 –vigente en la actualidad-, en primer término, agravó la sanción al fijar para su comisión pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; y, en segundo término, incorporó cinco agravantes en función a la especial conducta peligrosa del sujeto activo o a sus cualidades personales, en cuya virtud estableció como pena privación de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación.

B. El artículo 173° CP durante un lapso de tiempo prolongado, pese a las variaciones legales, estableció que el sujeto pasivo del delito era un menor de catorce años. Es más, graduó la pena en función a tres segmentos etéreos: menos de siete años, siete años a diez años, y diez años a menos de catorce años. La Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, si bien en su primer párrafo se limitó a identificar al sujeto pasivo como “menor de edad”, determinó las mismas edades específicas para modular la sanción penal.

Empero, la Ley vigente N° 28704, del 5 de abril de 2006, no sólo insistió en el primer párrafo en designar al sujeto pasivo como un “menor de edad”, sino que varió los segmentos etáreos: menos de diez años de edad, entre diez años de edad y menor de catorce, y entre catorce años edad y menos de dieciocho (numeral 3).

3°. Que ante la contradicción legal que representó el numeral 3) del artículo 173° CP, modificado por la Ley N° 28704, el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, en relación con los demás tipos legales que integran el Derecho penal sexual y el resto del ordenamiento jurídico, declaró –al amparo del artículo 139°.11 de la Constitución–, fijando como sentido interpretativo que toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad no puede ser objeto de sanción penal en virtud de la causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 20°.10 CP. Tal fue la norma finalmente aceptada por este Supremo Colegiado Penal.

4°. Que el problema objeto del presente Acuerdo Plenario se centra, esta vez, en determinar si la agresión sexual cometida con violencia o grave amenaza contra un adolescente de catorce años de edad y menos de dieciocho años de edad debe reprimirse conforme a las disposiciones del artículo 170° CP o del artículo 173°.3 CP.

5°. Que él o la adolescente, por su propia evolución en los ámbitos físico y psicológico, ha de ser considerado o considerada como una persona que goza de capacidad suficiente para auto-determinarse en diversos planos de su vida cotidiana, en tanto sujeto de derechos, capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, en conformidad con la evolución de sus facultades [evidencia científica que está en la base de los Acuerdos Plenarios 7-2007/CJ-116 y 4-2008-CJ-116]. En consecuencia, no puede ser calificado o calificada como menor de edad, haciendo abstracción de su evolución fisiológica y psicológica, a quien por ello debe extenderse, desde el ordenamiento penal, tal y como está configurado, una protección extraordinariamente diferenciada de las personas que tienen dieciocho o más años de edad. Frente a esta constatación, sin embargo, el vigente artículo 173°.3 CP no sólo extiende la protección penal propia al referido segmento etáreo: catorce años a menos de dieciocho años, sino que además fija una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

El establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo –como en el caso peruano- que no va acompañada de una diferencia de edad mínima (*age span*) para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica instituir una prohibición de ejercicio de la sexualidad [Couso, Jaime: *La sexualidad de menores de edad ante el Derecho Penal*. Ponencia presentada entre el 11 y 14 de junio de 2009 en Asunción – Paraguay, página 34]. Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos tiene precisado que plantear una incapacidad general y absoluta de los y las adolescentes menores de catorce o dieciséis años de consentir cualquier contacto o relación sexuales aparece como una negación de sus derechos de privacidad (entre otros, Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health authority and another, House of Lords, del 17 de octubre de 1985).

Es claro que la indemnidad sexual, como bien jurídico, sólo comprende a los menores de catorce años porque se trata de niños que merecen toda la protección legal razonable que corresponda, y la agresión sexual en su agravio importa un prevalimiento clásico, en la medida en que por su condición personal no pueden prestar consentimiento válido; carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, al no haber alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

También es evidente que la libertad sexual, igualmente como bien jurídico, se entiende referida a las personas que pueden prestar un consentimiento válido de elegir y practicar la opción sexual que prefiere en cada momento. Esto es, al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, a su capacidad de actuación sexual.

Este último argumento –que tienen libertad sexual-, sin duda, puede reclamarse en su esencia de los adolescentes. Ello no obsta, claro está, la incorporación de tipos legales o circunstancias que tomen en cuenta la particular evolución y desarrollo físico y psicológico de los adolescentes, como ha sido el caso de la vigente legislación punitiva.

6°. Que, en tal virtud, es de estimar si dicho precepto legal colisiona con otros del Código Penal, de suerte que al antinomia debe resolverse aplicando la norma más favorable conforme lo dispone el artículo 139°.11 de la Constitución. Esta situación: reconocimiento de colisión de disposiciones vigentes, ha sido resuelta en ese sentido por los dos Acuerdos Plenarios antes indicados.

En efecto, el segmento etéreo analizado tiene diversas y contradictorias disposiciones jurídico penales. Cabe señalar lo dispuesto en los artículos 176°-A CP, 179°- A CP y 175° CP (Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ116, FJ 7), que reconocen lo constante de nuestro sistema punitivo: que el sujeto pasivo de diversos tipos legales que integran el Derecho penal sexual y que se refieren a adolescentes fijan como edad entre catorce años y menos de dieciocho años, casos en los que la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales –que se requieren en el supuesto de los niños o niñas-, como el engaño o el aprovechamiento de una situación de prevalencia, superioridad o dominio en sus diversas manifestaciones del autor del hecho sobre la víctima. Esa lógica, como se denuncia en este Acuerdo Plenario, ha sido alterada por el numeral 3) del artículo 173° CP.

7°. Que, por otro lado, no puede dejar de reconocerse que el numeral 3) del artículo 173° CP es claro desde una perspectiva o método gramatical de interpretación de la ley penal: se sanciona como delito de agresión sexual agravada, de menores de edad, a los que tienen acceso carnal, sin interesar la voluntad de la víctima, cuando ésta tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho. Empero, como postula la doctrina, la interpretación gramatical o literal no suele ser suficiente; debe ser complementada con la interpretación lógico- sistemática, que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico. Los términos legales no pueden interpretarse de manera aislada sino en relación al contexto en que se les utiliza, de modo que eviten las contradicciones cuando el legislador olvide el orden sistemático.

En atención a lo anteriormente expuesto, y si bien no puede desbordarse el sentido literal posible de las leyes –la interpretación gramatical opera como límite-, cabe aquí incorporar, más allá de una interpretación restrictiva, una determinación o un juicio de validez concreta de una norma, en la medida en que su texto, aisladamente apreciado, contradice otras disposiciones legales vigentes que regulan un ámbito común del fenómeno social regulado.

En este caso ya no se trata de reducir el ámbito del sentido literal propio de los términos del numeral 3) del artículo 173° CP: interpretación restrictiva, sino de entender que se presenta un supuesto de contradicción normativa intrasistemática, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable, tal como establece el artículo 139°.11 de la Constitución. La existencia de dos consideraciones simultáneas sobre la integralidad de un mismo fenómeno objeto de regulación jurídica –de reglas contradictorias aplicables al caso- obliga al juzgador a optar, desde los principios –que también son enunciados jurídicos-, por la norma más benigna, para lo cual se acude a una fuente del Derecho con autoridad y prestigio, como es el citado artículo 139°.11 de la Constitución, y que por lo demás es una norma válida que exige cumplimiento pleno.

8°. Que, en tal virtud, el enjuiciamiento jurídico o subsunción, de concreción de la norma, necesariamente abstracta y general, al caso objeto de análisis: agresión sexual con violencia o grave amenaza de una persona entre catorce años de edad y menos de dieciocho, se decanta por el artículo 170° CP, con exclusión del numeral 3) del artículo 173° CP. Ésta es la significación y el contenido correcto que en lo sucesivo han de tener presente los jueces, que precisa cuál es la norma válida para la subsunción objeto de análisis; su validez se afirma, básicamente, en que supone la afirmación de un principio reconocido universalmente por el Derecho Constitucional y Penal. Se invoca, pues, una razón autoritativa.

La conclusión asumida, propia de una sentencia de principio y no meramente de especie, cabe enfatizarlo: es compatible, desde el resultado final de la interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal, con los principios, valores y garantías previstos en la Constitución –no se puede olvidar el carácter normativo de la Constitución, la efectividad de los principios y derechos consagrados en ella, y la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia-. Es obvio, consecuentemente, que el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico son definidos finalmente por la Constitución. Ésta fija el criterio de favorabilidad ante contradicciones de normas vigentes –aquí invocado expresamente-, así como reconoce la aplicación imperativa del principio de proporcionalidad. La justicia material no tendría lugar si se evade estas premisas y, como corolario, se aplica un precepto legal incoherente con las demás disposiciones de la ley sin atender a una regla superior destinada a superar las antinomias normativas.

Estos marcos de decisión están ceñidos a los límites y base dogmática que permite la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La evaluación que aquí se efectúa –siempre imprescindible para dilucidar un conflicto de alcances significativos- (i) no es una ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad –perspectivas autónomas de política criminal-, (ii) ni pierde conexión con el texto constitucional, cuyas normas y principios se invocan; (iii) respeta el principio de separación de poderes –no crea una

respuesta jurídica al margen de una regla de Derecho-, y (iv) asume una fórmula reconocida para cubrir un supuesto de vacío o de incoherencia normativa.

Sr.

SAN MARTÍN CASTRO

Anexo 7

**CUADRO DE LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO EN LA
LEGISLACIÓN COMPARADA.**

Cuadro de la validez del consentimiento en la legislación comparada.

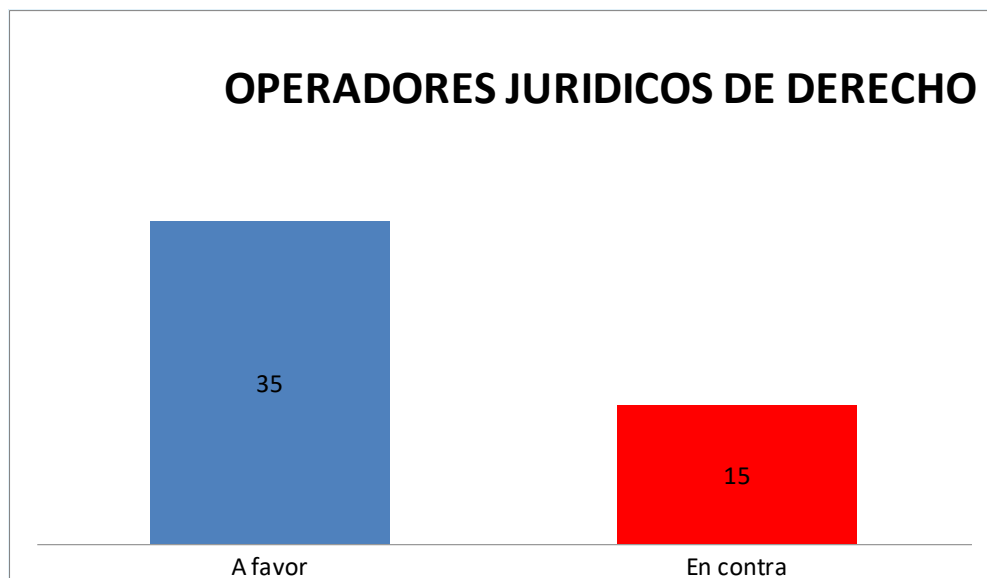
PAIS	EDAD
1)BRASIL	14 AÑOS
2)PUERTO RICO	14 AÑOS
3)PARAGUAY	14 AÑOS
4)ARGENTINA	13 AÑOS
5)COLOMBIA	14 AÑOS
6)ECUADOR	14 AÑOS
7)ESPAÑA	12 AÑOS
8)CHILE	12 AÑOS
9)MEXICO	14AÑOS
10)VENEZUELA	14 AÑOS

Fuente: Diseño del Autor

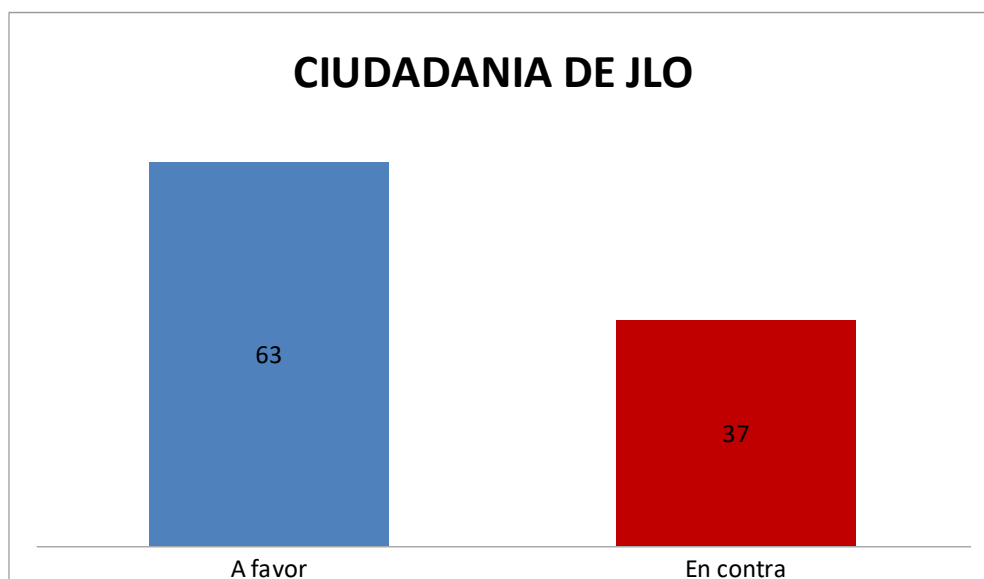
Anexo 8**CUADRO DE OPERADORES JURÍDICOS Y CIUDADANÍA DE JOSE
LEONARDO ORTIZ**

Cuadro de operadores jurídicos y ciudadanía de José Leonardo Ortiz**OPERADORES JURIDICOS DE DERECHO**

A favor	35
En contra	15
Total	50

**CIUDADANIA DE JOSE LEONARDO ORTIZ**

A favor	63
En contra	37
Total	100



ANEXO 9

**ENCUESTA
OPERADORES JURÍDICOS DE DERECHO**

ENCUESTA
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



Dirigida a los Operadores jurídicos de Derecho

Objetivo.- Analizar el grado de conocimiento que tienen los trabajadores sobre la validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales consentidas.

Marca con una x dentro del paréntesis, respondiendo con veracidad a cada una de las preguntas que a continuación te presentamos

1.-- DATOS PERSONALES:

1.-Sexo () Masculino () Femenino

2.- Edad () Años

2.- Para usted qué es la validez del consentimiento del menor en las relaciones sexuales:

a) Es un derecho de libre elección del menor que va en contra de las normas de la sociedad.

b) Es una causal que utiliza el imputado para justificar su conducta delictiva en contra de un menor de edad.

c) Constituye una causa de justificación de un consentimiento otorgado, respecto de un bien jurídico del que puede disponer la persona que consciente.

d) Todas las anteriores

3.- ¿Cuál es para usted la ley que modifica artículos del código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual?

a) Ley N° 25896

b) Ley N° 28704

c) Ley N° 27309

d) Ninguna de las anteriores

4.- ¿De qué trata la Ley sobre consentimiento sexual de menores de edad?

a) Trata sobre la modificatoria de artículo 173 inciso 3 del Código Penal, el cual considera ilegítimo sancionar penalmente las relaciones sexuales que tiene un adulto con un adolescente de entre 14 y menos de 18 años de edad, cuando este presta su libre consentimiento.

b) Se refiere sobre el reconocimiento de la libertad sexual de los adolescentes.

c) Todas las anteriores

d) Ninguna de las anteriores.

5.- ¿Qué tipo de derechos se viola para usted, cuando se comete un delito contra la libertad sexual?

a) Derechos de la intimidad o privacidad.

b) Derechos del desarrollo de la personalidad del menor.

c) Derechos que afecta en la vida social e íntima del menor.

6.- ¿Conoce usted las normas complementarias de los delitos contra la libertad sexual?

SI

Más o menos

NO

7.- ¿Cuál considera usted que es la edad apropiada para que un menor de edad tenga relaciones sexuales en nuestra sociedad?

a) 10 a 14 años

b) 12 a 14 años

c) 15 a 16 años

d) otros

8.- ¿Por qué cree usted que son pocos los inculpatos en delitos contra la libertad sexual?

a) Porque en nuestro país hay poca regulación sobre estos delitos y su penalidad es mínima.

b) Porque se soborna a la misma policía y no se produce la denuncia.

c) Todas las anteriores

d) Ninguna de las anteriores

9.- ¿Para usted cómo ayudaría la labor de la policía en identificar a los responsables de los delitos contra la libertad sexual de menores?

a) No serviría de nada.

b) Serviría de mucha ayuda sus aparatos logísticos para ahorrar tiempo y dinero en identificar a los responsables de los delitos contra la libertad sexual de menores.

c) Ninguna de las anteriores

10.- ¿Cree usted que los delitos contra la libertad sexual están regulados de forma correcta en nuestra legislación penal.

a) SI

b) NO

11.- ¿Por qué cree usted que ha aumentado el índice de delitos contra la libertad sexual

en el Perú?

- a) Por falta de regulación jurídica
- b) Por no haber una correcta persecución del delito.
- c) Por falta de prevención por parte de las autoridades.
- d) Otros

12. ¿Cuál cree usted que debería ser la etapa apropiada del desarrollo humano para que un menor de edad tenga relaciones sexuales consentidas?

- a) La Adolescencia
- b) La Juventud
- c) La Niñez
- d) La Pubertad

Muchas gracias por habernos concedido algunos minutos de su tiempo.

ANEXO 10

**ENCUESTA
CIUDADANÍA DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ**

ENCUESTA
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



Dirigida a la ciudadanía de José Leonardo Ortiz.

Objetivo.- Analizar el grado de conocimiento que tienen los ciudadanos sobre la validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales consentidas.

Marca con una x dentro del paréntesis, respondiendo con veracidad a cada una de las preguntas que a continuación te presentamos.

1.-- DATOS PERSONALES:

- 1.-Sexo () Masculino () Femenino
2.- Edad () Años

2.- Para usted qué es la validez del consentimiento del menor en las relaciones sexuales:

- a) Es un derecho de libre elección del menor que va en contra de las normas de la sociedad.
b) Es una causal que utiliza el imputado para justificar su conducta delictiva en contra de un menor de edad.
c) Constituye una causa de justificación de un consentimiento otorgado, respecto de un bien jurídico del que puede disponer la persona que consciente.
d) Todas las anteriores

3.-¿De qué trata la Ley sobre consentimiento sexual de menores de edad?

- a) Trata sobre la modificatoria de artículo 173 inciso 3 del Código Penal, el cual considera ilegítimo sancionar penalmente las relaciones sexuales que tiene un adulto con un adolescente de entre 14 y menos de 18 años de edad, cuando este presta su libre consentimiento
b) Se refiere sobre el reconocimiento de la libertad sexual de los adolescentes.
c) Todas las anteriores
d) Ninguna de las anteriores.

4.- ¿Qué tipo de derechos se viola para usted, cuando se comete un delito contra la libertad sexual?

- a) Derechos de la intimidad o privacidad.
b) Derechos del desarrollo de la personalidad del menor.
c) Derechos que afecta en la vida social e íntima del menor.

5.- ¿Cuál considera usted que es la edad apropiada para que un menor de edad tenga relaciones sexuales en nuestra sociedad?

- a) 10 a 14 años
b) 12 a 14 años
c) 15 a 16 años
d) otros (14-x)

6.- ¿Por qué cree usted que son pocos los inculpatos en delitos contra la libertad sexual?

- a) Porque en nuestro país hay poca regulación sobre estos delitos y su penalidad es mínima.
b) Porque se soborna a la misma policía y no se produce la denuncia.
c) Todas las anteriores
d) Ninguna de las anteriores

7.- ¿Para usted cómo ayudaría la labor de la policía en identificar a los responsables de los delitos contra la libertad sexual de menores?

- a) No serviría de nada.
- b) Serviría de mucha ayuda sus aparatos logísticos para ahorrar tiempo y dinero en identificar a los responsables de los delitos contra la libertad sexual de menores.
- c) Ninguna de las anteriores

8.-¿Cree usted que los delitos contra la libertad sexual están regulados de forma correcta en nuestra legislación penal.

- a) SI
- b) NO

9.- ¿Por qué cree usted que ha aumentado el índice de delitos contra la libertad sexual en el Perú?

- a) Por falta de regulación jurídica
- b) Por no haber una correcta persecución del delito.
- c) Por falta de prevención por parte de las autoridades.
- d) Otros

10. ¿Cuál cree usted que debería ser la etapa apropiada del desarrollo humano para que un menor de edad tenga relaciones sexuales consentidas?

- a) La Adolescencia
- b) La Juventud
- c) La Niñez
- d) La Pubertad

Muchas gracias por habernos concedido algunos minutos de su tiempo