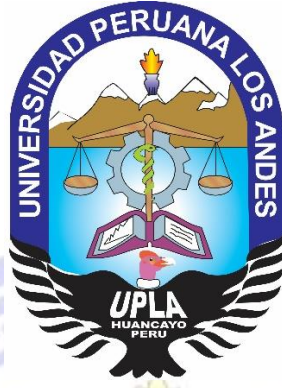


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS
LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO DE
LOS ADOLESCENTES DE 14 Y MENORES DE 18
AÑOS Y LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE
VIOLACIÓN SEXUAL (TIPO BASE)”.

PRESENTADO POR:
BACHILLER: LUIS, LLANTO CASAS

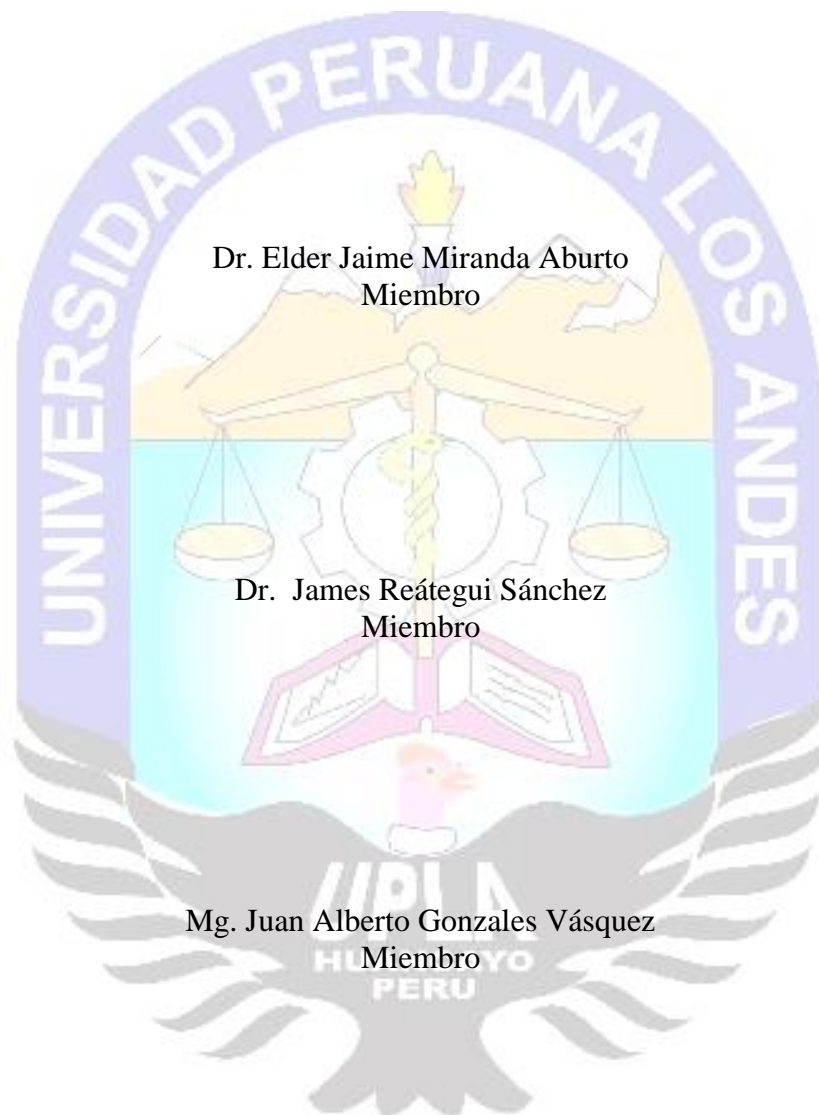
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN CIENCIAS PENALES

HUANCAYO – PERÚ

2017

JURADOS REVISORES DE TESIS

Dr. Aníbal Valentín Díaz Lazo
Director

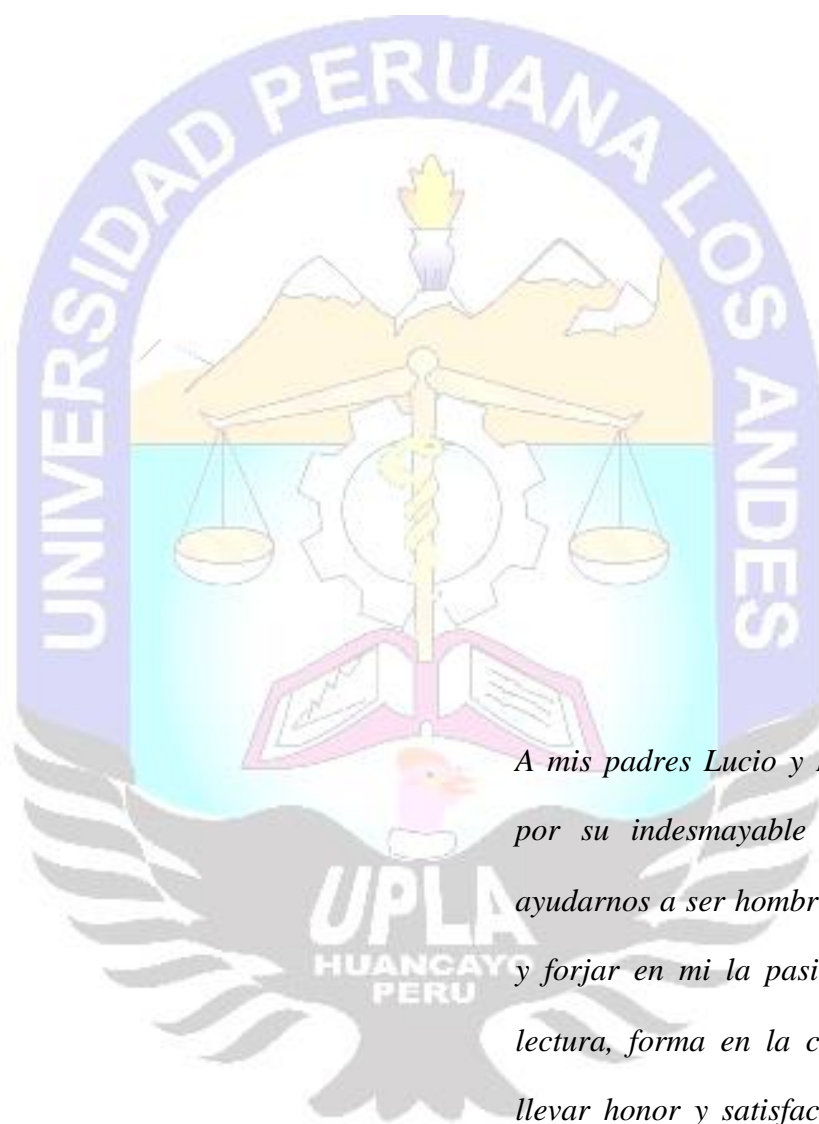


Dra. Melva Iparraguirre Meza
Secretaria Académica



ASESOR

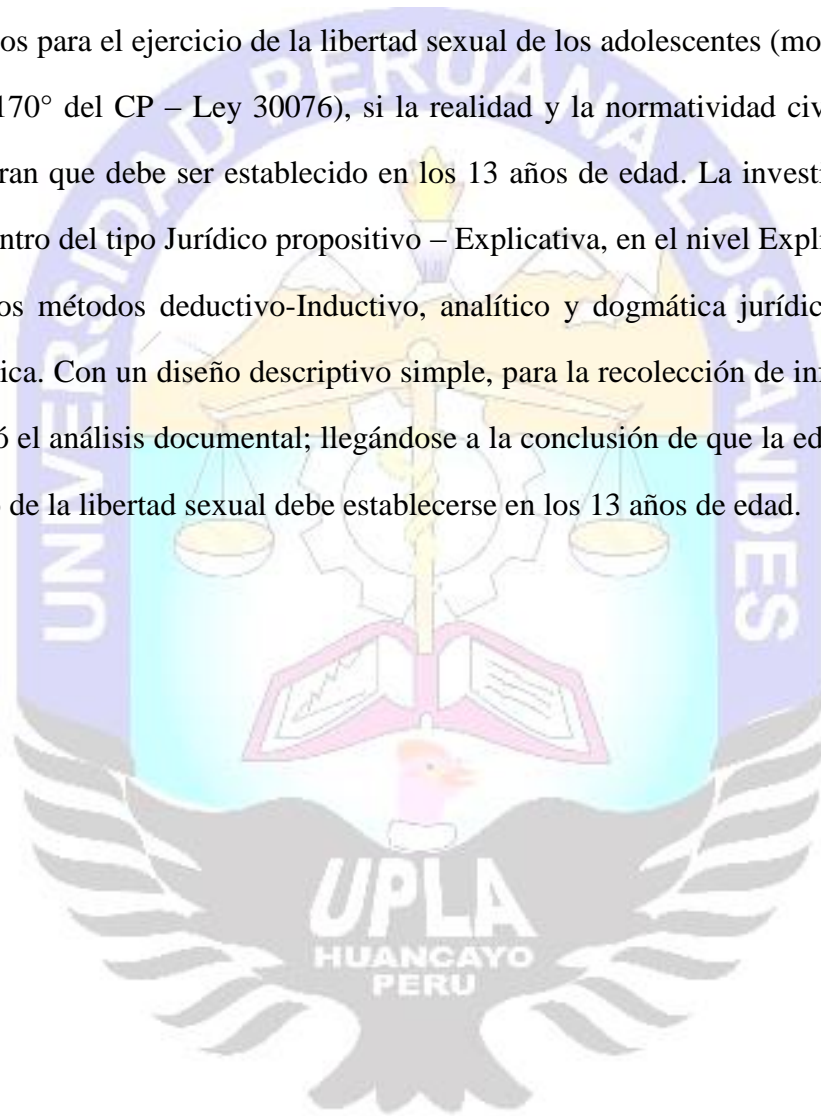
MG. RICHARD MARIO TELLO LLANTOY



*A mis padres Lucio y Dominica,
por su indesmayable lucha de
ayudarnos a ser hombres de bien
y forjar en mi la pasión por la
lectura, forma en la cual podré
llevar honor y satisfacción a mi
familia.*

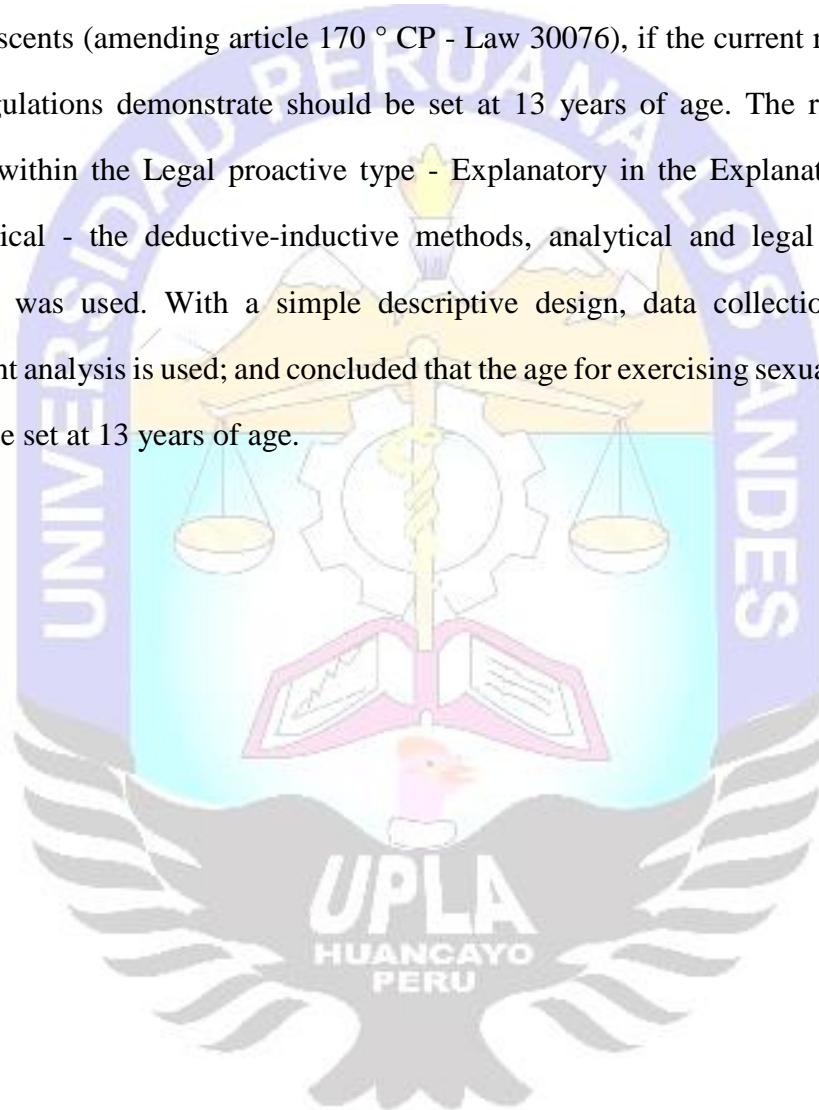
RESUMEN

El proyecto de investigación parte del problema: ¿De qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los 13 años de edad?; siendo el objetivo: Explicar, de qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los 13 años de edad. La investigación se ubica dentro del tipo Jurídico propositivo – Explicativa, en el nivel Explicativo; se utilizó los métodos deductivo-Inductivo, analítico y dogmática jurídica penal – sociológica. Con un diseño descriptivo simple, para la recolección de información se utilizó el análisis documental; llegándose a la conclusión de que la edad para el ejercicio de la libertad sexual debe establecerse en los 13 años de edad.



ABSTRACT

The research project is part of the problem: How the legislature establishes the age of 14 years for the exercise of the sexual freedom of adolescents (amendment of article 170 ° CP - Law 30076), if reality and normativity show that civil force should be set at 13 years of age ?; the objective being: Explaining how the legislature establishes the age of 14 years for the exercise of the sexual freedom of adolescents (amending article 170 ° CP - Law 30076), if the current reality and civil regulations demonstrate should be set at 13 years of age. The research is located within the Legal proactive type - Explanatory in the Explanatory level; sociological - the deductive-inductive methods, analytical and legal dogmatic criminal was used. With a simple descriptive design, data collection for the document analysis is used; and concluded that the age for exercising sexual freedom should be set at 13 years of age.



ÍNDICE

CARÁTULA	i
JURADOS	ii
ASESOR	iii
DEDICATORIA	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	vii
INTRODUCCIÓN	ix

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema	14
1.1.1 Formulación del problema	16
1.1.1.1 Problema general	16
1.1.1.2 Problemas específicos	16
1.2 Objetivos	17
1.2.1 Objetivo general	17
1.2.2 Objetivos específicos	17
1.3 Justificación	17
1.3.1 Teórica	17
1.3.2 Social	18
1.3.3 Metodológica	18

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del estudio	20
2.1.1 Antecedentes históricos	20
2.2 Bases teóricas científicas	30
2.3 Antecedentes de la investigación (a nivel nacional)	33
2.4 Violación sexual de menores (mayores de 14 y menores de 18)	35
2.4.1 Estudios dirigidos por el propio Estado Peruano	40
2.4.2 Sexualidad adolescente a nivel nacional	41
2.4.3 Porcentaje de mujeres que han tenido relaciones sexuales según Grupo de edad	42

2.4.4	Concepción de Bien Jurídico – Penal	49
2.4.5	Funciones del Bien Jurídico Penal	50
2.4.6	Principio de legalidad	52
2.4.7	Principio de mínima intervención	53
2.5	La libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales	54
2.5.1	La libertad en el ámbito sexual	58
2.5.2	La indemnidad sexual como bien jurídico	61
2.5.3	Diferencia entre indemnidad sexual y libertad sexual	66
2.5.4	¿Es posible afirmar la existencia de un derecho fundamental a la Libertad e indemnidad sexual?	68
2.5.5	Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos	71
2.5.6	La tradicional teoría de bienes jurídicos o “principio de lesividad” Los bienes jurídicos (concepción dominante)	72
2.5.7	La impresión del tribunal constitucional para delimitar los bienes Jurídicos libertad de indemnidad sexual	83
2.6	La configuración del delito de violación sexual de adolescentes de 14 y Menores de 18 años	85
2.6.1	Tipo penal (con la ley 28704)	85
2.6.2	Cuestión previa	88
2.6.3	Ley N° 30076 que modifica el artículo 173° y reconduce el presupuesto De violación sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad Al artículo 170° del código penal.	92
2.6.4	Tipicidad objetiva	97
2.6.5	El consentimiento del menor en la jurisprudencia	103
2.6.6	Bien jurídico protegido (con la ley 28704)	117
2.6.7	Sujeto activo	122
2.6.8	Sujeto pasivo (con la ley 28704)	123
2.6.9	Actualmente con la ley 30076	124
2.6.10	Antijuricidad	131
2.6.11	Culpabilidad	131
2.6.12	Error culturalmente condicionado	133
2.6.13	Tentativa	135
2.6.14	Consumación	139
2.6.15	Autoría y participación	143
2.6.16	Penalidad (con la ley 28704)	147
2.6.17	La libertad sexual en el derecho penal comparado y la edad	

Cronológica a partir de la cual se protege este bien jurídico	148
2.6.18 Fundamentos de estudios psicológicos para la identificación y Establecimiento de la edad apropiada de los adolescentes para Autodeterminarse sexualmente	150
2.7 El libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes desde el plano Constitucional	166
2.7.1 El derecho al libre desarrollo	166
2.7.2 Acuerdo plenario: 7-2007 y 4-2008/CJ-116	168
2.7.3 Acuerdo plenario: 1-2011/CJ-116	171
2.7.4 Acuerdo plenario: 1-2012/CJ-116	174
2.7.5 Análisis de la sentencia recaída en el expediente N° 008-2012-PI /TC que declaró inconstitucional el Art. 173° inc. 3 Código Penal	192
2.7.6 Análisis de la sentencia desde un punto de vista material de los tipos Penales	202
2.7.7 El principio de proporcionalidad y su relación en el test de Constitucionalidad de las normas penales	209
2.7.8 Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el tiempo	214
2.7.9 A modo de conclusión	221
2.7.10 La inconstitucionalidad del Art. 173.3 del CP en la STC	224
2.7.11 Del tribunal constitucional para la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173.3 del CP	232
2.7.12 Efectos de la inconstitucionalidad	239
2.7.13 Interpretación sistemática	242
2.7.14 Interpretación sociológica	245
2.7.15 Interpretación histórica	244
2.8 Definición de términos	249
2.9 Hipótesis de investigación	252
2.9.1 Hipótesis general	252
2.9.2 Hipótesis específicas	253
2.9.3 Identificación y relación entre las variables	254
2.9.4 Operacionalización de variables	254

**CAPÍTULO III
METODOLOGÍA**

3.1 Tipo de investigación	255
3.2 Diseño de la investigación	256

3.3 Lugar y periodo de investigación, determinación del universo, selección	
De muestra unidad de análisis	257
3.4 Población o universo	257
3.5 Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos	258
3.5.1 Métodos	258
3.5.2 Método general	261
3.5.3 Método específico	261
3.5.4 Nivel de investigación	262
3.5.5 Características de la investigación	262
3.5.6 Técnicas de recolección de datos	262
3.5.7 Validez y confiabilidad de los instrumentos empleados	263
3.5.8 Procedimientos de recolección de datos a emplear	264
3.6 Procesamiento de datos	264
3.6.1 Elaboración de procesamiento de datos	264
3.7 Análisis estadístico: descriptivo e inferencia	264
3.7.1 Muestra, tipo de muestreo, tamaño de la muestra	264
3.8 Criterios de inclusión y exclusión	266
3.9 Plan de análisis e interpretación de datos	266
CAPÍTULO IV	
RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LAS HIPÓTESIS, Y TOMA DE	
POSTURA	
4.1 Discusión de los resultados	267
4.1.1 Sobre la hipótesis general	273
4.1.2 Sobre la primera hipótesis específica	275
4.1.3 Sobre la segunda hipótesis	277
4.2 Aporte y toma de postura	278
4.2.1 Propuesta	281
CONCLUSIONES	283
SUGERENCIAS	288
CONSIDERACIONES ÉTICAS	289
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	292
ANEXOS	304

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación jurídica (*tesis*) busca ahondar y contribuir a desenredar las contradicciones y absurdos jurídicos que se han venido aconteciendo a raíz de la promulgación de la Ley N° 28704 (*Ley que modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra La Libertad Sexual*) de abril de 2006 y actualmente la ley 30076; en la que si bien se reconoce libertad sexual a los adolescentes de 14 años, el legislador no ha logrado abarcar los verdaderos problemas que se acontecen en la realidad tocante, razón por la cual la misma devendría en ilegítima (anomia), siendo que no ha verificado o desconoce que las estadísticas de años atrás y las más recientes (INEI 2011-2012) han establecido que los adolescentes se inician sexualmente a los 13 años, además de haber realizado una mala interpretación de los artículos del Código Civil; u obviar (además) que en el mismo, el artículo 46° y 389°, describen o reconocen libertad sexual (implícita o tácitamente) a los adolescentes de 13 años (mas no, recién a los 14); en el presente estudio explicaremos en específico los artículos 170° y 173° (su descripción con la ley N° 28704 y actual modificación con la ley 30076) y de cómo a través del tiempo (consideraciones doctrinarias apropiadas) se ha logrado hacer una interpretación Histórica, sistemática y sociológica del bien jurídico libertad sexual (las consecuencias que esto implica), con lo cual se establece que los adolescentes comprendidos en el rango de edades de 14 a menos de 18, específicamente en el rango de edad de 14 años – Ley 30076 – art.170.6 y art.173.2) que ahora es reconducido y establecido al tipo base (CP).

El problema general a desarrollar en la presente investigación es: ¿De qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – ¿Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los

13 años de edad? También contaremos con los problemas específicos los que básicamente se desglosan del problema general en sí, los cuales son: **1.-** ¿Cuál es la diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años)? **2.-** ¿De qué manera se mejoraría el “ser” normativo vigente – ¿Ley 30076, para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando?

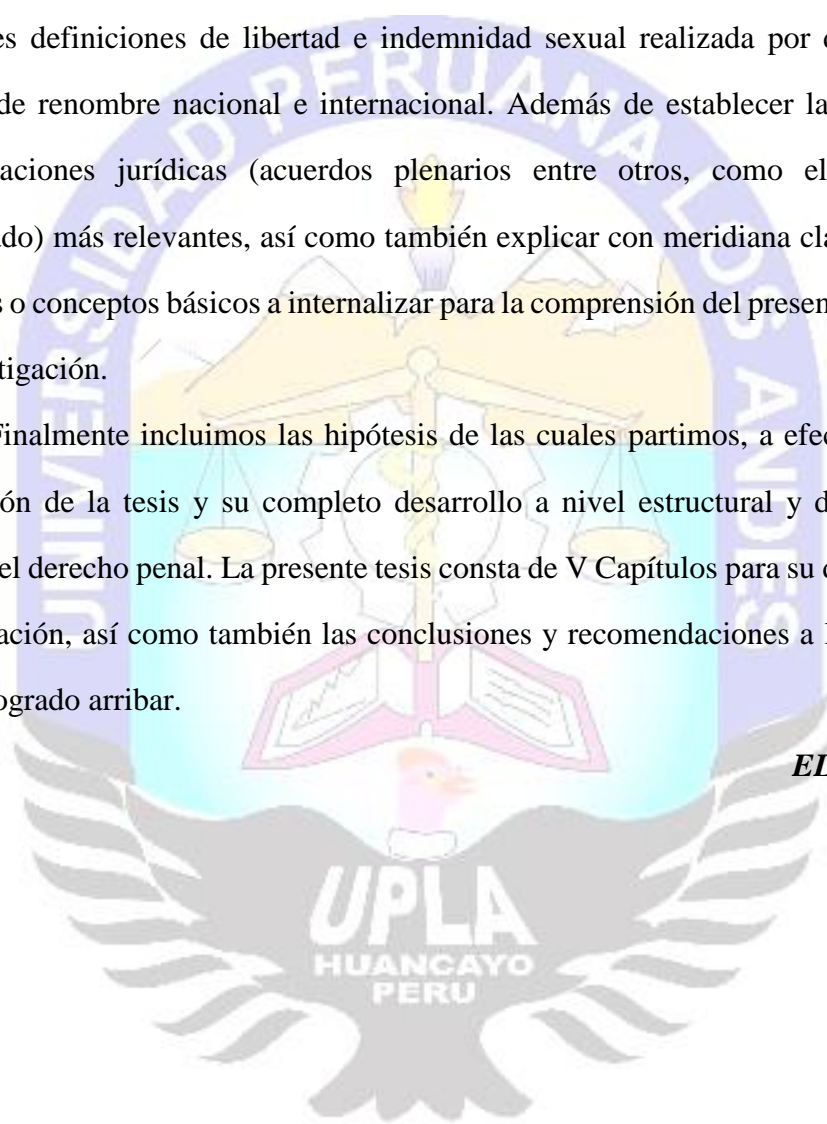
Lo que propugnamos está justificado teórica, social y metodológicamente en razón de que: Busco sustentar mi posición, es decir, advertir la existencia de numerosos argumentos jurídicos e interpretativos de la libertad sexual como bien jurídico de los adolescentes, supuestos normativos con los cuales es posible una delimitación más completa de la libertad sexual de los adolescentes, en cuanto a lo que respecta como bien jurídico penalmente protegido y los límites que este establece. Asimismo, Busco contribuir a que no se continúe vulnerando el derecho de los adolescentes de 13 años en razón de que no se haya establecido de manera certera la delimitación (inicio sexual – consentimiento – libertad sexual), de lo que comprende la libertad sexual de éstos y su ejercicio, además de una modificación de la ley (30076, en sus artículos 170.6 y 173.2).

Los objetivos planteados son los siguientes; Objetivo General: Explicar, de qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los 13 años de edad. Siendo los objetivos específicos: 1. Explicar, cuál es la diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años); y, 2. Explicar, de qué manera se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando.

En el marco teórico se han considerado lo siguiente: Antecedentes históricos, en los que abordamos lo más trascendente en cuanto y como ha ido evolucionando el derecho, no solo en técnica legislativa, sino en lo que es más importante la consideración del bien jurídico de los adolescentes de indemnidad (anterior) a Libertad sexual (en la actualidad). Doctrinariamente traemos a colación los principios por los que se rige el derecho penal como el principio de legalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad. Asimismo, veremos las diferentes definiciones de libertad e indemnidad sexual realizada por diferentes autores de renombre nacional e internacional. Además de establecer las bases e interpretaciones jurídicas (acuerdos plenarios entre otros, como el derecho comparado) más relevantes, así como también explicar con meridiana claridad los términos o conceptos básicos a internalizar para la comprensión del presente trabajo de investigación.

Finalmente incluimos las hipótesis de las cuales partimos, a efectos de la realización de la tesis y su completo desarrollo a nivel estructural y dogmático propio del derecho penal. La presente tesis consta de V Capítulos para su desarrollo y explicación, así como también las conclusiones y recomendaciones a las cuales hemos logrado arribar.

EL AUTOR





CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

Diagnostico (realidad)

La legislación penal peruana ha contado con un criterio durante casi todo el siglo XX en cuanto a este aspecto del llamado derecho penal sexual, considerando que la indemnidad sexual se extendía hasta los 14 años de edad, luego de lo cual se le reconocía a la persona una plena libertad sexual, libertad para decidir con quién tener relaciones sexuales y libertad para decidir con quién no tenerlas¹.

Sin embargo, en abril de 2006 el legislador acoge una corriente reformadora a nivel nacional y decide extender la protección penal del menor elevando el límite de su intangibilidad sexual hasta los 18 años de edad².

-
- 1 SALINAS SICCHA, R., *“Derecho Penal Parte Especial”*, vol. II, Editorial Grijley. 4ta. Ed., noviembre-2010, Lima-Perú. p.735
 - 2 El artículo 181° del Código Penal Español, por ejemplo, establece que el límite de la indemnidad sexual es 12 años.

Ahora bien, en el año 2013 se ha producido la modificación de la ley 28704, mediante la ley 30076, la cual nos muestra la supresión del inciso 3 del artículo 173° del Código Penal, reconduciendo dicha penalización al artículo 170° del mismo cuerpo de leyes, con lo que se reconoce la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad. Precedentemente con la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 3 del art. 173° del CP, en el EXP. N° 00008- 2012 – PI/TC - LIMA, emitido por el Tribunal constitucional se reconoce a la libertad sexual de los adolescentes como un derecho fundamental de estos y estableciendo la edad de consentimiento sexual en 14 años de edad.

Pronóstico (viene sucediendo)

Sin embargo, la realidad continúa siendo otra, esto respecto al establecimiento de la edad de consentimiento de los adolescentes, dado que es de conocimiento no solo público, sino también a través de encuestas y estadísticas realizadas por nuestro propio Estado, que la edad en que los adolescentes se inician sexualmente (ya sea con otro adolescente o mayor de edad) es menor; esto es 13 años de edad cronológica. Y no como se ha establecido en la edad de 14 años, castigando por ende a los mayores de edad (e incluso a los adolescentes como infractores) que mantengan relaciones sexuales con adolescentes de 13 años de edad, la misma que se encuentra prescrita en el artículo 173° inciso 2 del Código penal³, lo mismo que ocurre con el tipo base (también modificado – Art. 170° inc. 6 del CP).

Control del pronóstico (como contrarrestarlo)

En este contexto proponemos que la edad de consentimiento sexual debe ser fijada en 13 años, mas no en 14; toda vez que, de las estadísticas

³ CÓDIGO PENAL PERUANO 1991, ED. Jurista Editores, Lima – Perú, 2013. p.157

realizadas por el INEI (SENAJU – DINDES y ENDES), la realidad tocante e imperante nos indica a todas luces que los adolescentes inician su vida sexual a la edad de 13 años, por lo que de continuar con la misma escala que se estableció en el año 2013, no solo estamos condenando (*pena de cárcel injustificada*) a personas que contaron con el consentimiento y colaboración de los adolescentes antes descritos (*esto es libre disposición del bien jurídico Libertad Sexual – Art. 20° inc. 10 del CP*), sino que también se está legislando sin tener en cuenta sus propias encuestas (realidad social), normatividad civil existe (*Artículos 46° y 389° del Código Civil*) y conclusiones a las cuales el mismo Estado ha llegado, lo cual causa una exclusión de los adolescentes que también merecen se les reconozca su Libertad Sexual Especial (terminología esta última que argumentaremos) como demostraremos más adelante, que no es otra cosa que el ejercicio o disposición de la misma⁴.

1.1.1 Formulación del problema

1.1.1.1 Problema general

¿De qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – ¿Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los 13 años de edad?

1.1.1.2 Problemas específicos

- ¿Cuál es la diferencia entre el bien jurídico, libertad sexual de los adolescentes, y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años)?

⁴ Art. 20, inc. 10 (Libre Disposición de Bienes Jurídicos) del Código Penal.

- ¿De qué manera se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando?

1.2 Objetivos

1.1.1 Objetivo general

Explicar, de qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los 13 años de edad.

1.1.2 Objetivos específicos

- Explicar, cuál es la diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años).
- Explicar, de qué manera se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando.

1.3 Justificación

1.3.1 Teórica

Busco sustentar mi posición, es decir, advertir la existencia de normatividad civil (argumentos jurídicos e interpretativos), estadística (INEI – 2011, ENDES - 2012) y casos judiciales en concreto que expresan la realidad respecto de que los adolescentes inician su vida

sexual a la edad de 13 años (más no a los 14 años), supuestos normativos con los cuales es posible una delimitación más completa para establecer quienes son realmente los titulares del bien jurídico libertad sexual.

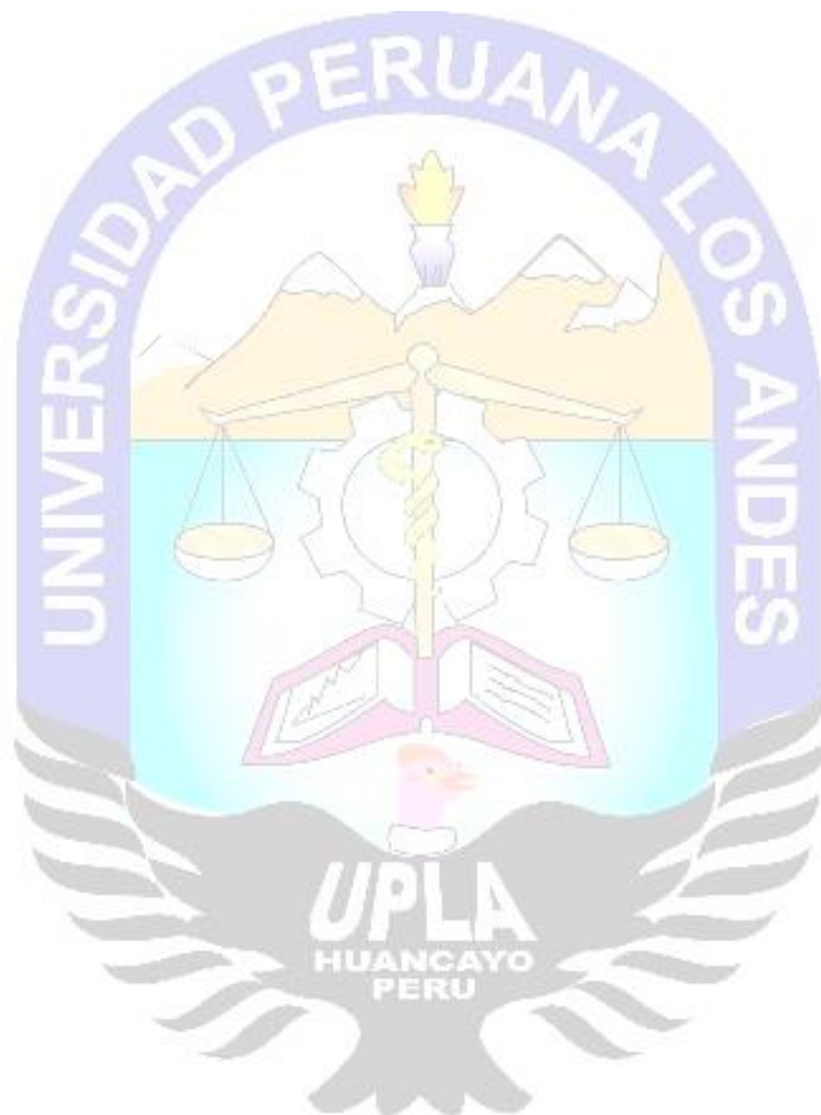
1.3.2 Social

Busco contribuir a que no se continúe vulnerando el derecho de los adolescentes (de 13 y menores de 18) y las personas mayores de edad (en cuanto a su libertad individual se ve amenazada – además de los adolescentes como infractores) que mantienen relaciones sexuales, con los primeros mencionados, en razón de que no se ha establecido de manera certera la delimitación del consentimiento sexual, en cuanto comprende la libertad sexual de éstos y su ejercicio (libre disposición de bien jurídico), además de buscar las modificaciones de la ley (N°30076) que correspondan a que los adolescentes no sean limitados y por ende discriminados a la hora de querer hacer uso de dicha libertad, esto en función de una conceptualización propia [es decir no es lo mismo la libertad sexual de los adolescentes, que la establecida para los adultos (mayores de edad) – Art.170 del Código Penal]. Lo cual se realizará en base a los datos estadísticos oficiales del INEI (encuestas realizadas por esta institución del Estado 2011 - 2012) y una encuesta (propia) realizada específicamente para la presente investigación en el distrito del Tambo – Huancayo (año 2013).

1.3.3 Metodológica

Cuestionaremos una ley o institución jurídica vigente para luego de evaluar sus falencias, proponer cambios o reformas legislativas en concreto, es decir; que culminaremos con una proposición de reforma o

nueva ley sobre la materia, para una aplicación eficaz y eficiente de la norma (investigación jurídica propositiva – descriptivo/explicativo). Además, de un aporte doctrinario en base a la información y datos acopiados.





CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del estudio

2.1.1 Antecedentes históricos

Por mucho tiempo la religión, la moral, las costumbres y las convenciones sociales tuvieron un importante poder regulador de las conductas humanas en la sociedad y en cierto modo, podían por si solas mantenerla unida o vinculada. Sin embargo, aquellos factores culturales, con el transcurso del tiempo y conforme al avance del conocimiento científico, perdieron fuerza social.

El pluralismo y fragmentación de las modernas concepciones sobre los valores que el individuo llegó a concebir, ayudaron a que las costumbres, la religión y la moral perdieran poder regulador vinculante. No obstante, todas las funciones de aquellos factores las asumió el derecho, factor cultural que actualmente es el único en prescribir de modo

vinculante lo que el individuo tiene que hacer o dejar de hacer en determinada sociedad.

En efecto hasta la década de 1960 era dominante la concepción que el derecho penal debía garantizar un *mínimum ético social*, constituyéndose en su finalidad prevalente; generando con ello enormes situaciones de discriminación. De ese modo, por ejemplo, el Código de Maurtua de 1924 era tangible su afán moralizador desde la rúbrica utilizada (...), constituían claras manifestaciones de una criminalización moralizadora y discriminatoria convalidada doctrinariamente y como es natural, dio origen a una extensa jurisprudencia (...). Esta realidad legislativa y jurisprudencial implicó una situación evidente de discriminación social que vulneró en forma constante el principio de igualdad en razón de sexo.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y la mejor sistematización del conocimiento jurídico, los entendidos fueron advirtiendo, que en realidad las normas penales con rasgos moralizantes, como las de orden sexual, no eran acatadas por grandes sectores de la comunidad. Constituyéndose el derecho penal en el ámbito sexual, en un simple medio simbólico toda vez que no otorgaba real protección a las expectativas de las víctimas.

Convencidos de esta situación, los penalistas volvieron a tomar como centro de sus preocupaciones académicas e investigaciones científicas, la teoría del contrato social de la ilustración como alternativa para proponer soluciones al problema delictivo. Los delitos sexuales no fueron ajenos a tales preocupaciones. Según la teoría del contrato social,

los ciudadanos han establecido el poder político con la finalidad que los proteja de intromisiones ajenas a su esfera personal, así como para que les suministre los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad, los mismos que se constituyen en bienes jurídicos que le corresponde proteger al Estado por medio del derecho penal.

Basados en esta teoría de orden francés, los tratadistas alemanes precursores del conocimiento penal, luego de un apasionado debate doctrinario, en su proyecto alternativo de Código Penal de 1966, propusieron el cambio de denominación de “delitos graves y menos graves contra la moralidad” por “delitos contra la libre autodeterminación sexual”, plasmándose en forma definitiva el cambio del pensamiento penal, respecto de los delitos sexuales, con la reforma del Código Penal Alemán de 1969 y 1974, cuando el legislador alemán acepto y tomo la denominación en la forma como se proponía en el proyecto alternativo, manteniéndose hasta la actualidad.

Así con los planteamientos de los penalistas germanos por un lado, con la consolidación de la teoría de los derechos humanos y el auge del constitucionalismo por otro, adquirió real consistencia el planteamiento teórico que sostiene: dentro de los parámetros de un derecho penal respetuoso de la conformación pluralista de la sociedad, debe buscarse en forma primordial, la autorrealización personal de sus integrantes, esto es, debe garantizarse el libre desenvolvimiento de su personalidad.

En los tiempos actuales que nos ha tocado vivir, en el cual las variadas corrientes del pensamiento, por peculiaridades específicas, han recibido de los intelectuales el rotulo de postmodernidad en contraposición a la modernidad, la convivencia social tiene como el elemento central a la libertad individual, aspecto que se traduce en uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos y pilar de un estado democrático de derecho. La protección de la libertad individual en el ámbito sexual resulta preponderante. En la actualidad, el derecho penal no puede perder de vista su misión protectora de bienes jurídicos concretos, dejando de lado su función simbólica que la mayor de las veces encubre forma de desigualdad y discriminación.

De esa forma, actualmente es lugar común sostener que el derecho penal debe abstenerse de regular (de prohibir) conductas que solo tienen que ver con oposiciones morales de los ciudadanos; dicho de otro modo, el derecho penal debe permanecer neutral frente al pluralismo moral: no debe tratar de imponer un determinado código moral frente a los demás; o como escribió John Stuart Mill: *“el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno, cualquiera de sus miembros, es la propia protección. (...) la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás.* Teniendo en cuenta tales planteamientos teóricos, el legislador del Código Penal de 1991, pese que en los proyectos de setiembre y noviembre de 1984, agosto de 1985, abril de 1986, julio de 1990 y enero de 1991 mantuvo al honor sexual y las buenas costumbres como bienes jurídicos protegidos

preponderantes en los delitos sexuales, recogió a la libertad sexual en forma genérica como el único y exclusivo bien jurídico protegido. Igual se mantuvo con la promulgación de la ley N° 28251 de junio del 2004 y el mismo sentido se mantuvo con la promulgación de la criticada Ley N° 28704 del 05 de abril del 2006.

De ahí que el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional se considere al abuso o acceso sexual violento, bajo circunstancias especialmente graves, *un crimen de lesa humanidad*. En suma, hoy con la existencia y aceptación de un mayor pluralismo, el fomento de una mayor tolerancia social y el resquebrajamiento de los patrones morales que inspiraban al derecho penal de antaño, a raíz de la vigencia del principio de intervención mínima y en especial del subprincipio de fragmentariedad, se ha dejado de lado y se ha renunciado a cualquier referencia que tenga que ver con atisbos o resabios morales dentro de los delitos sexuales. Ya no se protege ni cautela la honestidad, la moralidad o la irreprochabilidad de las mujeres, sino uno de los valores sociales más importantes sobre los que descansa un Estado Democrático de Derecho y el pluralismo político: *la libertad del ser humano* sin distinguir el género al que pertenece, ni su condición social, económica o ideológica.

No obstante, lo que hoy nos trae a estructurar el presente trabajo de investigación es el de fijar la edad del consentimiento para el uso y goce de la libertad sexual, que actualmente se ha establecido en 14 (Ley N° 30076), omitiendo normativa civil que indica que la edad del consentimiento para la libre disposición del bien jurídico, libertad sexual es de 13 años.

DOCTRINA

TEORÍA DE LA “CODICIO SINE QUA NON”

Está superación de la determinación de la responsabilidad en función a un criterio etario, que es excesivamente rígido y en ocasiones meramente objetivo recurre al nivel de participación, de auto-responsabilidad del interviniente, que genera la atipicidad de la forma siguiente: Si y sólo si de suprimir mentalmente el consentimiento dado por el adolescente el hecho nunca se habría realizado, el hecho será atípico (...) como (consecuencia)⁵.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD

Vistos de esta forma, los encuentros sexuales, días u horas antes del límite de edad, formalmente podrá ser abarcado por el texto de la ley, pero no superan el nivel de gravedad que exige el *principio de subsidiariedad* y son solucionados por otras formas de control social (*principio de fragmentariedad*), como el derecho civil, con la prestación de alimentos, reconocimiento de paternidad, matrimonio, etc. (artículo 46° y 389° del Código civil); (...), etc.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

La idea de la proporción, es la de una relación entre dos cantidades, siendo esta idea una característica de la pena, que implica que el Estado actúa proporcionalmente. Dicho en otras palabras, la pena es proporcional a la culpabilidad y sin embargo no deja de lado otros factores influyentes.

⁵ SANCHEZ MERCADO Miguel A. [TESIS], “La reforma del artículo 173° del Código Penal Peruano (Ley N°28704)”, UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS, Lima – Perú, 2009. p.10

EL ÁMBITO SEXUAL Y LA LIBERTAD.

María del Carmen García Cantizano; cuando sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales, de ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la libertad, viene limitada por dos requisitos fundamentales: en **primer lugar**, *por el pleno conocimiento del sujeto; del contenido y alcance de dichas relaciones*, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en **segundo lugar** por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre⁶.

Norberto Bobbio, distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa).

a) La libertad de querer o voluntad, es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros.

b) La libertad de obrar, supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión⁷.

⁶ GARCÍA CANTIZANO, MC. “*Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública*”, Actualidad Jurídica, Lima-Perú, 1999, p.42

⁷ BOBBIO, N. “*Igualdad y Libertad*”, Barcelona – España, 1993, p. 100

Caro Coria, dice que la libertad sexual debe entenderse en un:

- a) **Sentido** positivo-dinámico de la libertad sexual, se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales.
- b) **Sentido negativo - pasivo**, se concreta en capacidad de la persona de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

Esta división se hace con fines pedagógicos, ya que la libertad sexual en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, ambos constituyen un complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico.

Debemos señalar que 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 prefieran, así como rechazar las no deseadas⁸.

LA INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO.

El bien jurídico protegido estaría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual, que procede de la doctrina italiana y reconocida por la doctrina española a finales de los años setenta.

⁸ CARO CORIA, D.C. y SAN MARTIN CASTRO, C. “*Delitos contra La Libertad e Indemnidad Sexuales, Aspectos Penales y Procesales*”, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, p. 67

Caro Coria, indemnidad o intangibilidad sexual, son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien este afectado por una situación de incapacidad transitoria, o como ocurre con los retardados mentales, nunca lo obtendrían.

Francisco Muñoz Conde, habla de protección de menores e incapacidad orientada a evitar ciertas influencias que, inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de su personalidad. En caso de los menores sean adultos puedan decidir su libertad sexual y en caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusan de su situación⁹. La indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales. Se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapaces, por tanto, el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo, *al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual*. La indemnidad sexual, se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes *aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello*, como es el caso de los menores; asimismo de quienes, por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual. Manera de parecer esta última, de la cual demostraremos,

⁹ MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal Parte Especial*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia - España, 1990, p. 201

que en los adolescentes de 13 años se protege la libertad sexual y no la indemnidad sexual, y trajimos a colación este tema a manera de comparación o diferencia, para establecer la libertad sexual en los adolescentes de 13 años en adelante (menos de 18).

MARCO LEGAL:

- Artículo 170° y 173°.3 Código Penal Peruano (Ley N° 28704).
- Ley N° 30076, que modifica el artículo 170° inc. 6 y 173° inc. 2 del Código Penal.
- Artículo 46° y 389° del Código Civil (vigente).

MARCO CONSTITUCIONAL:

- Artículo 1° y 2° (inciso 24, literal “a”) de la constitución.
- La ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución¹⁰.
- Sentencia del Exp. N° 0008-2012, proceso de inconstitucionalidad, con la cual el inciso 3 del Art. 173° del C.P.

DERECHO COMPARADO:

- Código Penal Español artículos 183° incisos 1, 2 y 3.
- Código Penal Argentino artículo 119°¹¹.
- El Código Penal Boliviano artículo 308° y 309°.
- Código Penal Chileno artículos 361°, 362° y 366°.

¹⁰ Constitución Política Del Perú de 1993, Jurista Ed. LIMA – PERÚ, 2010.

¹¹ CORNAGLIA A. y OLIVA TC. “Abuso Sexual de Menores Criminal Plaga”, Alveroni Ed., Argentina, 2011.

- El Código Penal Colombiano en sus artículos 208° y 212°.
- Código Penal Venezolano artículo 375°.
- Código Penal Brasileño artículo 213° y 224°.
- Código Penal Ecuatoriano artículo 512° inciso 1¹².
- El Código Penal de Panamá en su artículo 174° y 175°.
- El Código Penal de Uruguay en su artículo 272°¹³.

JURISPRUDENCIA:

- Acuerdo Plenario N° 4-2008.
- Acuerdo Plenario N° 1-2011.
- Acuerdo Plenario N° 1-2012.

2.2 Bases teóricas científicas

A) 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 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 voluntaria¹⁴.

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime

¹² RAMOS NOGUERA, Ivan, “Delitos Contra la libertad e Indemnidad Sexual”, Grijley Ed., Lima-Perú, 2011. pp. 283 a 294

¹³ HUGO VIZCARDO, SJ. “El Estado Actual de la Protección de la Libertad e Indemnidad Sexuales en la Perspectiva de la Doctrina, La Jurisprudencia y Los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema” Gaceta Penal y Procesal Penal N° 38, 1ra. Ed., Editorial El Búho, Surquillo - Lima – Perú. pp. 26 - 27

¹⁴ NOGUERA RAMOS I., “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual”, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2011, pp. 39 a 42

de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años¹⁵. Lo acotado en líneas precedentes, se establecía de tal forma a la luz del acuerdo plenario 1-2012, pero, ya habiéndose reconocido el bien jurídico, libertad sexual en los adolescentes (Ley N° 30076), ha de considerársele como tal (art. 20.10 CP).

B) Bien Jurídico

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, *aun 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 libertad¹⁶. 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

¹⁵ ACUERDO PLENARIO N° 01-2012-CJ-116 (Publicado: 26-07-2012), p. 7

¹⁶ HURTADO POZO J. y PRADO SALDARRIAGA V, “Derecho Penal Parte General”, 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, p. 14

funcionamiento del propio sistema¹⁷. 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 pacífica¹⁸.

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 Penal¹⁹. 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. Desde una perspectiva de la

17 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, p.56

18 BRAMONT ARIAS TORRES L., *“Manual de Derecho Penal - Parte General”*, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, p.92

19 BERND SCHÜNEMANN: *“El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos, 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. 38, Bogotá, p. 21

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*.

C) Delito de violación sexual

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la libertad sexual, 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; se ha producido un conjunto de transformaciones [avances (Ley N° 30076) y retrocesos legislativos (Ley N° 28704)] que han derivado en la versión final (...); por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima²⁰. Lo que actualmente es descrito por el segundo párrafo, inciso 6 del artículo 170° del CP – Ley N° 30076.

2.3 Antecedentes de la investigación (a nivel nacional)

- a) TAPIA VIVAS [TESIS - DOCTORADO], “La Ley Aplicable a los Delitos de Violación Sexual, en las Tendencias de los Índices Delictivos”, Lima – Perú, 2005.

²⁰ SERRANO GÓMEZ A. y SERRANO MAILLOA., “Derecho Penal Parte Especial”, 10ma. Ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 215

- b) RODRÍGUEZ HURTADO [TESIS], “El Nuevo Grito de Guerra del Torpe Legislador Draconiano: A La Cárcel el violador, Aunque la Víctima Haya Consentido libremente La Relación sexual o Análogo”, Lima – Perú, 2006.
- c) SALINAS SICCHA R., “La Irracionalidad Legislativa en los Delitos Sexuales”, Lima – Perú, 2006.
- d) CASTILLO ALVA, “La Muerte de la Sexualidad en los Adolescentes”, Lima – Perú, 2006.
- e) CHINCHAY CASTILLO, “El Paso del Ser al Deber Ser Como Problema de Evaluación de la Pertinencia del Art.173°.3 del CP”, Lima – Perú, 2008.
- f) PEÑA LABRIN D. [TESIS - MAESTRIA], “Pluricausalidad Criminógena en los Delitos Contra La libertad Sexual: Violación de Menor Art. 173° del Código Penal: Caso 38° Juzgado penal (reos en cárcel) Distrito Judicial de Lima, en el Periodo Histórico 2000 – 2005”, UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLAREAL – ESCUELA DE POST GRADO, Lima – Perú, 2009.
- g) SANCHEZ MERCADO M. [TESIS - MAESTRIA], “La Reforma del Artículo 173° del Código Penal Peruano: Problemas Propuestas y alternativas (el consentimiento en los delitos contra la libertad sexual de menores)”, UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS – ESCUELA DE POST GRADO, Lima – Perú, 2009.
- h) HUGO VIZCARDO H. [TESIS - DOCTORADO], “Estado Actual de la Política Criminal Aplicada a la Protección de la Indemnidad Sexual, en Relación al Especifico Caso de Relaciones Sexuales o Análogas consentidas de menores de 14 a menos de 18 años de edad – problemática de la operatividad judicial para determinar la imputación y propuestas de

solución”, UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS – ESCUELA DE POST GRADO, Lima – Perú, 2011.

2.4 Violación sexual de menores (mayores de 14 y menores de 18)

FUNDAMENTOS DEL ORIGEN DE LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS SEXUALES:

Por mucho tiempo, la religión la moral, las costumbres y las convenciones sociales tuvieron un importante poder regulador de las conductas humanas en la sociedad y, en cierto modo podían por si solas mantenerlas unidas o vinculadas. Sin embargo, aquellos factores culturales, con el transcurso del tiempo y conforme al avance del conocimiento científico, han ido perdiendo fuerza social.

El pluralismo y fragmentación de las modernas concepciones sobre los valores que el individuo llego a concebir, ayudaron que las costumbres, la religión y la moral perdieran poder regulador vinculante. No obstante, todas las funciones de aquellos factores, las asumió el derecho, factor cultural que actualmente es el único en prescribir de modo vinculante lo que el individuo tiene que hacer o dejar de hacer en determinada sociedad²¹.

Aproximadamente hasta la década de 1960 era dominante la concepción que el derecho penal debía garantizar un *mínimum* ético social, constituyéndose en su finalidad prevalente generando con ello enormes situaciones de discriminación. De ese modo por ejemplo el Código de Maurtua de 1924 era tangible su afán moralizador desde la rúbrica utilizada, pues reguló los llamados "delitos contra la libertad y el honor sexuales" en la sección tercera

²¹ ROXIN, Claus, "Iniciación al Derecho Penal de Hoy", traducción e Muñoz Conde y Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p.122

del libro segundo que sancionaba los "delitos contra las buenas costumbres". Consideraciones de elementos empírico culturales en el tipo, como "mujer de conducta irreprochable", constituían claras manifestaciones de una criminalización moralizadora y discriminatoria convalidada doctrinariamente y, como es natural, dio origen a una extensa jurisprudencia cuyas tendencias se aprecian hasta la actualidad. Esta realidad legislativa y jurisprudencial implicó una situación evidente de discriminación social que vulneró en forma constante el principio de igualdad en razón de sexo²².

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y la mejor sistematización del conocimiento jurídico, los entendidos fueron advirtiendo, *que en la realidad las normas penales con rasgos moralizantes, como las del orden sexual, no eran acatadas por grandes e importantes sectores de la comunidad.* Constituyéndose el derecho penal en el ámbito sexual, en un simple medio simbólico toda vez que no otorgaba real protección a las expectativas de las víctimas. Convencidos de esta situación, los penalistas volvieron a tomar como centro de sus preocupaciones académicas e investigaciones científicas, la teoría del contrato social de la ilustración como alternativa para proponer soluciones al problema delictivo. Los delitos sexuales no fueron ajenos a tales preocupaciones.

Según la teoría del contrato social, los ciudadanos han establecido el poder político con la finalidad que los proteja de intromisiones ajenas a su esfera personal, así como para que les suministre los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad, los mismos que se constituyen en bienes jurídicos que le corresponde proteger al Estado

²² CASTILLO ALVA, José L., Tratado de los Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexuales, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2002. p.32

por medio del Derecho Penal. *Concluyendo finalmente que los ciudadanos de ningún modo establecieron el poder político para que les tutele moralmente o para obligarles a asumir determinados valores éticos*²³.

Basados en esta teoría de origen francés, los tratadistas alemanes precursores del conocimiento penal, luego de un apasionado debate doctrinario, en su proyecto alternativo de Código Penal de 1966, propusieron el cambio de denominación de "delitos graves y menos graves contra la moralidad" por "delitos contra la libre autodeterminación sexual", plasmándose en forma definitiva el cambio del pensamiento penal, respecto de los delitos sexuales, con la reforma de códigos penales alemanes de 1969 y 1974, cuando el legislador alemán acepto y tomo la denominación en la forma como se proponía en el proyecto alternativo, manteniéndose hasta la actualidad.

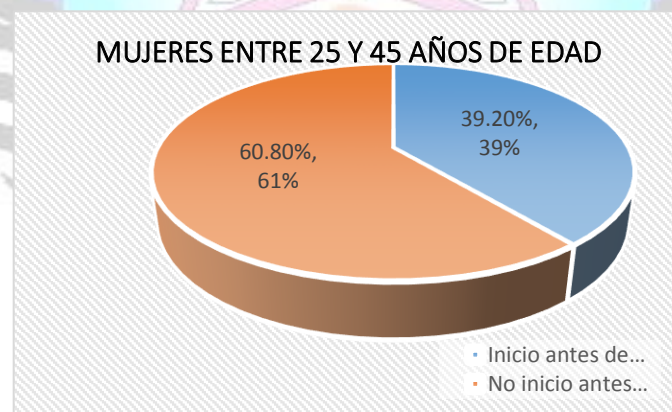
Así, con los planteamientos de los penalistas germanos, por un lado, con la consolidación de la teoría de los derechos humanos y el auge del constitucionalismo por otro, adquirió real consistencia el planteamiento teórico que sostiene: dentro de los parámetros de un derecho penal respetuoso de la formación pluralista de la sociedad, debe buscarse en forma primordial, la autorealización personal de todos sus integrantes, esto es, *debe garantizarse el libre desarrollo de su personalidad*.

En los tiempos actuales que nos ha tocado vivir, en la cual las variadas corrientes del pensamiento, por peculiaridades específicas, han recibido de los intelectuales el rotulo de post modernidad en contraposición a la "modernidad", la convivencia social tiene *como elemento central a la libertad individual*, aspecto que se traduce en uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos

²³ ROXIN, Claus, "La Protección de bienes Jurídicos como Tarea del Derecho Penal", Universidad de Lima, 2004. p. 128

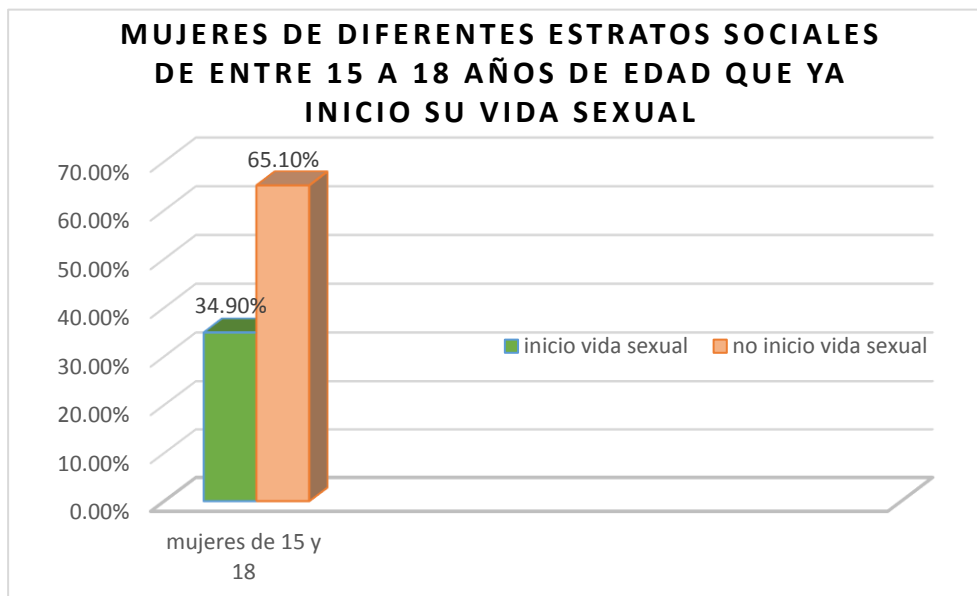
y pilar de un estado democrático de derecho. La protección de la libertad individual en el ámbito sexual resulta preponderante. En la actualidad, el derecho penal no puede perder de vista su *misión protectora de bienes jurídicos concretos*, dejando de lado su función simbólica que la mayor de las veces encubre formas de desigualdad y discriminación. **Constituyendo de ese modo, la sexualidad uno de los ámbitos esenciales del desarrollo de la personalidad** o de autorealización personal de los individuos. Una sociedad pluralista como la que subyace a un Estado Social y Democrático de Derecho, demanda el reconocimiento de diversas opciones de autorealización personal. Situación que alcanza incluso, a tolerar prácticas sexuales contrarias a la moral sexual dominante *siempre que no ocasionen perjuicios a terceros*²⁴.

Ahora bien; el estado actual, de la realidad sexual del adolescente a nivel nacional conforme a los datos aportados por el **Instituto Nacional de Estadísticas e Informatica**, en su Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES), difundida en mayo de 2010, se puede apreciar que del universo de mujeres encuestadas (entre 20 a 45 años de edad), el 39.2% manifestó que habían iniciado su actividad sexual antes de cumplir los 18 años de edad.



²⁴ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, "Consideraciones Dogmáticas Sobre Los Tipos Penales de Agresiones Sexuales Violentas y Análisis de su Doctrina Jurisprudencial", Revista Peruana de Ciencias penales, 2004. P.270

A nivel de Lima, las cifras aportadas por el INEI revelan que del universo de mujeres encuestadas (de diferentes estratos sociales), entre los 15 y 18 años de edad, el 34.9%, reveló haber tenido ya un inicio sexual (es decir antes de los 15 y 18 años).



Y al año 2011 – 2012, el INEI, reportó que los adolescentes de 13 años de edad ya se habían iniciado sexualmente, por lo que la edad del ejercicio de la libertad sexual habría disminuido de acuerdo a la realidad actual, o sencillamente en años anteriores no se difundía estas estadísticas, en función al rango o escala de 13 años en adelante. Habiendo dicho lo anterior y comenzado con establecer una historicidad de la norma en cuestión, podemos decir o sostener que el derecho Penal debe *abstenerse de regular o de prohibir conductas que solo tienen que ver con las opiniones morales de los ciudadanos*; dicho de otro modo, el derecho penal debe permanecer neutral frente al pluralismo moral: no debe tratar de imponer un determinado código moral frente a los demás o como escribió **John Stuart Mill**: "*el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se*

entrometa en la libertad de acción de uno, cualquiera de sus miembros, es la propia protección. (...) la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás".

2.4.1 Estudios dirigidos por el propio Estado Peruano

Base criminológica (Estadísticas oficiales)

Si bien las modificaciones reseñadas se han guiado por el loable deseo de proteger a los menores de edad. No obstante, como se aprecia de la lectura de los anteproyectos presentados al respecto, se ha dejado de lado, a diferencia de la técnica legislativa de otras orbes, el recurso a investigaciones empíricas que sustenten las modificaciones legislativas, por lo que siendo de interés a esta investigación, la relación existente entre el incremento de la edad legal del consentimiento sexual y la relación que guarda con su par socio-cultural, ***en cuanto al inicio efectivo de las prácticas sexuales***, nos obliga a recurrir a investigaciones científico-estadísticas efectuadas sobre el problema analizado (edad del consentimiento sexual – libertad sexual de los adolescentes, en función a su ejercicio, y que el tipo penal actual se condice con la realidad social y normativa) y que se hayan realizado tomando como universo a la población peruana. Estos estudios que por su naturaleza objetiva permiten apreciar las características de la realidad socio-cultural en la que confluyen las actividades de los operadores de la política criminal, entre ellos, legislador, juez, fiscal, los abogados de la defensa, la policía, etc.²⁵

²⁵Ver el diario oficial “*El Peruano*” del 10 de agosto de 2007. Sección Actualidad: <http://www.elperuano.com.pe/edc/2007/08/10/act4.asp> y adicionalmente el diario “*El Comercio*”, en la

En la labor de efectuar investigaciones estadísticas al respecto, también se pueden hallar esfuerzos de entes no estatales. Ante lo cual Hemos preferido recurrir a las investigaciones dirigidas por el propio *Estado peruano, por poseer una muestra más representativa de la población nacional y consecuentemente un menor margen de error.*

En dichos estudios nos interesamos por la información acerca de la edad promedio en que los jóvenes peruanos han iniciado su actividad sexual.

AÑO	ESTUDIO	INSTITUCIÓN
1998	ENAH0 98-II TRIMESTRE	INEI
2004	ENDES 2004 Y CONAJU 2004	INEI Y CONAJU
2005	ENDES 2005	INEI
2007	Objetivo I VIH: investigación entre personas de 11 y 24 años de edad (lima, callao, Ica, Chimbote, Pucallpa e Iquitos).	MINSA

2.4.2 Sexualidad adolescente a nivel nacional

Para el año 1998, cuando la edad legal del consentimiento eran los 14 años, estadísticamente se había establecido que aproximadamente el 42.5% de las mujeres peruanas se iniciaban sexualmente antes de haber llegado a los 18 años de edad, por lo que la sexualidad puede recibir la siguiente taxonomía:

- Sexualidad reproductiva.
- Sexualidad placentera.

La reproductiva, es propia de las uniones de hecho o de matrimonios que buscan expresamente el embarazo como forma de ampliar su descendencia, mientras que la segunda, la *sexualidad placentera*, como su nombre lo indica, es realizada entre los jóvenes o por quienes, por medio del uso de método de control reproductivo, desean evitar el embarazo. En este sentido el inicio sexual no implica por necesidad que las adolescentes se embaracen, opción que estará en función a otros factores, entre ellos, de la educación sexual, *resultando determinante la instrucción impartida en los centros de enseñanza.*

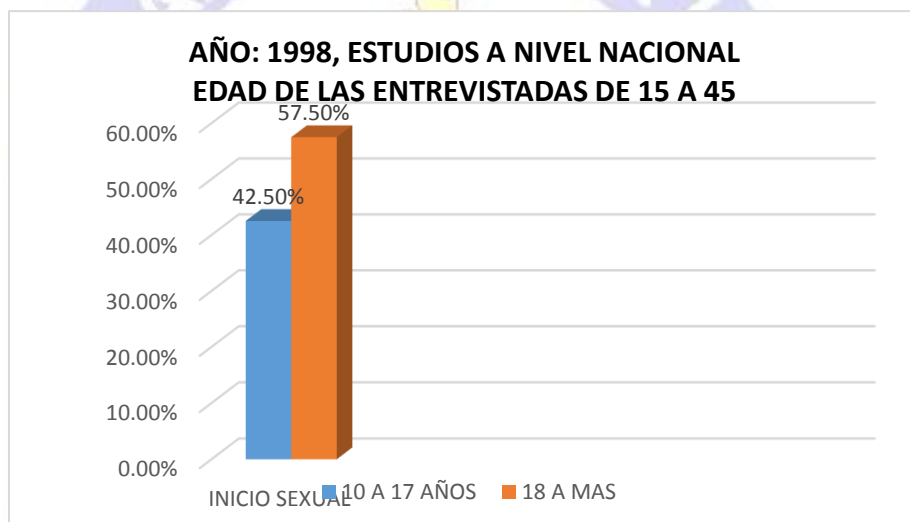


Grafico del cual se desprende, o se interpreta que el 42.50%, de personas encuestadas se inició sexualmente en el rango de 10 a 17 años de edad y el 57.50% se inició a la edad de 18 años a más.

2.4.3 Porcentaje de mujeres que han tenido relaciones sexuales según grupo de edad.

En la elaboración de los cuadros respectivos, se ha partido de entender que, en los mismos, las preguntas sobre el inicio de la actividad sexual se efectuaron exclusivamente entre las entrevistadas con una edad

comprendida entre los 15 a 19 años de edad. La razón por la cual, la encuesta de 1998, graficara que ya el 100% de mujeres entrevistadas (15-19 años) se habían iniciado sexualmente, en contraposición a las encuestas del año 2000, que la cataloga en un 26% y la del 2004, en un 22%, encontraría una explicación en el uso de distintos tipos de metodología usadas en sus elaboraciones. Circunstancia que se confirma incluso con la denominación asignada a cada método, siendo el ENAHO una “encuesta nacional de Hogares) y el ENDES, una “encuesta demográfica y de salud familiar”.

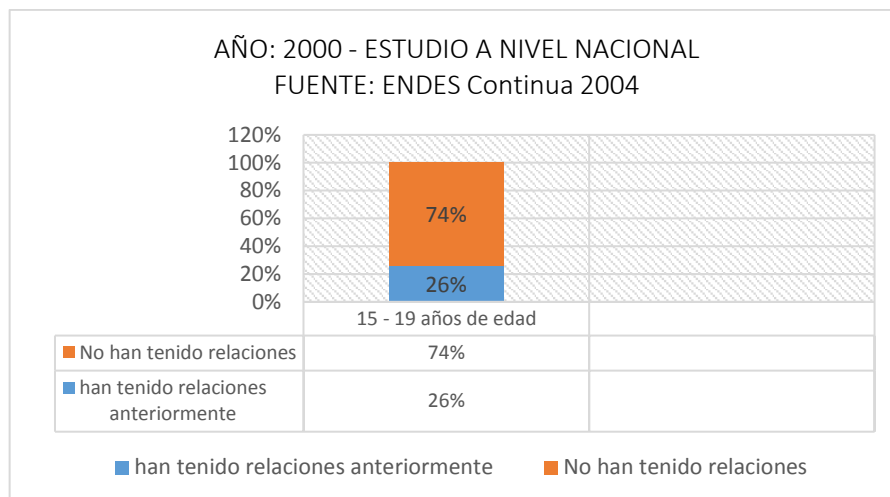
**Edad de las Mujeres al tener su Primera Relación Sexual.
ENAHO-98 entrevistas a mujeres de 15 a 49 años (INEI).**

CARACTERÍSTICAS	10 - 14	15 - 17	18 - 19	20 Y MAS
EDAD DE LA MUJER ENTREVISTADA				
15 – 19 AÑOS	19.8	66.2	14.0	-----
20 – 29 AÑOS	5.7	32.2	28.8	29.3
30 – 39 AÑOS	7.8	32.8	23.0	36.4
40 – 49 AÑOS	7.7	30.4	23.3	38.7
Fuente: INEI - ENAHO-98 II Trimestre²⁶				

De este cuadro, se aprecian porcentajes importantes que indican que las mujeres entrevistadas de 15 – 19 años de edad, se iniciaron sexualmente entre los 10 a 14 años de edad.

A su vez las estadísticas del año 2000, por las razones antes señaladas, se aparta de los resultados precedentes, manejándose desde aquella como porcentaje oficial del inicio sexual de la población de 15-19 años, un poco más de su cuarta parte, es decir, el 26 %, graficándose de la siguiente manera:

²⁶ <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR174/ResumenEjecutivo%2Epdf>.

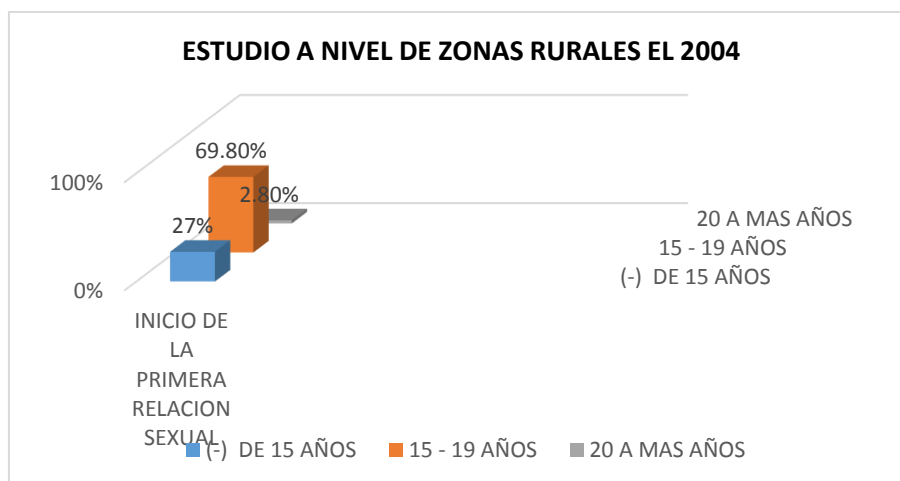


Para el año 2004 el inicio sexual, entre los adolescentes investigados (15-19 años), y siguiendo la metodología de las encuestas ENDES, habría experimentado un descenso del orden del 4%, estableciéndose desde entonces en un 22%.



Sin embargo, este mismo año (2004), una encuesta del Consejo Nacional de la Juventud – CONAJU²⁷, llevada a cabo en zonas rurales del Perú, demostraría que el número de jóvenes, iniciados sexualmente antes de los 18 años, no ha variado sustancialmente. **Así el 27.4 % se inició antes de los 15 años de edad**, mientras que casi el 70 % de 15 a 19 años de edad, y solamente el 2.8 % de 20 a más años.

27 CNJ- CONAJU, *Estado. Procesos y desafíos de las juventudes rurales en el Perú*. Lima, 2005: http://www.conaju.org.pe/sec_publicaciones_home.php, rev. oct.07 y adicionalmente en el portal del Ministerio de Educación, SNJ- Secretaria Nacional de la Juventud, sección publicaciones.



Esta misma tendencia se vería reflejada en las opiniones vertidas por organismos no gubernamentales que para el año 2004 informaban que se vería incrementado el número de menores iniciados sexualmente²⁸, coincidiendo, en este aspecto, con otras investigaciones particulares como las desarrolladas en el Perú por el doctor LICONA RENDÁN y la obstetra HUANCO APAZA²⁹, CHIRINOS y otros³⁰, BLICHTTEIN-WINICKI y otros³¹, la psicóloga ASENCIOS ANGULO³² y, en una fecha mucho más cercana, ha sido el propio Estado, en esta

28 En este sentido se declaraba que para el 2004 “se ha triplicado el número de adolescentes (menores de 13 años) que ya se han iniciado sexualmente”, diario “*La República*” del 04 de julio de 2004, coinciden con la información manejada por la ONG Manuela Ramos, según la cual el 14%, de la población adolescente de Ayacucho ya está embarazada, el 23% en Huancavelica y el 36% en Ucayali. Embarazo adolescente: Políticas públicas con equidad de género. Sección cifras. Manuela Ramos: <http://www.manuela.org.pe/Camp8Marzo.asp>

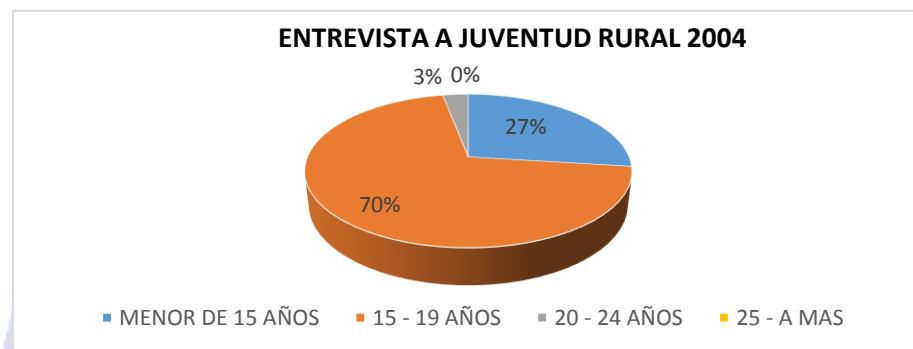
29 “En las grandes ciudades el 20% de nacimientos hospitalarios corresponde a mujeres de 10 a 19 años” en “Riesgos en el recién nacido de madre adolescente en el Hospital Hipólito Unánue de Tacna” en *Revista Diagnostico*, Vol. 39, N° 1, Ene.-Feb. 2000.

30 “El inicio temprano en promedio (14 años)”, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima”, en *Revista Médica Herediana*, UPCH, Lima, 1999. p. 58: <http://www.fihudiagnostico.org.pe/revista/numeros/2000/enefeb00/35-40.html>

31 “Gran número de jóvenes empieza (...) a una edad relativamente temprana” /// “en muchos países, una proporción significativa de jóvenes comienza (...) antes de los 15 años” (p. 258), “la edad del inicio (...) se concentró entre los 15 y los 17 años de edad”, el año 2001, se realizó un estudio trasversal con una muestra (...) de mujeres (...) de 16 y 17 años que se inscribieron para obtener su libreta militar (...) (58,695 inscritas), BLICHTTEIN-WINICKI, Dora y otros, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol.63 N° 4, UNMSM, 2002, p.259-261.

32 En el artículo “*Responsabilidad de todos. Madres adolescentes*”, sostiene que “en el Perú, 12 de cada 100 adolescentes son madres”, en diario oficial “*El Peruano*”. Sección opinión, del miércoles, 6 de diciembre de 2006.

ocasión a través del Ministerio de Salud, y usando como medio de difusión el diario oficial *El Peruano* quien hizo suyo los resultados de una investigación efectuada por ALFONSO ZAVALETA³³, enmarcada en el programa “Objetivo 1 VIH”³⁴, donde se establecía la edad del *inicio sexual se ubicó en los trece años*: dicho informe fue difundido por los medios de comunicación³⁵.



Asimismo, presentamos las encuestas y estadísticas más recientes realizadas por el INEI, que demuestran categóricamente que la edad de inicio sexual de los adolescentes se produce antes de los 14 años.

EDAD PROMEDIO DE INICIO DE LA RELACIÓN SEXUAL (INEI - 2011)

Según la ENAJUV, del total de la población de 15 a 29 años de edad, se observa que el 72,3% tuvo como promedio de inicio de relación

³³Ver “*El Peruano*” edición del 10 de agosto de 2007, sección Actualidad, donde se hace referencia a dos investigaciones efectuadas con jóvenes y adolescentes, patrocinadas por el Fondo Mundial en el programa denominado “objetivo 1 VIH”, para “Prevenir la transmisión de VIH y SIDA mediante la disminución de las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)”, presentadas el día 9 de agosto en el auditorio del Cuerpo Médico del Hospital Nacional Arzobispo Loayza.

³⁴“La República”, en el artículo “**los adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio**”, edición del 9 de agosto de 2007, reiterado en el artículo “unos 80 mil tendrían VIH”, de la edición del 10 de agosto de mismo año.

³⁵“El Comercio”, “**Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio**”, edición del 09 de agosto de 2007.

sexual entre los 15 a 19 años de edad; el 15,1%, entre los 20 a 24 años de edad y el 11,5%, entre los 12 a 14 años de edad.

En los **hombres**, el 74,7% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad; el **15,4%** entre los **12 a 14 años de edad** y el 9,6%, entre los 20 a 24 años de edad. En las **mujeres**, el 69,8 % se inició entre los 15 y 19 años de edad; el 21,3%, entre los 20 a 24 años de edad y el **7,1%**, entre los **12 a 14 años de edad**.

Por **grupos de edad**, se observa que el **mayor porcentaje** de jóvenes de 15 a 19 años de edad tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad, con el 80,5% y el **19,5%**, entre los **12 a 14 años de edad**. (...).

PERÚ URBANO

Según áreas geográficas, en el área urbana, el 71,8% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad; el 15,7%, entre los 20 a 24 años de edad y el **11,3%**, entre los **12 a 14 años de edad**.

Observamos en los datos por sexo, que, en los hombres, el 74,0% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el **16,0%**, entre los **12 a 14 años de edad**. Asimismo, en las mujeres, el 69,4% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el 22,9%, entre los 20 a 24 años de edad.

PERÚ RURAL

En el área rural, difiere el comportamiento: se observa que en su mayoría el 74,4% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual

entre los 15 a 19 años de edad; **el 12,5%**, entre los **12 a 14 años de edad** y el 11,9%, entre los 20 a 24 años de edad.

En los hombres, el 77,1% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el **11,9%**, entre los **12 a 14 años de edad**. En las mujeres, observamos que el 71,8% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el 13,6%, entre los 20 a 24 años de edad.

Lima Metropolitana

(...), tenemos otro panorama: el 73,3% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad; el 15,7%, entre los 20 a 24 años de edad y el **10,0%**, entre **12 a 14 años de edad**.

A nivel de sexo, en los hombres, el 75,9% se iniciaron entre los 15 a 19 años de edad y el **15,0%**, entre los **12 a 14 años de edad**.³⁶

De la misma forma en el 2012:

Según la ENDES 2012 (Encuesta Demográfica y de Salud Familiar), un 8,5% de las mujeres de 25-49 manifestó haber tenido relaciones sexuales antes de cumplir los 15 años y un 41,0% antes de los 18 años.

En la investigación “Sexo, Prevención y Riesgo” realizada en el Perú por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (2008) en jóvenes hombres y mujeres de 12 a 19 años de edad y sus madres, se encontró que un 21,2% (276 mujeres) de las mujeres y 41,1% (455 varones) de los varones adolescentes de 15 a 19 años reportaron haber tenido alguna vez

36 INEI (SENAJU - DINDES) PRIMERA ENCUESTA NACIONAL DE LA JUVENTUD – 2011, pp.81 a 83

relaciones sexuales. Los valores más altos se reportaron en Iquitos 30% para mujeres y 60% para varones. *Entre las edades de 12 a 14 años, el 4% de mujeres y el 6% de varones reportaron haber tenido relaciones sexuales.*³⁷

Continuando con los fundamentos doctrinarios; pasemos a ver uno de los principales, como viene a ser el bien jurídico delimitado en razón del tema de investigación.

2.4.4 Concepción de Bien Jurídico-Penal

Nosotros asumimos el concepto de bien jurídico como aquella condición o presupuesto (bien o valor social) circunstancia dada o finalidad útil, imprescindible, que la persona necesita para su autorrealización personal en sociedad, estructurado sobre la concepción de fines o para el funcionamiento del propio sistema, y que el estado está obligado a proteger³⁸.

Ahora bien, a partir de dicha concepción se pueden establecer, en clave de garantía negativa, tesis concretas de los que no constituirían bienes jurídicos penalmente relevantes:

Las conminaciones penales arbitrarias, las finalidades puramente ideológicas, *las meras inmoralidades, las disposiciones que establecen modos de vida*, entre otros. Además, la concepción del bien jurídico no es estática, sino que podrá mutar, pero siempre del marco de las finalidades constitucionales, que están *abiertas al cambio social y a los progresos del cambio científico*.

37 ENDES - 2012, PLAN MULTISECTORIAL PARA LA PREVENCIÓN DEL EMBARAZO EN ADOLESCENTES 2013-2021, p.13

38 *Ibíd.*, p.56

No obstante, más que lograr una definición abstracta, que no está exenta de críticas, se sugiere comprender al bien jurídico en el sentido de una directiva normativa, que permitirá definir los tipos penales y deslindar conductas que no ameritan ser conocidas por el derecho penal, lo cual ciertamente es útil para nuestro análisis y se concretiza a través de las funciones concretas que han sido asignadas al bien jurídico.

2.4.5 Funciones del Bien Jurídico Penal

a) Función crítica

También conocida como función limitadora, se compone a través del adagio *nullum crimen sine injuria*, que implica, con carácter de garantía, el compromiso del legislador de no tipificar, sino, aquellas *conductas graves que lesionen o pongan en peligro auténticos bienes jurídicos*. En ese contexto, se individualiza como una función político criminal que contiene el sentido informador del bien jurídico en la construcción de los tipos penales.

La determinación del bien jurídico protegido por la norma es y se mantiene como el punto de partida para la legitimidad de los tipos penales³⁹, haciéndose alusión a la categoría del bien jurídico inmanente y crítico con el sistema, útil para el ambicioso objetivo de la limitación constitucional de la ley penal, y que cumple un rol productivo en la determinación de la estructura del delito y del marco de acciones típicas⁴⁰.

39 SCHUNEMANN, Bernd, "Cuestiones Básicas del Derecho Penal en los Umbrales del Tercer Milenio", Idemsa-Lima, 2006. p.23

40 *Ibíd.*, pp.23 a 24.

De esta manera la determinación del bien jurídico no se expresa solamente al final del proceso de interpretación, sino que se dirige en su línea de ataque, principalmente liberal, sin limitaciones innecesarias de las libertades civiles, incluyendo la idea fundamental, en dimensión constitucional, de un análisis del delito-estructura del bien jurídico que crea las bases para toda interpretación, incluyendo otras directivas hermenéuticas fundamentadas constitucionalmente como la máxima victimo dogmática y el principio de ultima ratio.

b) Función sistemática

Constituye al bien jurídico como elemento clasificatorio en la formación de los grupos de tipos de la parte especial del CP. En ese sentido, esta función permitirá identificar también el bien jurídico protegido por la norma penal cuando no haya sido expresamente establecido por el legislador o cuya configuración tenga un carácter dudoso.

c) Función teleológica

Constituye al bien jurídico como criterio de interpretación de los tipos penales, que condiciona su sentido y alcance a su finalidad de protección, en tanto constituye el núcleo de la norma y del tipo penal, de manera que no es posible interpretar la ley penal sin echar mano de la idea de bien jurídico, concepto central del tipo en torno al cual giran los elementos objetivos y subjetivos.

En ese contexto, debe entenderse al bien jurídico como motivo y límite del derecho penal⁴¹. La categoría del bien jurídico en la interpretación de los tipos penales es irrenunciable, e incluso ha sido reconocida por sus más fervientes crítico, dado que la precisión del bien jurídico no solamente constituye el problema de interpretación más importante e introducción obligada de cada uno de los comentarios de la parte especial, sino que en la actualidad la interpretación teleológica se presenta como la más importante de todos los criterios e interpretación⁴².

d) Función individualizadora

Constituye al bien jurídico como criterio y medición de pena, coadyuvando el principio de proporcionalidad o racionalidad de las penas y a lograr la plena vigencia de la prohibición en exceso, estableciendo que el daño que vaya a ocasionar la pena sea equilibrado *con el daño provocado a través de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.*

2.4.6 Principio de legalidad

El principio de legalidad, consagrado en el artículo 2.24. d) de la constitución, establece que 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. En ese contexto, exige que el supuesto de hecho de cualquier delito este

41Ibíd., p.21

42 AROCENA, Gustavo A., "Interpretación Gramatical De la Ley Penal", Jurista Editores, Lima, 2006. p.30

determinado con precisión y específicamente tipificado por una ley penal previa, que describa la conducta humana exteriorizada contraria a la prohibición o al mandato contenido en la norma primaria, con el fin de evitar la creación de peligro para el bien jurídico.

Como garantía, este principio cumple un papel negativo, esto es, su objeto inmediato y esencial es evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder estatal de castigar⁴³, especialmente de impedir el acceso del poder ejecutivo a la reglamentación en materia penal, constituyendo una de las más típicas expresiones del *Rechtstats prinzip* (principios del estado de derecho), a través de sus múltiples manifestaciones: *lex certa*, *lex stricta*, *lex praevia* y *lex scripta*. El legislador es destinatario en esencia de las manifestaciones de la *lex certa* (mandato de determinación) y *lex praevia* (prohibición de aplicación retroactiva de la ley), también lo es el juez aun cuando de manera subsidiaria y complementaria.

2.4.7 Principio de mínima intervención

También denominado *ultima ratio*, establece que el derecho penal solo debe actuar en la defensa de los bienes jurídicos imprescindibles para la coexistencia pacífica de los hombres y cuando no pueden ser eficazmente protegidos de otra forma, constituyéndose en una orientación político criminal⁴⁴ restrictiva del *ius puniendi* que deriva de la propia naturaleza del derecho penal y de la concepción material de

43 REGIS PRADO, Luiz. OB.cit., p. 65

44 Ibíd., p. 66

Estado de Derecho. De manera que en la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal deberá representar la última *ratio legis* y solo entrar en acción cuando fuere indispensable para el mantenimiento del orden jurídico.

En efecto, la función mayor de protección de bienes jurídicos atribuida a la ley penal no es absoluta, de manera que esta solo es defendida ante ciertas formas *de agresión o ataque consideradas socialmente intolerables*. Solo las acciones más graves dirigidas contra bienes jurídicos fundamentales pueden ser criminalizadas, efectuándose una tutela selectiva del bien jurídico, limitada a aquella tipología agresiva, dotada de indiscutible relevancia en cuanto a la gravedad e intensidad de la ofensa.

2.5 La libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales

Teniendo en cuenta tales planteamientos teóricos, el legislador del Código Penal de 1991, pese que en los proyectos de setiembre y noviembre de 1984, agosto de 1985, abril de 1986, julio de 1990 y enero de 1991, mantuvo al honor sexual y las buenas costumbres como bienes jurídicos protegidos preponderantes en los delitos sexuales, recogió a la libertad sexual en forma genérica como el único y exclusivo bien jurídico protegido. Igual se mantuvo con la promulgación de la ley N° **28251 de junio de 2004**, el mismo sentido también con la promulgación de la criticada ley N° 28704 del 05 de abril de 2006 y de la misma forma con la ley 30076 (pero que a la par reconoce libertad sexual a los adolescentes de 14 y menores de 18 años - el agregado es nuestro). De esa forma, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la libertad personal, es decir, la libertad sexual, toda vez que al ser puesta en peligro o lesionada, trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera

psicológica de la víctima, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad, de ahí que en el artículo 7° del estatuto de la Corte Penal Internacional se considere al abuso o acceso sexual violento, bajo circunstancias especialmente graves, un crimen de lesa humanidad.

Hoy con la existencia y aceptación de un mayor pluralismo, el fomento de una mayor tolerancia social y el resquebrajamiento de los patrones morales que inspiraban al derecho penal de antaño, a raíz de la vigencia del principio de intervención mínima y, en especial, del sub principio de fragmentariedad, se ha dejado de lado y se ha renunciado a cualquier referencia que tenga que ver con atisbos o resabios morales dentro de los delitos sexuales. Ya no se protege ni cautela la honestidad, la moralidad o la irreprochabilidad de las mujeres, sino uno de los valores sociales más importantes sobre los que descansa un Estado Democrático de Derecho y el pluralismo político: la libertad del ser humano sin distinguir el género al que pertenece, ni su condición social, económica o ideológica.

Para el penalista español **Miguel Bajo Fernández**, este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y, como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido el destacado profesor **Caro Coria**⁴⁵ prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en el sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras

45 CARO CORIA, Dino C., "Problemas de Interpretación judicial en los Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexuales" en Cathedra "Espíritu del Derecho, Año III, N°5, Diciembre-Lima, 1999. p.216

que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir.

En consecuencia, la libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, *sino debe entenderse en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad (el subrayado es nuestro)*.

La libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra persona para relacionarse sexualmente. En ese sentido el profesor **Roy Freyre** la define como la voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la convivencia y del interés colectivo.

No le falta razón a **María del Carmen García Cantizano** cuando sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminarse de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales, de ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la libertad, bien delimitado por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el *pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de dichas relaciones*, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la *manifestación voluntaria y libre del consentimiento* para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

Definido así, el bien jurídico, libertad sexual (prosigue García Cantizano) es indudable que solo quienes gocen plenamente del conocimiento necesario del alcance y significado del aspecto sexual de las relaciones sociales; y, pueda decidirse con total libertad al respecto, podrá ser considerado titular de dicho bien jurídico, por cuanto son sujetos que pueden autodeterminarse en el plano sexual. En suma, se lesiona la libertad sexual en sentido estricto con las conductas recogidas en los tipos penales de los artículos 170°, 171°, 174°, 175° y 176° del Código Penal.

Comprendida de ese modo la libertad sexual, se llega a la conclusión que en los delitos sexuales pueden ser sujetos activos o pasivos tanto el varón como la mujer, sea esta menor, soltera, virgen, prostituta o casada. De ahí que coincidamos doctrinariamente que en nuestra legislación penal actual se ha previsto el hecho punible de violación sexual dentro del matrimonio, pudiendo ser sujeto activo uno de los cónyuges y pasivo el otro.

De esa forma en el título cuarto del Código Penal, rotulado como "delitos contra la libertad" ubicamos el capítulo noveno, modificado por la ley N° 28251 del 8 de junio de 2004 y luego por la ley N° 28704 de abril de 2006, etiquetado como violación de la libertad sexual", donde se regulan todas las conductas delictivas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos "libertad sexual" e indemnidad o intangibilidad de menores de edad. En segundo Término, la expresión violación comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración vaginal o anal y, en estricto mediante el uso de la violencia o amenaza, lo que excluye relevancia a la sanción de conductas como el acto bucal o la coacción para que la víctima realice un determinado comportamiento sexual.

No obstante, la forma como se ha regulado las conductas sexuales delictivas en nuestro código sustantivo, merece general aceptación, pues se ajusta a los lineamientos de un Estado social y democrático de Derecho que propugna todo nuestro sistema jurídico, aun cuando en ciertas coyunturas se le deja de lado. En nuestro sistema, la igualdad de todos ante la ley le es consustancial, por lo que de ningún modo puede hacerse distinciones de sexo aparte de las diferencias que impone la propia naturaleza, y también, porque se ha tomado en cuenta una realidad difícil de soslayar, en el sentido que la mujer no es solo un mero sujeto pasivo en el ámbito sexual, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa que el varón y muchas veces, cumplen con un rol protagónico superior a él, en el desarrollo de la conducta sexual. Ello actualmente se constituye en una realidad generalmente aceptada.

2.5.1 La libertad en el ámbito sexual

Norberto Bobbio⁴⁶ distingue entre libertad de querer o de voluntad (*libertad positiva*) y libertad de obrar (*libertad negativa*). La libertad de querer o de voluntad es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. En tanto que la libertad de obrar supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

En el campo de los delitos sexuales, según Diez Ripolles⁴⁷ el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos, uno positivo y otro

46 BOBBIO, Norberto, "Igualdad y Libertad", Paidós, Barcelona 1993. p.100

47 DIEZ RIPOLLES, José L., "La Protección de la Libertad sexual", Bosch, Barcelona, 1985.p.23

negativo. En su aspecto positivo la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. *En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.*

Igual para Miguel Bajo Fernández este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras. Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En ese sentido parecido, el profesor Carlos Caro Coria prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo Dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. Esta división se hace con fines pedagógicos, pues tanto la libertad sea en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, pues ambos constituyen un loable complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico.

La libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

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 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.*

Con sobrada razón María del Carmen García Cantizano⁴⁸ sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación en cuanto materialización plena de la más amplia libertad, viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que implica que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre (*como lo volvemos a repetir*). Ahora traeremos a colación la indemnidad sexual, a manera de diferenciación con la libertad sexual, y de esa forma mostrar cómo es que los adolescentes de 13 años están

48 GARCÍA CANTIZANO, María C., "Los Delitos Contra La Libertad Sexual como Delitos de Acción Pública", Actualidad Jurídica, T. 67-B, junio, Lima-Perú, 1999. p.42

dentro del ejercicio de la libertad sexual y no se los restrinja encasillándolos en la también llamada intangibilidad sexual.

2.5.2 La indemnidad sexual como bien jurídico

En el caso de los menores o incapaces, de modo alguno puede alegarse que se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales de cuales proceden en principio de la doctrina italiana, y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los ochenta⁴⁹ (*esto claro a manera de comentario, aplicable a los menores de trece, es decir los que se encuentran por debajo de dicha edad*).

En consecuencia, vía la doctrina española llegan al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual y en tal sentido, muy bien apuntan Bramont Arias Torres y García Cantizano, al manifestar que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, **aun si la tuviera fácticamente, ha sido considerada por el legislador irrelevante** [*esta irrelevancia actualmente también se aplica a los adolescentes de 13 años, dado a que, como volvemos a remarcar, si hablamos de facticidad, en efecto los adolescentes de dicha edad ejercen su sexualidad como ya lo*

49 MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, "Consideraciones Dogmáticas Sobre Los Tipos Penales de Agresiones Sexuales Violentas y Análisis de su Doctrina Jurisprudencial", en Revista Peruana de Ciencias Penales, N°14, Julio, Lima-Perú, 2004. p.274

describimos con las encuestas del INEI (realizados a nivel nacional) y otros entes, lo cual implica que el legislador a pesar de conocer la realidad nacional del caso en concreto, ha optado por la edad de 14 años porque así se desliga de hacer una verdadera política criminal y evita realizar una interpretación válida de los artículos 46° y 389° del Código Civil, en los que se reconoce una libertad de ejercer su sexualidad a los adolescentes de 13 años, por lo que dicha irrelevancia no es tan cierta, y solo se trata de omisiones del legislador – el comentario es nuestro].

De esa forma, en los tipos penales en los cuales el legislador no reconoce eficacia a la libertad sexual del sujeto pasivo como por ejemplo en los supuestos de hecho recogidos en los arts. 172°, 173° y 176°-A del CP., el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual *entendida como seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual.*

Caro Coria⁵⁰ por su parte, amparado en argumentos de penalistas españoles, afirma que en los tipos penales antes citados, 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 exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad [en la presente tesis, lo que propugnamos es justamente probar que en efecto el legislador esta sancionando la actividad sexual en sí misma, ya que un adolescente de 13 años de edad cuando emite su consentimiento (fáctico*

50 CARO CORIA, Dino C. y SAN MARTIN CASTRO, Cesar, "Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexuales", ED. Grijley, Lima-Perú, 2000. p.69

– desaprobado penalmente, pero que se obtiene sin violencia amenaza o engaño), finalizada la acción penada, ésta no se siente víctima y mucho menos solicita el resarcimiento de la vulneración de bien jurídico alguno, porque tal transgresión simplemente no existe, y al no existir es atípico (Art. IV del TP, del CP – PRINCIPIO DE LESIDAD: “la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”). Actitud de legislador que solo linda con el paternalismo del estatal (comentario nuestro)], recuperar quien este afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca obtenerla. En estricto-sentencia el autor citado- si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, **no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual** [dichas condiciones materiales, las cuales el legislador realmente protege, en el caso concreto de los menores de 13 años, como propugnamos debería de establecerse una libertad sexual y no la indemnidad sexual es decir establecer el reconocimiento de capacidad de emitir su consentimiento a los adolescentes de 13 años, toda vez que la Dra. Rosa Carrera Palao – Ex Jefa del Instituto Peruano de Medicina Legal de Lima, señala que: que es en la “pubertad, la etapa en la que desarrollan los caracteres sexuales y alcanzan la madurez propia del adulto, ocurre la primera menstruación llamada menarquia entre los 11 y 15 años. Pudiendo ocurrir variaciones dependientes de factores como clima, raza,

*nutrición, salud; (...)*⁵¹. Esto con respecto a la capacidad o condición material física o fisiológica. Y respecto a la capacidad o condición psíquica para autodeterminarse sexualmente, la Psiquiatra Louann Brizendine (fundadora de la Clínica de los Estados del Ánimo y hormonas de las Mujeres en San Francisco - EE.UU) refiere que: “EL CEREBRO DE LAS ADOLESCENTES; en la **pubertad**, el pensamiento y comportamiento de las chicas cambia según los fluctuantes niveles cerebrales de estrógeno (una de las hormonas de la sensación de bienestar), progesterona (el Valium del cerebro), y cortisol (la hormona del estrés). Otras importantes hormonas producidas son, **la oxitocina** (que nos hace crear vínculos, **amar y conectar con los otros**) y dopamina (que estimula los centros de placer del cerebro). (...) Fisiológicamente está alcanzando la edad óptima para tener hijos, (...) y en términos evolutivos (...) si tiene un hijo pequeño con ella, no puede atacar y correr como puede hacerlo un hombre”, Asimismo los chicos obtienen autoestima a través de la independencia respecto de otros⁵². Es decir, los adolescentes de esta edad en específico cumplen con las condiciones materiales suficientes para que el legislador les reconozca capacidad legal para autodeterminarse sexualmente (el comentario es nuestro)].

(...). Esto es, le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. Circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente.

51 CARRERA PALAO, Rosa, “Medicina Legal”, ED. A.F.A. – Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-15225, Lima – Perú, 2009. p. 260

52 BUTLER BOWDON, Tom, “50 Clásicos de la Psicología”, ED. Sirio S.A., Barcelona – España, 2007. pp. 82 a 83

La idea de indemnidad sexual se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como 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.

En términos del español Muñoz Conde⁵³, podemos concluir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales.

(...) el poder político sigue usando al derecho penal para contentar a la opinión pública, elevando las penas a aquellos comportamientos delictivos que generen inseguridad social. De modo que el ordenamiento punitivo sigue cumpliendo una función simbólica, pues se recurre a él para crear una mera apariencia (un símbolo) de protección que se corresponde con la realidad. Esta tendencia es lo que en doctrina se denomina "*huida al derecho penal*" por parte del legislador, quien de modo interesado responde a la demanda social de una mayor protección creando nuevas figuras delictivas o endureciendo

53 MUÑOZ CONDE, Francisco, "Derecho Penal Parte Especial", ED. Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 1990. p.201

las ya existentes, en suma, responde a un derecho penal más represivo, vulnerando con ello diversas garantías y principios constitucionales (proporcionalidad de la pena, intervención mínima, taxatividad de la pena, etc.)⁵⁴

2.5.3 Diferencia entre indemnidad sexual y libertad sexual

En la doctrina⁵⁵ se entiende por libertad sexual aquella parte de la libertad en general referida a la capacidad que tiene todo individuo para ejercer su propia sexualidad, es decir, para configurar su vida sexual a partir de una organización autonómica conforme a su potestad decisoria (consentimiento), lo que implica, en cierto modo, la disposición del propio cuerpo y la libertad de la persona para desarrollar su vida sexual y afectiva con quien quiera, cuando quiera y del modo que quiera; pues es parte de la autonomía misma del ser humano y de su dignidad dirigir dicha esfera conforme a su discernimiento, como plasmación de su voluntad, que se exterioriza por actos concretos que involucran a otro ser humano, pues en definitiva los actos que el sujeto haga con su propio cuerpo no son de incumbencia para el derecho penal, sino la limitación que a dicha libertad se pueda efectuar.

En esencia, los delitos sexuales reprimen aquellas conductas que atentan contra dicha autodeterminación humana. El ámbito de lo injusto surge precisamente cuando aparece un acto decidido a contrariar la configuración sexual humana, pues nadie tiene derecho a imponer a otro el sometimiento a una conducta sexual no aceptada, menos aun si para

54 ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, "Consideraciones Sobre La Reforma de los Delitos Sexuales", en Revista peruana de ciencias Penales, N° 15, Julio, Lima-Perú, 2004. p.333

55 STC EXP. N° 0030-2005-AI/TC, fundamentos jurídicos 47-48.

dicho acceso carnal se utilizan conductas violentas, amenazas, entre otras conductas mediales.

Para definir su protección, la libertad sexual debe ser entendida en su doble vertiente. Positiva dinámica, es decir, como la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo a efectos sexuales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos; y, negativa, esto es, como el derecho de impedir intromisiones a dicha esfera cuando media su consentimiento, lo cual puede ser dirigido al Estado o a cualquier otra persona.

Por otro lado, la indemnidad sexual, también denominada intangibilidad sexual, es aquel estado en el que se encuentra un menor de edad o personas especialmente vulnerables, que por su condición personal o situacional, no pueden prestar consentimiento válido, dada la incapacidad en la que se encuentran para disponer de su vida sexual siendo resguardadas de cualquier experiencia de este tipo; por lo que, su protección está dirigida a evitar la afectación del desarrollo de su personalidad e impedir alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico futuro.

No obstante, la dificultad de delimitar el momento a partir del cual se debe permitir el ejercicio de la sexualidad con otras personas y en qué condiciones, y los distintos niveles en que se produce la iniciación sexual, obligan al legislador a adoptar soluciones realistas de acuerdo con el nivel cultural y la sensibilidad social de cada época, no debiendo dejarse llevar por consideraciones puramente moralistas⁵⁶, que no siempre están

56 MUÑOZ CONDE, Francisco, "Derecho Penal", 8º Ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 2010. p.208

apoyadas en datos científicos ni son compartidas por la mayoría de los ciudadanos.

2.5.4 ¿Es posible afirmar la existencia de un derecho fundamental a la libertad e indemnidad sexual?

El TC ha manifestado (fundamento jurídico 20) que la libertad sexual *forma parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad*, es decir, las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En ese contexto, el TC, al efectuar el test de proporcionalidad, manifiesta (fundamentos jurídicos 49 y 51) 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 a la libertad sexual de los adolescentes de entre 14 y menos de 18 años, deviniendo ello en una intervención injustificada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, *haciendo mención expresa a que la libertad sexual ostenta la calidad de derecho, incluso **derecho fundamental***.

No obstante, ¿será posible afirmar la existencia del derecho fundamental a la libertad sexual? Y, en contrapartida, ¿será posible afirmar la existencia de un derecho fundamental a la indemnidad sexual? Nosotros consideramos que, pese a lo afirmado por el TC, el derecho a la autodeterminación sexual y el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad, de acuerdo a la Constitución, **no constituyen per se derechos constitucionales (fundamentales) autónomos**, capaces de otorgar a sus titulares facultades

y exigencias en caso de que hubiere interferencias (*anulaciones, limitaciones o restricciones*) por parte de terceros.

Tal situación es así por cuanto, pese a que la doctrina las ha relacionado con dos derechos fundamentales reconocidos en la constitución (la libertad en general y libre desarrollo de la personalidad), la **libertad sexual y la indemnidad sexual no existen como derechos (el subrayado es nuestro)** sino que dichos conceptos hacen referencia de manera más apropiada a **intereses sociales** (bienes jurídicos) ***que se ha convenido en proteger como bienes jurídicos, lo cual resulta coherente con la idea de que estos protegen situaciones y relaciones de la realidad social.*** A partir de dicho entendimiento, la libertad sexual se constituirá como el punto de referencia valorativo más esclarecedor del contenido de los delitos sexuales y el criterio sobresaliente para la interpretación teleológica.

Además, el TC, [fundamento jurídico 22] no ha dado mayor fundamento para demostrar lo contrario, salvo hacer referencia que, las personas son titulares del "derecho a la libertad sexual" en tanto son también titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y, en el caso de los adolescentes, a que dicha titularidad resulta conforme al **principio de evolución de las facultades del niño y del adolescente (el subrayado es nuestro).**

En su defecto, si se considerasen suficientes los fundamentos expresados para manifestar la existencia de dicho derecho, pareciera que no se ha estimado las consecuencias que acarrearía, proclamar la libertad sexual *como derecho fundamental*; y es que si tal fuera el caso, a partir

de esta sentencia, podría convenirse también en que los adolescentes, titulares del "derecho fundamental a la libertad sexual", podrían acudir a los tribunales para que amparen su voluntad de mantener relaciones sexuales con tal o cual persona mayor de edad, cuando sus padres o tutores se lo estuvieran impidiendo; igual medida podrían adoptar, contra los hoteles cuando no se los deje ingresar para hacer efectiva dicha libertad sexual, por disposición de una medida administrativa de alguna municipalidad, entre otras situaciones imaginables (...).

En tal sentido, **consideramos errónea la apreciación del TC** de manifestar que la libertad sexual constituye un derecho fundamental y, a partir de ello, analizar su vulneración por parte del legislador [*véase fundamento 38*] con base en el principio de proporcionalidad, Contrariamente, consideramos que debió asumirse que ***la libertad y la indemnidad sexual constituyen bienes jurídicos*** que desde una perspectiva político criminal y un análisis constitucional, limitan al legislador en el establecimiento de normas penales para sancionar determinadas conductas como delitos, ***a través de pautas metodológicas***⁵⁷.

Ahora bien, en el contexto desarrollado en líneas precedentes, trataremos de establecer a manera de propuesta teórica - doctrinaria nuestra postura (aporte), de acuerdo a la cual la Libertad Sexual debe ser considerado como un bien jurídico y no como un derecho fundamental; toda vez que si bien este deviene de un derecho fundamental como el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho

57 CANCHO ALARCÓN, Rafael E., "La Inconstitucionalidad del Artículo 173.3 del C.P. en la STC EXP. N° 00008-2012-PI/TC (...)", 1ra. ED., Editorial Gaceta Jurídica, T.44, febrero, Lima - Perú, 2013. pp.41 a 42

fundamental en sí mismo sino propiamente un bien jurídico. Mediante este razonamiento también debemos manifestar que lo que protege en específico el Derecho Penal son bienes jurídicos que devienen de derechos fundamentales ya sean estos individuales o colectivos de primera, segunda e incluso tercera generación, pero, no a estos últimos en sí mismos (como volvemos a reiterar), sino a los que en primer orden mencionamos. Por lo que no todo derecho fundamental es un bien jurídico a protegerse por el derecho penal; y en el concreto caso el TC se refiere a la libertad sexual como derecho fundamental, el cual fundamenta o pone su base a través del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, pero este es un derecho fundamental amplio que acude a la protección de otros derechos y por ende no puede referirse ligeramente, a que la libertad sexual, es un derecho fundamental. Esto en razón de que el Derecho Penal tiene como uno de sus principios base la exclusiva protección de bienes jurídicos nominados y especificados como tales, y no como derechos fundamentales. Dicho lo anterior pasemos a ver cómo debe de conceptualizarse el bien jurídico y como ha de entenderse la libertad sexual conceptualmente.

2.5.5 Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos

El principio de "lesividad" y la teoría de bienes jurídicos ha sido un tema que siempre ha ocupado y preocupado al ilustre profesor chileno Juan BUSTOS RAMÍREZ en el mundo hispanoparlante es por demás conocida su concepción que trata de sistematizar mejor y materializar este principio a través de su distinción entre "bienes individuales" y "bienes colectivos" y su integración en la construcción de la teoría del delito. En esto ha seguido una larga tradición dogmático-penal que, en

los últimos años, se ha visto sometido a fuertes críticas por una serie de nuevas teorías basadas en ideas provenientes de las ciencias sociales y económicas. La reacción de los defensores de la teoría de bienes jurídicos no se hizo esperar; con ello se ha producido un interesante renacimiento de la discusión. A continuación, se someterán a un análisis crítico tanto la teoría tradicional de bienes jurídicos como también dos de las más interesantes propuestas alternativas.

2.5.6 La Tradicional Teoría de Bienes jurídicos o "principio de lesividad"

Los bienes jurídicos (concepción dominante)

La creación del concepto "bien jurídico" (o por lo menos haber sentado las bases para ello) se atribuye al alemán Johann Michael Franz BIRNBAUM, quien, durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la "lesión de derechos" de Paul Johann Anselm FEUERBACH y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, ósea uno que fuera independiente del mero concepto positivo. En contra de la concepción de FEUERBACH que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, BIRNBAUM quería resaltar aquello que sería realmente "lesionado" por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad.

Esta idea de la protección de "bienes jurídicos" como tarea del derecho penal fue el punto de partida para el desarrollo del llamado principio de "lesividad" u "ofensividad": el ejercicio de ius puniendi, a través del Estado, solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos. Bajo el aforismo "*nullum crimen sine injuria*"

se llegó a entender que tal "injuria", consistiría en la vulneración de "bienes jurídicos", concepto que expresaría los "valores más trascendentales para la coexistencia humana en sociedad"; luego, sino se reconocieran o protegieran estos bienes, el derecho penal carecería de una base sustancial, renunciaría a *inspirarse* en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida humana en sociedad.

Desde entonces y pese al retroceso que significó la época nacional-socialista en Alemania, la ciencia jurídico penal alemana dominante y la influida por ella no han abandonado este principio. Se puede decir que, hasta ahora el consenso mínimo de la doctrina dominante consiste en que el "bien jurídico" es visto como el punto de encuentro entre "injusto" y "política criminal", de tal manera que el Derecho Penal solamente debería tener por tarea proteger "bienes jurídicos" y los tipos penales solamente deberían ser interpretados en este sentido.

Ahora bien, desde el inicio, se ha presentado el problema de buscar un "concepto" de bien jurídico y "criterios" manejables para su delimitación. Esta empresa a resultado infructuosa en el sentido de pretender proporcionar un "concepto exacto" del bien jurídico. Por eso en la actualidad solamente se propone un concepto con un mínimo de contenido, es decir que se refiera a "algo" sobre lo cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista. Ese "algo" es definido de distintas formas: "intereses sociales", "valores", "relaciones reales de la persona con unidades sociales de función", etc. Es cierto que en última instancia, ninguna de estas fórmulas puede vincular al legislador, pues de una u otra manera cualquier interés estatal (así sea de carácter político)

podría adaptarse a cualquier fórmula conceptual. Pero tampoco es deseable un concepto demasiado cerrado de bien jurídico pues se opondría a los desarrollos futuros inevitables en cualquier sociedad moderna. Por eso una fórmula que tenga en cuenta todo esto, debe, por un lado, considerar que los "valores", "unidades de función", etc., no pueden ser tomados por sí mismos como datos preexistentes, exentos de crítica, sino solamente como "circunstancias" (*Gegebenheiten*) que deban estar sometidas a un continuo análisis crítico y puedan cambiar su contenido conforme a los cambios que se produzcan en los objetivos y la auto comprensión de la sociedad jurídica. Y por otro lado, se deberá buscar el equilibrio entre el interés de "dinamicidad" y el de "garantía" del concepto "bien jurídico" vinculado a este con un orden preexistente de valores reconocido en la ley máxima de todo Estado, o sea con los derechos fundamentales y principios de todo estado Social y Democrático anclados en la Constitución.

Luego el delito es entendido como toda conducta que atente gravemente contra bienes jurídicos y, con ello, contra las condiciones básicas para la convivencia de los ciudadanos en sociedad en un lugar y momento determinados. A partir de aquí, se puede concretar más en la definición del bien jurídico diciendo, de manera negativa (concepto-limite) que intereses no pueden ni deben ser considerados bienes jurídicos. Esto todavía constituye doctrina dominante en el derecho penal Alemán y en el de los países con sistemas penales de corte europeo-continental como España, Italia, Portugal, Argentina, Chile, Perú, etc.

La importancia del concepto "bien jurídico" se manifiesta en las funciones que usualmente le atribuye la doctrina mayoritaria. La más

importante de ellas, aunque las más polémica (y en mi opinión la decisiva en la confrontación con el normativismo radical) es la llamada función crítica: desde una perspectiva del "ideal del principio democrático" el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos. Ese es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente las concepciones morales o éticas de las minorías.

Así es como se ha llegado a eliminar de los códigos penales los delitos de "homosexualidad", "incesto" o "adulterio", aunque también en el entendimiento de algunos autores, de la mano, con el principio de mínima intervención, ponerse coto, a tipos penales que se alejarían demasiado de la "lesividad": los tipos de peligro abstracto que surgen sobre todo en el ámbito del derecho penal económico. Por otro lado, el concepto "bien jurídico" también tendría una *función interpretativa o dogmática*, pues al interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (p. ej., si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida humana que proteger), determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena. Finalmente, también se habla de una cierta *función sistemática* cuando se utiliza al bien jurídico para agrupar los delitos: p. ej., delitos contra la vida, delitos contra la integridad corporal, delitos contra el patrimonio, contra la libertad.

Por cierto, que existen diversos matices en el desarrollo del "principio de lesividad". Esto se manifiesta ya en la clasificación de los bienes jurídicos que va desde la reducción de la protección de bienes jurídicos individuales (teoría monista) y los que consideran que también deben merecer protección penal, bienes llamados "supraindividuales", "colectivos" o "universales" (teoría dualista), hasta llegar a quienes, además, admiten la protección de otros intereses, aunque no puedan definirse ni como bienes individuales ni como bienes supraindividuales. Mientras que los primeros, agrupados en la llamada "Escuela de Francfort", limitan demasiado la intervención penal dejando de lado la también importante protección penal de bienes básicos para el ejercicio de derechos individuales y, sobre todo, excluyendo así a la delincuencia económica, los últimos tienen dificultades para limitar la intervención penal y tienden a permitir la sobrecriminalización. Esto es algo especialmente polémico y discutido en las nuevas áreas del Derecho penal, especialmente en el campo del derecho penal económico (...). Y también hay diferencias en cuanto al concepto mismo de lesividad del bien jurídico, pues mientras unos entienden esto en sentido más bien naturalístico, otros tienden a "normativizar" el concepto; las consecuencias de esta discusión se ven claramente en la admisibilidad de los "delitos de peligro abstracto" y de la "tentativa inidónea" (...).

Además de estas diferencias, dentro de los que defienden una concepción dualista de bienes jurídicos tampoco se han aclarado definitivamente varias cosas: la naturaleza de los bienes jurídicos "supraindividuales"; criterios para su admisibilidad y clasificación, su

relación con los bienes jurídicos individuales, la forma de verificar la "lesividad" en ellos, etc.

Concepciones constitucionalistas

En la literatura alemana, hay muchos autores que, de distinta manera defienden un modelo conocido como "concepción constitucional" del bien jurídico. Entre los primeros que defendieron esta teoría figuran Walter SAX y Ernest-Joachim RUDOLPHI. A finales de los años 60 SAX opinaba que el ordenamiento penal de bienes jurídicos solamente en parte se vería cubierto, de manera inmediata, por el ordenamiento constitucional de valores cuando se trata de un núcleo de valores ético-sociales previamente dados como la vida, el honor, la libertad, la integridad corporal, la propiedad; en el resto de bienes jurídicos, estos serían "valores intermedios" en relación con aquel ordenamiento constitucional. RUDOLPHI, en los años 70, también vinculaba el concepto de bien jurídico a la Constitución dado que aquel sería una "valiosa unidad social de función" irrenunciable en toda sociedad respetuosa de la Constitución y para garantizar la posición y libertad de todo ciudadano que viva en tal sociedad.

En tiempos más recientes, Claus ROXIN, ha defendido la teoría de la protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho penal, pues constituiría un principio irrenunciable para limitar el poder de intervención estatal. En contra de las críticas finalistas (p. ej. provenientes sobre todo de Hirsch y Stratenwerth) y del normativismo radical (Jakobs), que relativizan y niegan la importancia del concepto bien jurídico, ROXIN afirma la necesidad de una "Teoría Personal" del

bien jurídico, aunque en un sentido algo distinto de la teoría defendida por la *Escuela de Francfort*. Afirma el autor alemán que, si se partiera de un Estado social y Democrático de derecho, en el sentido liberal de la ilustración, el Derecho penal solamente le podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias (Gegebenheiten) y objetivos (Zwecksetzungen). De esta manera se expresaría que el contenido de los bienes jurídicos estaría dado tanto por circunstancias preexistentes como por deberes normativos creados recién por el derecho, pero siempre que ambos sean compatibles con el ordenamiento constitucional de valores. Además, entiende ROXIN que los bienes jurídicos no serían simples "portadores ideales de significado" sino "circunstancias reales, lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente "parte de la realidad empírica", con lo cual dentro del concepto "bien jurídico" caben tanto bienes individuales como también bienes de generalidad, pero, estos últimos, solo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular. Por último, ROXIN insiste en que el "bien jurídico" conservaría un "carácter crítico" frente al legislador, mostrándole los límites de su poder punitivo; no bastaría con limitarlo a la función "metodológica" o "sistemática" tal como querían algunas doctrinas ya superadas. Por cierto que ROXIN solamente concede un valor político criminal al concepto de bien jurídico, luego, no puede tener (todavía) fuerza vinculante para el Tribunal Constitucional la constatación, con ayuda de la teoría de bienes jurídicos, de que una disposición penal sería inapropiada y significaría una intervención desproporcionada en la libertad ciudadana, aunque

pueda servir para la argumentación de una declaración de inconstitucionalidad.

A partir de la definición-guía que él propone y siguiendo un procedimiento de exclusión, ROXIN excluye la existencia de un bien jurídico tutelable penalmente en los siguientes casos: en caso de normas motivadas solamente por una ideología (p.ej., las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describiera el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se tratara de simples atentados morales (la practica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica pero siguen fines extrapenales; en caso de bienes extremadamente abstractos (p. ej., la perturbación de la paz pública), etc. Por lo demás no podría ser "bien jurídico" cualquier "abstracción impalpable" como la "la salud pública" (para el tráfico de drogas) o la "tranquilidad pública" (en el caso de la incitación a la violencia) o incluso el término genérico "ambiente"; si bien en muchos de esos casos el problema, más bien, estaría en la definición del contenido del término utilizado.

BOTTKE también ha planteado una concepción constitucional radical. Según él, no bastaría con exigir sin más al derecho penal la protección de bienes jurídicos, sino se debe vincular esta exigencia a "bienes jurídicos constitucionales" (Ver fassungsrechtsguter) pues recién entonces existiría la posibilidad de poner límites efectivos al poder del legislador penal. Esta teoría se derivaría de principios constitucionales de "legalidad" y "proporcionalidad" de una Constitución liberal, pues

solamente se podría, legítima y proporcionalmente, sancionar con penas "desoptimizadoras de bienes" (restrictivas de libertades) conductas que impliquen a su vez la "desoptimización" de bienes de otros. Por lo demás, BOTTKE precisa que la "lesión" debería entenderse en un sentido normativo como un acto de "arrogación de soberanía" (hoheitsanmassend), de "administración" antijurídica de un bien jurídico, y que tal "arrogación" puede darse como un acto "ya hecho" o el "emprendimiento" de un acto de manera "idónea", con lo cual cubriría los casos de delitos consumados, tentativas (idóneas) y delitos de peligro (concreto y abstracto). Pero la teoría de BOTTKE no se opone a la tesis constitucionalista tradicional ni a la de ROXIN ni tampoco llega a consecuencias distintas; la diferencia solo es terminológica pues, en lo básico reconoce la base constitucional de los bienes jurídicos como también una "afección normativa" de ellos a través del delito.

Últimamente, HEFENDEHL ha propuesto una teoría propia que, por un lado, busca, a partir de la Constitución, definir los bienes jurídicos que el derecho penal debe proteger, como también fijar los límites a la intervención penal. Aunque la constitución no describa de manera precisa y completa la tarea del derecho penal, por lo menos permitiría establecer los requisitos mínimos para la legitimidad de los tipos penales. Así, bajo un análisis histórico (la constitución alemana como respuesta al nacional socialismo) y sistemático (la "dignidad humana" frente a un "objeto colectivo") el punto de partida estaría dado por el entendimiento de que el derecho penal tendría que ser visto como un "derecho de protección" (Schutzrecht), ósea que quiere evitar "resultados" más allá de meras infracciones de normas. Recién las esferas "individuales de libertad"

intermediadas por los derechos fundamentales podrían ofrecer los límites que no encontraría un derecho penal basado solamente en la mera lesión de deberes; este último sería inconstitucional. El elemento "personal" (individual) procedente de la constitución debería estar presente en el contenido de todo "bien jurídico" tutelable penalmente, tanto "individual" como "colectivo". En este último caso, el elemento "personal" fundamentaría bienes jurídicos "creadores de espacios de libertad" o posibilitadores del desarrollo de las "libertades individuales", por un lado, y bienes "protectores de las condiciones básicas de la actividad estatal" por el otro.

En ambos casos, la legitimidad estaría fundada en la "cercanía" al elemento personal: en el primero, porque la protección penal recién sería dable en tanto el individuo no pueda protegerse por sí mismo, en el segundo, porque lo punible recién existiría cuando se ataque (sensiblemente) el elemento "confianza" (constitutivo del funcionamiento de la institución en cuestión) del ciudadano. Por último, en general existe una vertiente de la teoría "constitucionalista", emparentada con la de Sax (concepción radical) y defendida por distintos autores, que busca un mayor apego del concepto bien jurídico a los principios fundamentales, y vincula el bien jurídico con los derechos fundamentales reconocidos en la ley fundamental a fin de poder cumplir con la tarea político criminal del concepto. Por cierto que una "teoría constitucional" que identifique los bienes jurídicos penales con el ordenamiento valorativo constitucional que contiene derechos fundamentales "expresos" e "implícitos" tiende a la positivización de los bienes jurídicos. *Pero ello no implica que el contenido de la lista de*

bienes jurídicos permanezca invariable. Por un lado, el mismo contenido de un concepto constitucional (al cual se refiere el bien jurídico) puede cambiar, sea a través de la interpretación, la jurisprudencia o los tratados internacionales; por otro lado, también deben admitirse "bienes jurídicos implícitos", **derivados de los "expresos"** y que completan la protección legal y penal de los primeros. No se trata tampoco de trasladar conceptos constitucionales al derecho penal y que este sea un mero apéndice del primero, sino de que el derecho penal, en su tarea de proteger los derechos fundamentales y bajo el respeto de sus propios principios (basados a su vez en principios constitucionales) permita identificar tanto la conducta penalizada como el bien jurídico que se quiere proteger. Esto último es una tarea del penalista bajo el aspecto de la "función interpretativa" que se otorga al bien jurídico. En resumen, entre las tesis "constitucionalistas" puede hablarse de un consenso cuando se trata de vincular el concepto de bien jurídico y su contenido con la constitución. En tal medida se ha entendido que el derecho penal equivaldría a un "derecho constitucional aplicado" y que, por ello, el penalista debe tratar de concretar el ordenamiento objetivo de valores de la constitución en las estructuras político criminal y dogmático del Derecho penal.

Esa vinculación puede ser más o menos fuerte, según se dé mayor importancia a la concreción o la dinamicidad: la tesis radical consigue mayor concreción con su lista "semi-cerrada" (aunque los "bienes jurídicos implícitos" ofrecen una puesta de entrada a nuevos bienes) mientras que la mayor dinamicidad (menor rigidez) es conseguida por la tesis moderada que renuncia a la positivización de los bienes jurídicos.

Pero tanto unos como los otros no proponen listas completamente cerradas que se opongan a la protección futura de nuevos bienes jurídicos vinculados con la constitución, pues esta misma no puede entenderse como cerrada al progreso o a la aparición de nuevas necesidades sociales. Dado que la tesis radical recurre a la interpretación extensiva de los derechos fundamentales de la Constitución y la tesis moderada recurre a los principios constitucionales que inspiran aquellos, en última instancia, la diferencia entre ambas concepciones es mínima. De manera paralela al desarrollo de la teoría constitucional de bienes jurídicos, en el derecho constitucional se ha reconocido ya desde hace tiempo que los derechos fundamentales no solamente constituyen "derechos de defensa" contra el Estado, sino también un ordenamiento objetivo de valores vinculante para el legislador, con lo cual se ha podido fundamentar la obligación del Estado de proteger "bienes jurídicos individuales" y, eventualmente, otros bienes jurídicos de primer orden⁵⁸.

2.5.7 La imprecisión del tribunal constitucional para delimitar los bienes jurídicos libertad e indemnidad sexual

Constituir la libertad sexual como un derecho fundamental no ha sido el único desatino en el que habría incurrido el TC, sino que al tratar de delimitar a los titulares de este derecho *no ha sido enfático*, pues ha manifestado que los adolescentes de entre 14 y menos de 18 años de edad "**podrían**" (*fundamento 22*) ser también titulares del mismo, *al parecer sin terminar de convencerse de dicha situación*.

58 ABANTO VÁZQUEZ, Manuel A., "Acerca de la Teoría de bienes Jurídicos - Doctrina" Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Artículo, Trujillo - Perú, 2005. pp.3 a 11

En efecto el TC no parece estar convencido de que los adolescentes de entre 14 y menos de 18 años de edad son titulares del bien jurídico libertad sexual, tal como sucede con las personas mayores de edad, por cuanto de los elementos normativos a los que hizo referencia, *el único que lo fundamentaría es el principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, conforme lo propuso la defensoría del pueblo y lo ha reconocido la Corte interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 24 de febrero de 2012 [*sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile*]; sin embargo, este principio *no precisa a partir de cuándo y en qué circunstancias un adolescente podría ejercer su libertad sexual*.

De otro lado, las normas penales a las que hizo referencia, siguiendo el Acuerdo plenario N° 4-2008/CJ-116, *no pueden generar en modo alguno dicho derecho fundamental*, pues su funcionalidad radica, en todo caso, *en hacer posible la identificación del bien jurídico protegido y efectuar una interpretación sistemática del CP.*, pero no proclama dichos derechos.

Luego los elementos facticos a los que hizo referencia el TC tampoco ayudan mucho a determinar que los adolescentes de 14 y menos de 18 años de edad ostenten libertad sexual recién a los 14. Para seguir el aforismo de Goethe: *"poderosa es la ley, pero más poderosa es la realidad"*, (...). En este contexto, no se percibe un fundamento, sobre todo constitucional, que permita establecer que los adolescentes de entre 14 y menos de 18 años de edad sean titulares del derecho "*fundamental*" a la libertad sexual. Al contrario se perdió la oportunidad de establecer que la delimitación etaria es una opción político criminal adoptada por el

legislador en un análisis integrado del sistema jurídico (sistemático) y con respeto de la realidad, con un contenido altamente garantista para la libertad personal del imputado, que solo podría cambiarse de manera justificada y sistemática, a partir de investigaciones médico-psicológicas, mas no arbitrariamente (*como se ha realizado fijando la edad de 14 años como edad en la que se puede hacer libre ejercicio de la libertad sexual y no 13, omitiendo de esta forma la realidad que desde hace muchos años atraviesa nuestra población adolescente*), a efectos de determinar el momento en el que el adolescente puede ejercer su libertad sexual ontológicamente y evaluar la conveniencia o pertinencia de reaccionar punitivamente frente a la realidad. Igualmente, se perdió la oportunidad de coadyuvar en la solución de casos límite⁵⁹, como el acceso carnal de un mayor de edad (de 18 años) con un menor de edad (de 13 años, 11 meses y 29 días) en los cuales se verifique que efectivamente existió acuerdo (consentimiento) válido.

2.6 La configuración del delito de violación sexual de adolescentes de 14 y menores de 18 años

2.6.1 Tipo penal (con la ley 28704):

El delito de acceso sexual sobre un o una menor de 18 años aparecía regulado en el tipo penal 173° inciso 3 del Código Penal, cuyo texto original ha sido modificado en varias oportunidades. La Ley N° 28704, del 5 de abril del 2006 prescribía el siguiente contenido⁶⁰:

59 SÁNCHEZ MERCADO, Miguel A., "La Reforma del Artículo 173° del C.P. Peruano (Ley 28704), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2009.

60 De conformidad con el resolutive 1 de la STC Exp. N°00008-2012-PI/TC (12/12/2012), se declara inconstitucional el art. 173° inc. 3) por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores entre 14 años y menos de 18.

El que tiene acceso 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 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 perpetua⁶¹.

Finalmente, la última modificatoria del presente articulado se ha dado mediante la Ley N° 30076 de fecha 19 de agosto de 2013, quedando de la siguiente manera:

El que tiene acceso 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.

61 Artículo modificado por el Art. 1 de la Ley 28704 del 05-04-2006, en los casos de los delitos previstos en este artículo 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. De acuerdo al art. 3 de la ley 28704.

2.-Si la víctima tiene entre 10 y menos de 14 años de edad, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cincos.

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 en él su confianza.

Modificatoria de la cual se puede observar que el inciso 3 ha sido suprimido, expulsado del artículo 173° del Código Penal, cuyo tenor (14 y menos de 18 años de edad) ha sido integrado al **artículo 170°** del mismo cuerpo de leyes (Ley N° 30076) **en su inciso 6**, lo que implica que este tendrá que cumplir con los presupuestos objetivos de punibilidad del artículo *in comento* como son: el acceder sexualmente a un adolescente de 14 y menor de 18, mediante violencia (*física*) o amenaza (*violencia psicológica*), análisis que también realizaremos *in extenso*. Reconducción del supuesto jurídico, con la cual, si bien se reconoce la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, no se ha realizado un debido análisis de las estadísticas, es decir la cuestión fáctica o realidad, que indican una incidencia del ejercicio de la libertad sexual (emiten su consentimiento – no reconocido por el legislador) a la edad de 13 años y no precisamente recién a los 14 como se ha establecido actualmente. Y para efectos de nuestra presente investigación el delito se ubica actualmente en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal vigente, es decir estamos realizando una propuesta conjunta de modificación de los artículos, mencionados, para lo cual haremos un análisis sistematizado los dispositivos legales, o más bien dicho la modificación que propugnamos es la del artículo 170° inciso 6 (del cual es el la explicación en extenso), y la modificación del artículo

173.2 vigente, es un efecto colateral (pero en demasía necesario e indispensable).

2.6.2 Cuestión previa

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, la misma que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir a 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 y las adolescentes cuya edad se encuentra en 13 años, dada la omisión del legislador en cuanto a la realidad, esto es no haber considerado las estadísticas (encuestas pasadas (1994 - 2010) y actuales (2011 - 2012) realizadas por el INEI a nivel nacional, además de no realizar una debida interpretación de las normas civiles (artículos 46° y 389° del C.C.) que reconocen la libertad sexual de los adolescentes de 13 años. Por voluntad del legislador peruano, las personas cuya edad se encuentra comprendida en 13 años, no tienen libertad para decidir cuándo, con quien, de qué forma y en qué momento efectuar una conducta sexual, a pesar de la realidad comprobada por las propias instituciones del Estado.

En tiempos que la tendencia jurídica es de bajar la edad a 12 años como límite para la indemnidad sexual, en nuestra patria, con la ley en análisis⁶², con un criterio omisivo, casi arbitrario ha fijado o establecido la edad del consentimiento o autodeterminación sexual (legal) en 14 años.

62 SALINAS SICCHA Ramiro, “*Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano*”, ED. Jurista Editores, Lima – Perú, 2008. pp. 134 a 135

Al negarse su libertad sexual a los adolescentes de 13 años, cualquiera que realice o efectúe una conducta sexual, con ellas será autor del delito de acceso carnal sexual sobre un menor, que se configura por el solo hecho de tener acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En este delito el consentimiento de la víctima es irrelevante. En esa lógica a los enamorados o novios cuya pareja tenga una edad de 13 años, les está prohibido tener relaciones sexuales, así aquel o aquella preste su consentimiento; caso contrario, indefectiblemente serán autores del grave delito.

En la cruel realidad, y luego de la entrada en vigencia de la ley 28704, hemos sido testigos de excepción (presenciales) que enamorados consentidos, novios a punto de contraer matrimonio, convivientes y hasta cónyuges jóvenes han ingresado a los centros penitenciarios de nuestra patria por el único error de haber mantenido relaciones sexuales consentidas con sus parejas menores de 18 y mayores de 14 años. Ello ha ocurrido así debido a que cuando los representantes del Ministerio Público formalizaban denuncia penal por el delito de acceso carnal sexual sobre menor, la gran mayoría de jueces emitía auto de procesamiento disponiendo la medida coercitiva de detención en contra del denunciado. Lo que es peor eran condenados a sufrir carcelería. Ni el denunciado, la supuesta víctima, los mismos familiares o los vecinos de aquellos entendían por qué ocurría tremendo atropello legal. Tal situación incluso ha sido utilizada para hacer realidad venganzas familiares por años retenidas. Considero que estas circunstancias, entre otras razones, primaron en los vocales supremos especializados en lo penal para acordar

y suscribir por unanimidad los acuerdos plenarios N° 4-2008/CJ-116, del 18 de Julio de 2008⁶³ (...) y 1-2012/CJ-116 (*que tienen como antecedente el acuerdo plenario 7-2007/CJ-116*). Los efectos perjudiciales de la Ley N°28704, luego de más de dos años de vigencia, fueron frenados con el acuerdo plenario N° 4-2008/CJ-116⁶⁴ del 18 de julio de 2008. La Sala de derecho constitucional y social de la Corte Suprema, ha expresado al resolver la consulta N°2224-2007-Arequipa, de fecha 20 de noviembre de 2007 (...), allí se resolvió aprobar la resolución consultada que declaró inaplicable, para el caso concreto, el artículo 173° inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la ley N° 28704, sosteniendo que ***"la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la libertad de las personas, sin transgredir los derechos de los demás, por lo que la persona puede disponer de su vida sexual, sin interferencias del estado, mientras no perjudique a los demás; y si bien es cierto el derecho penal, mediante la ley N° 28704, establece una sanción para quien comete el acto sexual con menor de edad, dicha norma se contrapone con la constitución misma, que garantiza el derecho a la libertad de las personas y en este caso de los menores de edad, desde el momento que el ordenamiento legal en materia civil permite el matrimonio entre menores de 16 años⁶⁵ en adelante. Actualmente la ley N° 30076, tanto en su artículo 170° inciso 6 y artículo 173° inciso 2, hace exactamente lo mismo, yendo en contra de***

63 SALINAS SICCHA, Ramiro, "Derecho Penal: Parte Especial" Vol. II, Editorial Iustitia, 4ta. ED., Lima-Perú, 2010. pp. 734 a 735

64 Modalidades delictivas que se Incorporaron al Código Penal recién el 8 de junio de 2004 por el artículo 2 de la Ley N°28251. Esta no duro ni dos años (en vigor). La misma que no obstante esgrimía mejor y respetaba la libre disposición del bien jurídico Libertad sexual, que la ley que la deroga.

65 CÓDIGO CIVIL, Artículo 241° inc. 1 "Impedimentos Absolutos" (ley 27201 del 14/11/1999), Ed. Octubre, Jurista Editores, 2010. p.85

los artículos 46° y 389° del C.C, además como volvemos a remarcar de la propia realidad del ejercicio o inicio sexual de los adolescentes.

La intención del legislador de la Ley N° 28704 fue endurecer las penas para los autores de los delitos sexuales. En efecto, de la lectura de los artículos referentes al delito de acceso carnal sexual modificados por la ley en referencia, se observa que se ha elevado en forma desproporcionada la pena temporal de privación de la libertad: ahora la mínima es de 6 años (tipo básico del acceso carnal sexual previsto en el artículo 170°) y la máxima de 35 años (acceso carnal sexual sobre un menor previsto en el inciso 2 del artículo 173°).

Tal proceder del legislador tiene su sustento en la creencia errónea y descabellada que poniendo penas más drásticas se va a evitar la comisión de tales delitos. No obstante, la experiencia criminológica mundial enseña que las penas draconianas no son disuasivas. Por el contrario, la sobrecriminalización o terror del estado con el incremento exagerado de las penas, solo de modo ficticio, aparecen como una mayor protección a la víctima, pues en la práctica no parece haber contribuido a una mayor eficacia preventivo general o a la mayor tutela de los bienes jurídicos del derecho penal sexual. En cambio esta regulación simbólica sirve más como una simple salida facilista del Estado frente a la demanda social⁶⁶.

66 CARO CORIA, Dino C., "Aspectos Jurisprudenciales de la Tutela Penal de la Libertad e Indemnidad Sexuales", Editorial San Marcos, Lima - Perú, 2003, p.491

2.6.3 Ley N° 30076 que modifica el artículo 173° y reconduce el presupuesto de violación sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad al artículo 170° del código penal (Actualmente):

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 menos de 14 años de edad, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.

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 en él su confianza.

Y el **Artículo 170° Violación Sexual** ha quedado con el siguiente tenor:

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 corresponde:

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, 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 14 y menos de dieciocho años de edad.**

Sin duda el proceso formativo, de la política criminal del legislador en el ámbito de los delitos sexuales, no tiene freno alguno (tal desenfreno, pues las modificaciones, incorporaciones y/o derogaciones se han mantenido sin cesar en estos últimos años). (...) se fueron sucediendo dos reformas más, ambas de repercusiones importantes en la figura delictiva del artículo 173; lo que refleja lo sensible que son estos temas en la población, pues las reformas penales han tenido como precedente hechos de violencia sexual que conmovieron a la opinión pública, al tratarse de víctimas de menos de tres años de edad, inclusive una bebé de seis o nueve meses de nacida. Lo que desencadena

inmediatamente es una demanda enérgica de la población de una mayor dureza punitiva lo cual se materializa de forma mediática por el legislador, ante una demanda galopante existe una oferta recalcitrante, con la exasperación de los marcos penales, la inclusión de nuevas circunstancias agravantes, el adelantamiento de la barrera de protección del derecho penal.

Siendo así, tenemos la notable influencia de elementos de valoración de cuño moralista y ético; de forma relativa, con la dación de la ley N° 28251, pero en definitiva con la sanción de la ley 28704, la que significo el entroncamiento duro de la moralidad en el contenido de este tipo penal, al incluir la penalización de actos sexuales (acceso carnal), de personas mayores de 14 años y menores de 18.

(...) habiendo llegado a la conclusión, de que el bien jurídico se desdobra en dos, pues, en principio el bien jurídico objeto de tutela es la libertad sexual, la capacidad de autodeterminación sexual, el desarrollo de la sexualidad en una esfera de plena libertad en cuanto a dicha disposición frente a terceros. Pero dicha libertad sexual únicamente la poseen las personas que el ordenamiento jurídico les reconoce dicha disposición, esto es, personas libres y responsables, que fuera trazado por la frontera de los 14 años. Frontera cronológica, que no precisamente refleja la realidad social, pues que la disposición de la esfera sexual ha ido variando sus contornos conforme al avance de la ciencia, de la tecnología, conforme a la apertura misma de la sociedad, de acuerdo a una perspectiva liberal. Habiéndose expulsado ciertos tabúes, pecados, etc.; habiéndose abierto la mentalidad hacia una configuración de la sociedad más llevada al respeto por la individualidad.

La ruptura del derecho penal con la moral, aunque a veces esto no es posible, entendiendo que el desarrollo de la sexualidad parte de la propia autorrealización de la persona; desarrollo que debe llevarse con responsabilidad y madurez, a fin de evitar consecuencias no deseadas (embarazos, contagios graves de enfermedades sexuales). El Estado lleva a cabo una política social más sincera, de planificación familiar y de paternidad responsable, impartiendo cursos, seminarios y otros en las escuelas, y en los centros poblados de las urbes. Es ahora lógicamente comprensible, que en los colegios de toda la Republica se impartan cursos de educación sexual, dejando de lado posturas excesivamente conservadoras, que se niegan injustificadamente a estas innovaciones; así también se reparten preservativos y, se enseñan los métodos de planificación familiar (los cuales no son abortivos). Mientras los adolescentes cuenten con un mayor abanico de información estarán en posibilidades de desarrollar su esfera sexual con responsabilidad; negarles este derecho, es ir contra un derecho natural.

Máxime si la sexualidad debe ser objetivada también, desde una dimensión positiva, en cuanto coadyuva el desarrollo y autorrealización personal, así como las relaciones del individuo con sus congéneres.

Inclusive la edad de 14 años puede resultar excesiva para delimitar la frontera entre la libertad sexual y la intangibilidad sexual, *partiendo de que la norma debe adecuarse a la realidad social, pues de no ser así se produce un divorcio, que desencadena la ilegitimidad del proceso normativo* (el subrayado es nuestro). Es de recibo, que los jóvenes (hombres y mujeres), inician su vida sexual, de los 12 a los 14 años, sobre todo, en zonas calurosas, donde las pasiones brotan con

mayor naturalidad. En la legislación penal argentina, la edad límite es de 13 años, habiendo sido elevada a partir de la dación de la ley N° 25.087, pues antes era de 12 años. Como argumenta Donna, si desde la versión del código penal argentino de 1921 se mantuvo la edad de 12 años, en la actualidad, cuando las relaciones sexuales entre menores son más habituales, dado que es más frecuente que la vida sexual se inicie en edades más tempranas, no existen motivos para fundamentar esta modificación. Ello importa un desconocimiento de la evolución ideológica que en materia de sexo ha experimentado nuestra sociedad en el transcurso del siglo XX, y una inadmisibles contradicción con nuestra realidad cultural apunta Estrella. Así, el código penal español de 1995, que considera en el artículo 181.2 (1°), abuso sexual no consentido los que se ejecuten sobre menores de 12 años.

En nuestro parecer, los dictados de la política criminal del legislador, deben ir en correspondencia con las transformaciones estructurales de la sociedad, a fin de viabilizar el rendimiento y legitimidad de la norma penal, por lo que en el ámbito de los delitos sexuales la orientación debería implicar una rebaja de la edad, y no en aumento (...).

El fundamento de la tutela es el grado de inmadurez psico - biológico de los menores de 14 años (13), situación que los coloca en la incapacidad de controlar racionalmente su conducta sexual. De allí que la ley prescribe la completa abstención: “*puero debetur máxima reverentia*”. Completa abstención que en realidad parte de una presunción no siempre empíricamente demostrable, pues dicha presunción es jurídica y no fáctica, pues puede que en unos casos, si

exista el consentimiento, solo que para el orden legal éste no es válido, a pesar de advertirse un discernimiento en el menor científicamente comprobable, pues en verdad, **lo que se presume** es que el menor no está en capacidad de comprender la naturaleza y los alcances de la relación sexual que realiza, lo cual en ciertos casos no será así.

En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que **puede** afectar el desarrollo de su personalidad, y producir en ellos alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro; en cuanto la perturbación del normal desenvolvimiento de su sexualidad (...), así como su estabilidad emocional y psíquica que también se ve afectada por este tipo de conducta. (...).

Consentimiento que en el caso de menores muy cercanos a alcanzar los 14 años de edad (13 – el agregado es nuestro), debería (aunque sea decimos) tener efectos de atenuación en el marco de la determinación e individualización de la pena, no solo por motivos de un menor desvalor del injusto típico, sino también en orden a privilegiarlos factores de la prevención especial, sobre todo, cuando existe una relación sentimental entre la pareja criminal y la prole de por medio⁶⁷.

2.6.4 Tipicidad objetiva (Ley 28704)

El delito más grave previsto dentro del rubro "delitos contra la libertad sexual" en nuestro Código Penal, lo constituye el ilícito penal denominado acceso carnal sexual de menor. Este hecho punible se

⁶⁷ PEÑA CABRERA FREYRE Alonso Raúl, "Los Delitos sexuales – Análisis dogmático, Jurisprudencial y Criminológico", ED. Ideas, Lima – Perú, 2014. pp.279 a 282

configura cuando el agente tiene acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal, con una persona menor de dieciocho años de edad cronológica. En otros términos, "la conducta típica se concreta en la práctica del acceso o acto sexual o análogo con un menor, ello incluye el acto vaginal, anal o bucal realizado por el autor, o por el menor a favor del autor o de un tercero". De igual forma, comprende también la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima menor.

De la redacción del Tipo Penal se desprende con claridad que la verificación del delito de acceso sexual de menor no se necesita que el agente actúe haciendo uso de la violencia, la intimidación, la inconsciencia o el engaño. En tal sentido, así la víctima preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual u análogo, el delito se verifica, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores, cuya edad se encuentre entre el acto del nacimiento hasta los dieciocho años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo.

Asimismo, no tiene ninguna trascendencia para calificar la conducta delictiva ni menos para liberar la responsabilidad penal del agente, el hecho que la víctima-menor se dedique a la prostitución o que la propia víctima haya seducido al agente o el hecho que aquella con anterioridad haya perdido su virginidad.

En otro aspecto, no le falta razón al vocal supremo Villa Stein⁶⁸, al enseñar: como quiera, que lo determinante es la edad de la víctima, la concurrencia adicional de violencia o intimidación es indiferente aunque debe servir al juzgador para graduar los polos máximos y mínimos, como debe servirle, para el mismo propósito, el consentimiento psicológico de la víctima. Del mismo modo, en cuanto al último aspecto, Castillo Alva⁶⁹ sostiene que "un sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo - generales que deben presidir toda construcción o planteamiento jurídico-penal, nos obligan a mantener un criterio flexible y abierto en este punto.

Si bien ello no supone de alguna manera la exoneración de responsabilidad penal al autor del hecho, no existe ningún inconveniente para que en la fase de la determinación o individualización judicial de la pena reciba un tratamiento más benigno y se le imponga una pena atenuada". No obstante, todo queda a criterio y prudencia del juzgador.

A continuación haremos una comparación doctrinaria de cómo se legislaba con la ley 28704 (cuando todavía se consideraba la indemnidad en adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad - es decir bajo los alcances del artículo 173° inciso 3) y de cómo se aprecia hoy en día la libertad sexual en adolescentes de 14 y menores de 18 a la luz de la nueva ley 30076 en lo referente al artículo 170° inciso 6; y no más como indemnidad sexual como anteriormente se venía haciendo, aunque actualmente, aún se viene restringiendo la libertad sexual de los

68 VILLA STEIN, Javier, "*Derecho Penal Parte Especial*", T.I-B, Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1998. p.191

69 CASTILLO ALVA, José L., "*Tratado de los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*", Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2002. p.298

adolescentes de 13 años de edad, considerando para estos adolescentes todavía el bien jurídico indemnidad sexual.

Actualmente con la ley 30076; respecto de la Acción típica

Está determinada por la realización del acto sexual por parte del agente y contra la voluntad de la víctima. En nuestra dogmática no existe dificultad para precisar los alcances que la ley señala al hablar de acto sexual. El acto sexual debe ser entendido en su acepción normal, vale decir, como la penetración total o parcial del miembro viril: pene en la vagina u otro análogo, siendo irrelevante la eyaculación⁷⁰. Rodríguez Devesa escribe que no es esencial la eyaculación ni la total introducción del miembro viril.

Las vías de penetración, luego de la modificación efectuada por la ley N° 28251, ya no necesitan ser completadas - vía una interpretación normativa de forma taxativa; al margen de los reparos que puedan levantarse sobre el fellatio in ore, (...).

Lo cierto y concreto, es que el acto sexual propiamente dicho, ya no puede ser entendido desde una perspectiva normativa, ya no solo la conjunción del miembro viril en las cavidades vaginal y anal resulta un acto sexual, sino también la introducción del pene en la boca de las víctimas; más, en el caso de introducción de objetos, lo que configura en realidad es una agresión sexual⁷¹.

70 SERRANO GÓMEZ, "Derecho Penal Parte Especial. Delitos Contra las Personas", Editorial Dykinson, Madrid-España, 1996. p. 216

71 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Los Delitos Sexuales: Análisis Dogmático, Jurisprudencial y Criminológico", Editorial Ideas Solución S.A.C., Lima-Perú, 2014. pp.198

Los medios para la perpetración del delito son la violencia o grave amenaza, los cuales deben estar siempre presentes, a efectos de determinar la tipicidad penal de la conducta; si es que el acceso carnal sexual, tomo lugar despojado de todo viso de **violencia o intimidación**, simplemente la conducta no ingresa al ámbito de protección de la norma. Y, si quien es objeto de la invasión sexual, es un menor de 14 años de edad, la tipificación se desplaza a los contornos normativos del artículo 173° del CP⁷².

La violencia (vis absoluta) ejercida por el agente sobre la víctima debe ser física, efectiva y estar causalmente conectada con el ilícito actual sexual que pretende perpetrar. Debe tratar del despliegue de una determinada dosis de violencia física, susceptible de quebrantar los mecanismos de defensa de la víctima, de allanar los obstáculos para la realización de la conjunción carnal. Debe tratarse de violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia (seria, persistente, real, efectiva) de la víctima de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso (acceso carnal).

Así mismo, el otro medio para lograr la tipificación del delito de violación sexual, lo configura **la grave amenaza**, por la cual entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente.

72 *Ibíd.* p.207

La intimidación debe ser susceptible de quebrantar la voluntad de la víctima. Sin embargo, no es necesario que la amenaza anule la posibilidad de elección. No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz. Es suficiente que actué en forma tan grave que la persona se vea precisada a escoger el mal menor. El juzgador, por ende, debe preocuparse por captar, caso por caso, la idoneidad de la amenaza, teniendo a la vista las condiciones personales del agraviado (cultura, estado anímico, etc.), esto es, todas las particularidades que reúne el sujeto, a fin de calificar la idoneidad de la presión psicológica que puede dar lugar a través de la conducta del malhechor, pues para algunas mujeres, determinadas características antropológicas pueden constituir ya una latente amenaza, en cuanto infunden un temor significativo. Es indudable que ha de resultar ridículo amenazar a una persona culta con maldiciones o maleficios a fin de atemorizarla y, por tanto, conseguir el trato sexual. Contrario sensu, en otra ignorante tal amenaza puede resultar seria.

Los modos de configuración de la amenaza pueden adquirir diversa realización típica, de modo que el intérprete debe delimitar el ámbito de protección normativo, de acuerdo a la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Constituye amenaza la violencia física ejercida sobre un tercero al que el sujeto pasivo se encuentre sentimentalmente ligado. El contenido moral de la amenaza no interesa para los efectos de establecerla como medio idóneo; de tal manera que la amenaza existe si el mal que se anuncia al sujeto pasivo es justo, la coacción ejercida sobre la mujer adúltera de revelar la relación irregular al consorte ofendido. Fundamos nuestra afirmación en el hecho que la

amenaza es un problema de causalidad entre la acción intimidante y el acto sexual, donde no pueden eliminarse desde un principio, la personalidad, la constitución y las circunstancias que rodean a la víctima. En tal sentido nada obsta para que la amenaza pueda recaer sobre objetos, que la víctima tiene una especial estima, por su significado sentimental.

El mal que se anuncia debe ser inminente o próximo, no remoto, porque respecto a este, el amenazado tiene la posibilidad de ponerse a buen recaudo, tomando las medidas convenientes. Por último, la amenaza debe ser determinada; no bastan las amenazas con contenido genérico; el simple anuncio del mal sin precisar su identidad, no es posible que sea objeto de valoración por la víctima y, por tanto, no puede avasallar su voluntad. Con todo, la amenaza debe importar un flujo psíquico - cierto y determinado- que provoca un estado de angustia y temor en la persona de la víctima, ante la plausibilidad de un ataque a la libertad sexual⁷³.

2.6.5 El consentimiento del menor en la jurisprudencia

En cuanto al consentimiento de la víctima-menor, es lugar común en la doctrina jurisprudencial sostener que tal variable es irrelevante en la comisión del delito de acceso carnal sexual sobre menor. En la ejecutoria del 17 de diciembre de 2003, la sala Penal Transitoria de la Corte Suprema fundamentó que es "irrelevante el consentimiento de la misma si fuere el caso, dada su minoría de edad, quien no tiene capacidad plena para disponer de su libertad sexual". Del mismo modo la Sala Penal Permanente en la Ejecutoria Suprema del 09 de setiembre de 2004 argumentó que "el supuesto consentimiento prestado por la víctima

73 *Ibíd.* pp.211 a 212

resulta irrelevante por cuanto la figura de "violación presunta" no admite el consentimiento como acto exculpatario ni para los efectos de la reducción de la pena, dado que en estos casos siempre se tendrá dichos actos como violación sexual, pues lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores."

Siendo que a actualmente con la ley N° 30076, se reconoce libertad sexual a los adolescentes de 14 y menores de 18 años (artículo 170° inciso 6 CP), aun se sigue tutelando el bien jurídico indemnidad sexual en los adolescentes de 13 años de edad (artículo 173° inciso 2 del CP - de la ley en mención). Sin embargo, desde ya hace algunos años se viene apreciando mejor la realidad social (adolescente), en cuanto a su sexualidad y aplicando criterios que de alguna forma reconocen que los adolescentes de 13 años pueden emitir o expresar su consentimiento y por ende ser titulares del bien jurídico libertad sexual; sobre el tema en discusión la Corte Suprema en el R.N. N° 318-2010-LIMA indicó lo siguiente:

“Si bien el artículo 173° del CP protege la indemnidad sexual de los menores, es más gravoso acceder carnalmente a una menor de catorce años mediando violencia que con su consentimiento. Además, la indemnidad sexual de los menores se protege de manera menos intensa cuando están más próximos a los 14 años de edad. La menor agraviada al momento de los hechos tenía 13 años y 9 meses, lo que permite afirmar que la conducta realizada por el encausado no es muy gravosa, lo que incidirá en la determinación de la pena (magnitud del daño causado)⁷⁴”.

74 Gaceta Penal y Procesal penal, N° 44, febrero 2013. p. 130

Mientras que en la decisión judicial contenida en el RN N° 3671-2009-Amazonas se indica que: “(…), por último, es de precisar que para la dosificación punitiva se va a merituar, además, que el acusado mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada con su consentimiento, sin el empleo de violencia o amenaza, disminuyendo la afección de la indemnidad sexual – como bien jurídico protegido – en tanto, se ha reducido la posibilidad de una lesión traumática en la esfera íntima de la víctima; asimismo, cabe señalar, que esta circunstancia se analiza dentro del ámbito de la teoría de la pena, dejando intacta la esencia del delito; (...)”

La reducción de la penalidad, en casos singulares, ha sido objeto de apreciación importante, de hacer de esta una de carácter suspendida en su ejecución (privilegiando, por ende, los factores preventivo especiales de la pena), por la Corte Suprema, cuando en la ejecutoria contenida en el RN N° 4753-2007-Amazonas: “La pena impuesta (4 años de pena privativa de libertad), es proporcional al injusto y a la culpabilidad, pues los hechos se produjeron en el contexto de una relación sentimental entre el encausado y la agraviada (quienes mantienen una relación convivencial), la diferencia de edad entre ambos no es extremada: el acusado a la fecha de los hechos contaba con 20 años de edad, y la agraviada 13 años y 9 meses de edad, y aquel además carece de antecedentes penales”⁷⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la República (Sala de Derecho Constitucional y Social), Consulta N° 2716-2007 Arequipa, del 15 de

75 Gaceta Penal y Procesal penal, N° 7, enero 2010, p.135

noviembre del 2007, ha señalado que: **Tercero:** Que, en el presente caso, con la denuncia fiscal obrante a fojas siete, se acusa a don José Félix Álvarez por el delito de violación de la libertad sexual, previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código penal modificado por la Ley 28704, en agravio de la menor I.H.R., exactamente se acusa al denunciado, quien cuenta con veintiséis años de edad haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada de catorce años. (...) **Décimo Primero:** (...), citando a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2000 (ENDES 2000), que la edad mediana a la primera relación sexual de la mujer de veinte a cuarenta y nueve años es a los diecinueve años. Debe considerarse de esta misma fuente que las mujeres sin educación o con instrucción primaria, este indicador ocurre a los diecisiete años. De otro lado, en lo que aquí refiere, agrega el citado autor, existen estudios que *señalan que el inicio de la vida sexual es de los trece a catorce años en varones y a los quince en mujeres.* **Décimo Segundo:** Que, es menester precisar que el problema de la violencia sexual entre menores en nuestro país deviene en causas y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso, y que más bien se encuentran vinculadas a la salud, educación, situación de inseguridad y pobreza de la población, no basta entonces con la emisión de una norma que finalmente termine desconociendo precisamente a quienes pretende proteger. **Décimo Tercero:** Que, en tal situación, la determinación el inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo

necesario y la actitud suficiente para decidir sobre su sexualidad, antes bien, corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo con su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en qué momento esta lista o ha adquirido la mayoría necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en este sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad. **Décimo Cuarto:** Que, al respecto, según datos proporcionados por UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) *la edad mínima del libre consentimiento*, en decir, la edad en la que se puede decidir tener relaciones sexuales con una persona, varía bastante en todo el mundo, así por ejemplo, refiere dicho organismo que en algunas partes de los Estados Unidos, como en Egipto, y ahora en el Perú, la edad es de dieciocho años; en Irlanda del Norte, diecisiete; en Namibia dieciséis; en Suecia, quince; en Canadá, catorce; en Corea, **trece**; y en México, **doce**. En tal sentido, si bien no existe un consenso sobre la edad de libre consentimiento, existe una preocupación en la Convención Sobre los Derechos del Niño, porque se proteja a los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual. **Décimo Quinto:** Que todo alcance estadístico respecto a la edad del comienzo del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho comparado latinoamericano, nos los proporciona el penalista nacional, Castillo Alva; así por ejemplo Brasil / catorce años, Puerto Rico / catorce años, Paraguay / catorce años, Colombia / catorce años, Ecuador / catorce años, El Salvador / catorce años, **Argentina / trece años, España / trece años, Costa Rica / doce años, Cuba / doce años, Honduras / doce años,**

Guatemala / doce años, Chile / doce años, México / doce años y Venezuela/doce años (el subrayado es nuestro). **Décimo Sexto:** Que, es de anotar en cuanto a este último dato que la decisión de la legislación internacional sobre despenalización de las relaciones sexuales consentidas, **la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio para que una persona esté en capacidad -dada su madures biológica y psicológica- para decidir voluntariamente si tiene o no relaciones sexuales en doce años. (...)** **Décimo Noveno:** Que, de otro lado, en torno a la noción del consentimiento del adolescente, cabe resaltar la noción de “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que se sustenta en el paradigma de que el niño debe ser protegido y, aun cuando sujeto de derechos, estos deben regularse de acuerdo a su edad y madurez (Preámbulo de la Convención en su artículo 12). Además, y en circunstancias en que se contrapongan los derechos y deberes de un adulto con un niño, debe tenerse en cuenta que el código de los niños y adolescentes en su artículo 4, además de reconocer que los menores de dieciocho años no pueden ser penalizados, consagre el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos, entre ellos, a que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Vigésimo Cuarto: Que, en el presente caso, la menor en cuyo agravio se habría cometido el delito de violación sexual de menores ha manifestado en reiteradas ocasiones según aparece en autos, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado, José Félix Alvares se han realizado con su consentimiento por lo que resulta evidente que la menor

en referencia al consentir la relaciones sexuales con el citado denunciado no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personales, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado. **Vigésimo Quinto:** Que, por tanto esta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el caso concreto se ha presentado un aparente conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2, numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado en cuanto reconoce como derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, (...). **Vigésimo Sexto:** (...), puesto que el propio código civil en su *artículo 46 establece que el cese de la incapacidad de dichos menores a partir del nacimiento del hijo*, por lo que respecto a este punto, la legislación peruana no puede estar a contracorriente a lo que se ha estatuido legalmente en todos los países latinoamericanos cuyas realidades sociales y culturales corresponden a la nuestra, por lo que mantener una legislación punitiva a este respecto y más aún con penas desproporcionadas contradice la realidad social a la que se debe el legislador para que sus leyes tengan efectividad jurídicas; (...) pues a pesar del artículo 46 glosado su incapacidad absoluta sólo cesa para ciertos actos y *sólo cuando el hecho punible ya ha sucedido*, (...). Mismo tenor que encontramos en la **CONSULTA N°. 637-2008, AREQUIPA**, de fecha treinta de abril del dos mil ocho.

De la Sentencia emitida por el Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima **Expediente N° 247-06**, de fecha 24 de octubre de 2006, señala que:

*“Que, de las investigaciones preliminares y los documentos aparejados a la misma, por la División de la Policía del Ministerio Público, la imputación que se hace al encausado, quien tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada cuando ella tenía **menos de catorce años**, la misma que **ha procreado un niño**, el cinco de enero de este año, en el Instituto Especializado Materno Perinatal, (...). Que, analizado así los conceptos, tenemos que no existe mérito para abrir instrucción contra el denunciado Seth Rozas De La Cruz, pues conforme lo establece el artículo setenta y siete del Código de procedimientos penales, no aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de que la menor de iniciales M.C.B., se haya visto vulnerada en su derecho a la indemnidad sexual, toda vez que al ser entrevistada la menor agraviada, por la representante del Ministerio Público, se desprende que la referida menor supuestamente, habría mantenido relaciones sexuales, con el denunciado Seth Rozas De La Cruz, con su consentimiento y voluntad”.*

Jurisprudencia extranjera

La **Corte Superior de Justicia de Colombia**, juzgado primero penal del circuito Apartadó, (Antioquia), de fecha 15 de agosto de 2002, respecto del supuesto delito de violación sexual tipificado en el artículo 208° (que consagra la presunción que el menor de catorce años no está en condiciones de conocer las consecuencias del acto sexual y que por ello se vulnera los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexual) señala que: “La señora K. M. C. R, residía con su hija **M. P. B. C. de doce años** en la vivienda de la familia de C. M. C., situada en uno de los barrios del municipio de Apartadó. Entre la joven M. y C. M comenzó a existir un interés sentimental que llevó a la menor a solicitar

al joven que tuvieran relaciones erótico sexuales, cuando este se encontraba la tarde del 18 de diciembre de 2001 recostado en su habitación. C. M, luego de la insistencia de la niña M. aceptó y consumaron el acto sexual de manera voluntaria y consiente. (...). El derecho penal contemporáneo exige para sancionar penalmente (...) que cause un “daño o riesgo efectivo” al “bien jurídico” tutelado; es lo que la doctrina ha llamado el “principio de lesividad”, de lo contrario, es decir, si la conducta no tiene la potencialidad suficiente, para al menos, poner en riesgo efectivamente el bien jurídico, no puede sancionarse penalmente. Es lo que se denomina la antijuridicidad material, que significa que la lesión sea significativa y seria, pues si las lesiones no son relevantes, son ínfimas o insignificantes, el delito inexistente, lo mismo cuando no se presenta lesión o peligro de lesión. *Como se desprende de la declaración de la menor, de su madre, del dictamen médico pericial y del propio acusado, los bienes jurídicos tutelados de la libertad, integridad y formación sexual no fueron afectadas por la conducta de C. M. C. Fue la propia menor quien solicitó al acusado que tuvieran relaciones erótico sexual, sin que este le hubiese insinuado. Es la misma joven quien afirma que tenía conocimiento de las consecuencias de su acción y que por ello se “cuidaba”. Que en la escuela la profesora la tenía suficientemente informada sobre los aspectos sexuales. Su actitud en la audiencia pública, (...), sin mostrar ningún desagrado para con el acusado, por el contrario, un desasosiego por lo que pudiese resultar de la misma, indican que M. P., a pesar de su edad, tenía conciencia plena de sus actos, que tiene un sentimiento afectivo hacia el acusado y que no sufrió afectación alguna con el contacto sexual que tuvieron. (Decisión)*

es obvio que debe prevalecer en este caso, la norma rectora contenida en el artículo 11° (*principio de lesividad*) del Código penal colombiano, de acuerdo al canon 13° del mismo estatuto; por ello se ratificará el estado de inocencia de C. M. C. al no haberse probado la antijuridicidad material de la conducta imputada, lo que al tenor del artículo 9° impide que se aplique sanción, por no ser punible⁷⁶.”

Ahora bien, el **Tribunal Supremo Español**, Sala de lo Penal – Madrid, resuelve el recurso de casación N° 421 – 2005 (Resolución N° 411-2006) respecto del delito de abuso sexual de menor de edad, señalando: El acusado, Carlos Antonio, de 24 años de edad, natural de Ecuador (...), durante el mes de septiembre de 2003, entabló una relación de amistad con la menor E., de doce años de edad. El día cinco de octubre del mismo año, fueron juntos al domicilio del acusado, donde mantuvieron relaciones sexuales consentidas (...). Pues bien, en el caso que analizamos nos encontramos, con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad -los médicos forenses en el acto del juicio señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia (...), admite que incluso los factores psicológicos, puntualmente observados, apuntan

76 Texto tomado del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. “*El Principio de lesividad prima sobre la presunción del artículo 208° del Código Penal Colombiano*”, disponible en: Jueces y fiscales, sección Jurídica, Jurisprudencia: http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=83:accesomenorde14lesividad &catid=12:jurisprudencia&Itemid=7

a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado, y una única relación sexual entre ambos, que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes antes indicados consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo especialmente significativas sus manifestaciones tanto en la exploración judicial en el mes de octubre de 2004, nada más ocurrir los hechos, (“que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó”), como en el plenario de 21.1.2005, (“conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio. Acudieron a casa de Carlos Antonio. El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con Carlos Antonio fue voluntaria y consentida. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias (...). Siendo así, la calificación como vencible del error de prohibición del procesado que la Sala sentenciadora infiere del conocimiento de la edad exacta de la menor y de haber entablado una previa relación de amistad con ésta, durante varias semanas, antes de las relaciones sexuales, no puede ser compartida.

La edad de la menor “de camino a 13 años”, según expresión del procesado, está justo en el límite de la presunción del *art. 181.2 CP* e incluso hubiera determinado antes de la reforma de la *LO. 11/99 de 30.4*, que elevó el límite de 12 a 13 años, la no tipicidad, al menos por dicho precepto, de la conducta imputada al recurrente. La previa relación de amistad con la menor antes de mantener la relación sexual no tiene

especial incidencia sobre la vencibilidad del error, no solo porque (...) aquella relación de amistad se entabló "durante el mes de septiembre" y los hechos sucedieron el día cinco de octubre del mismo año, sino porque dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos ecuatorianos y pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, tal como la sentencia refiere en el Fundamento Jurídico tercero, en base a las declaraciones tanto del acusado como de la propia menor y su madre, aquella relación previa, en la que la menor llevaba la iniciativa, no podría haber subsanado el error del acusado en orden a la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Consecuentemente, el motivo debe ser estimado, absolviendo al recurrente del delito por el que había sido condenado (...).

Pena más drástica cuando menor es la edad de la víctima

En otro aspecto, el legislador del código penal así como las leyes modificatorias ha previsto que la sanción será más grave cuando menor sea la edad de la víctima. Así se ha dividido en tres grupos las conductas que solo se diferencian debido a la mayor gravedad de la pena que se impondrá al agente cuando menos edad tenga la víctima.

De ese modo, la pena privativa de libertad será mayor (cadena perpetua) cuando la víctima tenga una edad comprendida entre el acto del nacimiento y menos de diez años de edad. En el caso que la víctima cuente con una edad comprendida entre los diez y menos de catorce años, la pena tiene una escala menor que la prevista para el primer grupo (no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años). Para establecer

la edad de los menores y determinar cuando estamos ante un supuesto y cuando en otro, la partida de nacimiento aparece como documento trascendente dentro del proceso penal. Solo con tal documento puede saberse absolutamente la edad cronológica de los menores. La prueba de la edad no es solo la demostración de un dato más en el proceso donde se instruye un acceso sexual sobre un menor que puede o no cumplirse; por el contrario, la prueba no solo es importante, sino representa una *conditio sine qua non* sin la cual no puede expedirse sentencia condenatoria, puesto que la edad constituye un elemento principal del tipo objetivo. (...).

En su defecto y de modo excepcional cuando sea imposible conseguir la partida de nacimiento en las municipalidades, sea porque el menor no fue inscrito o por cualquier otra razón, será necesario un reconocimiento médico legal para establecer la edad aproximada del menor. Así también lo tiene por aceptado la jurisprudencia nacional, tal como se argumenta en las dos Ejecutoria supremas siguientes:

"Para que se acredite fehacientemente el delito contra la libertad y el honor sexual debe tenerse a la vista la partida de nacimiento o en su defecto el reconocimiento médico legal que determine la edad de la ofendida".

"Si bien de la revisión del proceso se advierte que no se ha adjuntado la partida de nacimiento de la agraviada, del certificado médico se desprende de que su edad aproximada es de 14 años, sin embargo el referido instrumental indica que la edad de la agraviada

*corresponde a una persona de 18 años; sin embargo, estado al tiempo transcurrido debe aplicarse lo más favorable al reo"*⁷⁷.

No obstante, el reconocimiento médico legal para determinar la edad de la víctima no vincula al operador jurídico, toda vez que la edad que indican los especialistas es meramente presuntiva. De esa forma se pronuncia la ejecutoria Suprema del 28 de mayo de 1999, al argumentar que "en la doctrina se ha uniformizado, el criterio de que el reconocimiento médico legal por parte de los especialistas en la materia es netamente médico legal por parte de los especialistas en la materia es netamente estimatorio, a fin de determinar la edad con un margen de edad de dos años más o menos, en este orden de ideas, al haber dudas respecto a la fecha de nacimiento de la menor agraviada por el delito de violación de la libertad sexual, debe estarse a lo más favorable al reo en aplicación del inciso 11 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, por lo que la conducta del procesado debe encuadrarse en numeral 170° del Código Penal-Violación real-, ello en atención al principio de la determinación alternativa que permite que el órgano jurisdiccional puede encuadrar la conducta del encausado en el tipo penal genérico, específica finalidad de evitar injustos fallos al existir una errónea calificación jurídica de hecho imputado".

Se suscita aquí la interrogante en torno a la posible aplicación del contenido del artículo 170° CP. Esta disposición solo se podrá aplicar si el sujeto activo emplea violencia o amenaza para acceder sexualmente

⁷⁷ Ejecutoria suprema del 01 de setiembre de 1995, Exp. N° 1385-94-Cusco, en SALINAS SICCHA, R. "Derecho Penal – Parte especial", V.II, 4ta.Ed., Grijley, Lima – Perú, 2010. p. 747

a la víctima, caso contrario, dicha conducta quedara impune por delito de violación sexual.

2.6.6 Bien jurídico protegido (con la ley 28704):

Con el delito de acceso carnal sexual sobre menor se pretende *proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de dieciocho años de edad*. La indemnidad o intangibilidad sexual se entiende como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

Francisco Muñoz Conde⁷⁸, razonablemente sostiene que en el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

La jurisprudencia nacional tiene claro este aspecto, como lo demuestra la Ejecutoria del 12 de agosto de 1999, cuando reproduciendo los argumentos del último autor citado, expresa que "el delito tipificado en el artículo 173° inciso 3 del Código Penal modificado por el decreto legislativo 896 protege el libre desarrollo sexual del menor, en razón de que el ejercicio de la sexualidad con ellos, se prohíbe en la medida en que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que indican en su vida o equilibrio psíquico en el futuro". En igual sentido, en la ejecutoria del 15 de enero de 2004, la Sala Penal

78 MUÑOZ CONDE, Francisco, "*Derecho Penal Parte Especial*", Editorial Tirant lo Blanch, 13ava ED., Valencia-España, 2001. p.201

Transitoria de la Suprema Corte sostiene que el bien jurídico protegido en este delito es la indemnidad sexual, toda vez que "lo que la norma protege en los impúberes es su desarrollo sexual y psicológico en relación con los mayores, debido a su incapacidad para discernir y el estado de indefensión dado su minoría de edad".

Así mismo, la Ejecutoria suprema del 24 de junio de 2003, sostiene "que en los delitos de violación sexual de menores se tutela no solo la libertad y el honor sexual, sino principalmente la inocencia de una menor cuyo desarrollo psico-emocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbres de familia y la sociedad".

Con Luis Castillo Alva⁷⁹ creemos que la indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todos como seres humanos tenemos, en este caso los menores, a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda su vida. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia.

Antes de suscribirse el acuerdo plenario N°4-2008 por los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, el bien jurídico protegido del delito de acceso carnal sexual sobre un menor era solo la

79 CASTILLO ALVA, José L., "Tratado de los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales", Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2002. p.274

indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de dieciocho años de edad.

Actualmente con la ley 30076:

Hay consenso en el seno de la dogmática jurídico penal moderna en sostener que la vida, base material y espiritual del ser humano, se erige como pilar del ordenamiento jurídico-constitucional; por cuanto, se trata del bien jurídico de mayor relevancia a tutelar y es *conditio sine qua non* para el desarrollo y desenvolvimiento del resto de bienes jurídicos del individuo. Perspectiva humanista que se desprende de todos los ordenamientos penales democráticos, inclusive de Estados autoritarios.

La vida humana es el bien máspreciado del universo y eje fundamental de la supervivencia humana; sin embargo, aparte de la vida, se reconocen otros bienes jurídicos, tal vez de igual importancia; en cuanto constituyen la esencia misma del ser humano; entre ellos se encuentra *la libertad, condición no solo jurídica, sino también natural del ser humano; pues todo hombre nace, vive y se extingue libre.*

Después de la vida, ***la libertad es el manifiesto más importante de la ontología humana***, como estado o condición que le permite la autorrealización personal en un marco de convivencia colectiva; pues la concreta participación del hombre en las diversas actividades socio-económicas-culturales requieren de un marco de libertad; por tal motivo, todo acto o comportamiento que atenta contra la libertad humana, supone a la vez una afrenta a los derechos humanos.

La libertad se corresponde con la idea misma de Estado de derecho, en tanto este es un orden socio-estatal delimitado por el

principio de legalidad, de forma tal que, *la libertad únicamente puede ser restringida o limitada por intereses de orden superior y por las causales previstas taxativamente en la ley; en consecuencia, y al margen de estos supuestos, queda vedado cualquier modalidad de restricción a la libertad.* Por estas y otras consideraciones, el legislador de conformidad con una política criminal de vanguardia, tipifico los delitos contra la Libertad en el Título IV del CP, comprendiéndose en el ámbito de los bienes jurídicos o personalísimos, aquellos vinculados a la esencia misma del ser humano. La libertad no solo se manifiesta en la libre locomoción de los individuos; es decir, no solo engloba la posibilidad de desplazarse según el libre albedrío de cada uno, sino que se extiende a otras esferas de la individualidad; ***una de estas manifestaciones constituye la libertad sexual***: la capacidad que tiene todo individuo de configurar su vida sexual a partir de una organización de autónoma potestad decisoria. El derecho protege la manera en que dicha sexualidad es vivida - acota BOOTTKE - y la manera en que es protegida de cualquier determinación, acoso, amenaza o daño externo. Esto es, lo que puede ser llamado "autoridad sexual", el control continuo sobre la propiedad e integridad sexual individual⁸⁰.

Se tiene que la "libertad sexual" parte de la autonomía misma del ser humano, de dirigir dicha esfera conforme al discernimiento como plasmación de la voluntad que se exterioriza a partir de actos concretos y que involucra a otro ser humano, pues en definitiva los actos que el sujeto haga con su propio cuerpo no es de incumbencia para el derecho penal, a menos que este sea obligado a realizarlo mediante coacción y/o

80 BOOTTKE, Wilfried, "Sexualidad y Delito: Las Víctimas de los Delitos Sexuales", Mendoza, 2003. p.68

amenaza. El "Derecho a la autodeterminación sexual", de acuerdo a la Constitución, es el derecho a la propia personalidad y solo puede ser determinada por uno mismo⁸¹.

En esencia, los delitos sexuales reprimen aquellas conductas que atentan contra dicha autodeterminación humana, el ámbito de lo injusto surge precisamente cuando aparece un acto decidido a contrariar la configuración sexual humana.

Dicho de otra manera, el bien jurídico es la libertad sexual, en su doble vertiente positivo-dinámica, esto es, la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos; desde un aspecto negativo, el derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento. En palabras de Jorge Enrique VALENCIA: "Es lugar común afirmar en la historia de las instituciones penales que la violación es el atentado más grave que puede concebirse contra la libertad sexual individual"⁸², y por lo demás es el delito más relevante en este grupo de infracciones. Originariamente su objeto de protección estaba circunscrito a la esfera sexual de la mujer (solo la genital), y el bien jurídico era conceptualizado como la "honestidad sexual". Luego, con el tránsito hacia la libertad sexual se extendió de la esfera genital a otras cavidades susceptibles de ser objeto de grave ataque a la libertad sexual; tal como se ha recogido en la reforma normativa traída a más con la ley N° 28251.

81 *Ibíd.* p. 470

82 VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge E., "Delitos Contra la Libertad y el Pudor Sexual", Fórum Pacis, Bogotá, 1993, p. 17

En la doctrina hispana se afirma que este título está destinado a proteger la libertad sexual, es decir, el derecho a la autodeterminación sexual y el derecho a rechazar las intromisiones de terceros en este ámbito; un ámbito de plena autonomía decisoria que se afirma con la autorrealización de la persona humana.

La ley garantiza con la represión, el derecho que asiste a toda persona a disponer de su cuerpo y elegir el objeto de su actividad sexual o abstenerse totalmente de cumplir esta función biológica. VILLA STEIN es de la opinión que se tutela la sexualidad humana entendida como atributo psico-fisiológico de la personalidad, cuyo ejercicio libre es su característica distintiva⁸³; la posibilidad de auto-conducción conforme a sentido, supone una vertiente positiva, en cuanto la elección del individuo de decidir su ámbito de sexualidad con respecto a terceros.

Sin embargo, a la fecha actual solo se ha fijado de manera arbitraria el inicio para el ejercicio o disposición la libertad sexual, en 14 años, mas no como la realidad social adolescente - peruana evidencia que el inicio sexual real es a la edad de 13 años, razón por la cual aún se viene vulnerando el derecho de los adolescentes de este rango de edad, y de las personas que mantengan relaciones sexuales con estas, ya que configuraría delito (art. 713° inciso 2).

2.6.7 Sujeto activo

Agente o sujeto activo de la conducta delictiva en hermenéutica puede ser cualquier persona sea varón o mujer. El tipo penal no exige la

83 VILLA STEIN, Javier, "Derecho penal. Parte especial", Editorial San marcos, Lima-Perú, 1998. p. 179

conurrencia de alguna cualidad o calidad especial, salvo para agravar la conducta como ha quedado expresado. Incluso, puede tener la condición de enamorado, novio, o conviviente de la víctima. Se excluye el estado civil aparente de casado aparente, debido a que, de acuerdo a nuestra normatividad civil, es imposible contraer matrimonio con un o una menor de catorce años de edad. Si ello ocurriera, tal matrimonio es nulo⁸⁴.

La coherencia de la igualdad de sexos es insoslayable; así también las posiciones sexuales, el tipo penal de acceso carnal sexual, puede darse entre acciones heterosexuales e inclusive homosexuales (hombre a hombre y de mujer a mujer).

Sin embargo, lo frecuente es que el varón sea el sujeto activo del delito de violación sexual; pues se asocia a la erección con el deseo, la conciencia y voluntad pero es en realidad un impulso de contenido biológico u orgánico; más lo que se tutela en esta capitulación es la libertad sexual en todo su sentido⁸⁵.

2.6.8 Sujeto pasivo (con la ley 28704):

También víctima o sujeto pasivo de los supuestos delictivos previstos en el artículo 173° del Código Penal pueden ser tanto el varón como la mujer, con la única condición trascendente de tener una edad cronológica menor de dieciocho años. Muy bien puede tener alguna relación sentimental con el agente o también, dedicarse a la prostitución. Tales circunstancias son irrelevantes para calificar el delito salvo que la víctima tenga una edad entre 14 y 18 años.

84 *Ibíd.*, p.756

85 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "*Los Delitos Sexuales: Análisis Dogmático, Jurisprudencial y Criminológico*", Editorial Ideas Solución S.A.C., Lima-Perú, 2014. pp.193 a 194

El tipo penal solo exige que el sujeto pasivo tenga una edad cronológica menor de 18 años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psicofísica que haya alcanzado o de si ha tenido antes experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. El derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior del menor revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos. De modo que el delito igual se configura así se llegue a determinar que la menor o el menor se dedique a la prostitución, o si ha tenido con anterioridad al hecho concreto experiencia de acceso carnal sexual⁸⁶.

2.6.9 Actualmente con la ley 30076:

El cambio de paradigma en torno a estos delitos no podía limitar como sujeto pasivo a la mujer, sino también, al hombre en base al principio de igualdad que caracteriza a un Estado Democrático de derecho. La ley hace referencia a la persona, lo que significa que tanto el hombre como la mujer pueden ser víctima de este delito. En todo caso la persona tiene que ser mayor de catorce años; de no ser así la conducta se subsumiría en el artículo 173° del Código Penal.

En la Casación N° 49-2011- La libertad, se sostuvo que:

"La doctrina jurisprudencial establecida unitaria y pacíficamente acepta que a partir de los 14 años de edad opera el consentimiento en materia sexual, teniendo como denominador común la exclusión de la responsabilidad penal del agente. Este criterio se sustenta

86 *Ibíd.* p.757

en la idea básica de que, en los delitos de agresión sexual, la indemnidad o intangibilidad sexual se refiere a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su libertad en ese ámbito, *considerando nuestro ordenamiento jurídico en tal condición a las personas menores de catorce años*. Las relaciones sexuales con menores de 14 años (13) se prohíbe en la medida que pueden afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por ende, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez (presunción iuris et de iure). *Mientras que a partir de los 14 años se protege la libertad sexual*, es decir, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en dicho ámbito, por cuanto es la expresión de la libertad personal vinculada con el principio ético y jurídico de la dignidad humana⁸⁷.

De lo que se puede advertir que actualmente los adolescentes de 14 años son titulares del bien jurídico, libertad sexual, mientras a los adolescentes de 13 años todavía se les tutela el bien jurídico, indemnidad sexual (contenido en el artículo 173.2 del CP vigente).

Tipicidad subjetiva (con la ley 28704):

De la redacción del tipo penal se desprende que se trata de un delito de comisión dolosa y que no cabe la comisión imprudente. Por la naturaleza del delito es posible que se configure el dolo en el delito en sus tres clases: dolo directo, indirecto y eventual.

87 Gaceta Penal & procesal Penal, T. 39, Lima-Perú, 2012. p. 199

En efecto, se configura el dolo directo o indirecto cuando el agente tiene conocimiento de la minoría de edad de su víctima y, no obstante, libre y voluntariamente le practica el acto o acceso carnal sexual, ya sea por la cavidad vaginal, anal, bucal o en todo caso, le introduce objetos (prótesis sexuales, etc.) o partes del cuerpo (dedos, mano, etc.) en su cavidad vaginal o anal, con la evidente finalidad de satisfacer alguna de sus apetencias sexuales. Si no se identifica alguna, esta última circunstancia en el actuar del agente, la figura delictiva no aparece. Es decir, como en todos los delitos sexuales aquí analizados, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo en la conducta sexual desarrollada por el agente.

En cambio, el dolo eventual se presentará cuando el sujeto activo, en el caso concreto, pese a representarse la probabilidad de disponerse a realizar el acceso carnal sexual con una menor de 18 años, no duda ni se abstiene y, por el contrario, sigue actuando y persiste en la realización del acto sexual. Aquí, el autor más que incurrir en un error, obra con total indiferencia respecto al peligro de realizar acceso carnal con un o una menor y le da lo mismo, pese a la duda que pueda tener (circunstancia que es consustancial al dolo eventual) sobre la edad de su víctima⁸⁸.

La jurisprudencia nacional es unánime respecto que el delito de acceso carnal sobre menores es netamente doloso. El precedente jurisprudencial del 2 de octubre de 1998, de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Arequipa, indica: "*Tratándose*

88 *Ibíd.* pp.757 a 758

de afirmaciones que el propio acusado formula, fluye de las mismas que él era consciente tanto de la conducta que realizaba como de la minoridad de la agraviada y de su posición respecto de ella, sirviendo de sustento probatorio del momento subjetivo lo que se tiene referido para el objetivo".

Actualmente con la ley 30076:

En principio se requiere dolo directo, esto es, conciencia y voluntad de realizar los elementos que dan lugar a la realización típica, de dirigir su conducta de forma final a vulnerar la libre autodeterminación sexual de la víctima.

El dolo en su dimensión cognitiva, debe recorrer todos los factores y circunstancias que se encuentran abarcados en la tipicidad objetiva, en tal sentido, debe saber que está quebrantando la esfera sexual de una persona (...).

Error de tipo

El error de tipo previsto en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal es el desconocimiento o falso conocimiento que un elemento del tipo penal, que origina según su invencibilidad o vencibilidad, la exclusión de la responsabilidad penal o la sanción de la infracción como culposa cuando estuviera prevista como tal en la ley.

Hermenéuticamente, no hay inconveniente para sostener que en cuanto a la edad de la víctima es posible el error de tipo. Se presentara esta categoría jurídica, por ejemplo cuando el agente actué con la creencia firme que el sujeto pasivo con el cual realiza el acceso carnal

sexual es mayor de catorce años, situación que se resolvería aplicando lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal, siempre y cuando el sujeto activo no haya hecho uso de violencia o amenaza grave sobre la víctima, pues de verificarse la concurrencia de estos factores en el caso concreto, el operador jurídico subsumirá los hechos al acceso carnal sexual previsto y sancionado en el artículo 170° del Código penal.

En efecto el *"error surge cuando el sujeto tiene falsa representación de la realidad o no entiende de manera correcta, su significado social o jurídico, ahora bien, el error de tipo se encuentra regulado, en el primer párrafo del artículo catorce del Código Penal, este recae sobre un elemento objetivo de tipo, el sujeto piensa que está realizando un hecho atípico, pero objetivamente ha realizado un hecho de relevancia para el ordenamiento jurídico penal. El error de tipo es de carácter vencible si el sujeto, actuando bajo los parámetros de la diligencia debida, hubiese podido darse cuenta del defecto de apreciación en que incurría, es decir, es un error superable, aquí solo se elimina el dolo por subsiste la culpa [sic] y el hecho sería sancionado como un delito culposo siempre en cuando se encuentre tipificado como tal con el [órgano] colegio penal, que según lo establece el artículo doce del precitado cuerpo de leyes, el error de tipo invencible, en cambio, se presenta cuando a pesar de la diligencia debida el sujeto no puede darse cuenta de su error, es decir, es un error de carácter insuperable, en donde el agente queda exento de responsabilidad penal, pues se elimina tanto el dolo como la culpa. [...] [D] el estudio y análisis de autos se tiene que la Sala Superior penal en el desarrollo del juicio oral, en la sesión de audiencia de fecha diecisiete de septiembre de dos mil tres, durante*

la comparecencia de menor agraviada, conforme al principio de inmediación, ha podido verificar que la citada menor presenta un desarrollo físico que excede el promedio que presenta una menor de catorce años de edad, aspecto que indudablemente puede hacer inducir a error en cuanto a su verdadera edad a quien, a simple vista, la observe, situación que en todo caso también ha influido en el acusado"⁸⁹.

En la ejecutoria del 1 de octubre de 2004, la primera sala penal transitoria de la Suprema Corte fundamenta el error de tipo afirmando que "del estudio y análisis de autos se desprende que la agraviada, **en la época de ocurridos los hechos contaba con un poco más de trece años de edad**; apreciándose además de su declaración preventiva... que esta declara y reconoce no solo haber sido enamorada del acusado, sino haberlo inducido a error en cuanto a su verdadera edad, al mentirle que contaba con dieciséis años de edad al momento de suscitados los hechos, agregando inclusive que las relaciones sexuales las ha mantenido voluntariamente y sin ningún tipo de violencia. Estas versiones por lo demás, se ven corroboradas con la declaración instructiva del procesado [...] donde sostiene que efectivamente tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada porque está la [sic] manifestó que tenía dieciséis años de edad, lo cual ha sido debidamente compulsado por la sala superior.

La alegación del error de tipo respecto a la edad tiene que acreditarse en el proceso. No basta la sola invocación de la defensa del acusado. La ejecutoria suprema del 17 de junio de 2008 da cuenta de un caso concreto en el cual, pese a que la defensa del acusado alego error de

89 Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2004, 1ra. Sala Penal Transitoria, R.N. N°323-04-Huanuco, en Castillo Alva, 2006c, p.86.

tipo, tal argumento no prevaleció. En efecto, allí sostiene que *"si bien refiere que actuó bajo un supuesto error respecto a la edad de la menor, es de indicar que la agraviada estudiaba en el centro educativo donde el encausado se desempeñaba como docente, incluso fue su alumna, por lo que se encontraba en condiciones de percatarse sobre su edad, así mismo en la pericia psicológica que se le practicó... se establece que cuenta con un nivel intelectual promedio, razón por la cual no resultan atendibles las alegaciones que invoca en su medio de impugnación"*.

Tanto si el error es invencible como vencible no podrá sancionarse al sujeto activo por el artículo 173° del Código Penal: si es invencible, se eliminaría el dolo y la culpa; y si es vencible, se elimina solo el dolo quedando subsistente la culpa, no obstante, al no admitirse en nuestro sistema jurídico el delito de acceso sexual por imprudencia o negligencia dicha conducta será atípica y por lo tanto irrelevante penalmente.

En la misma línea, la Suprema Corte ha sostenido que *"en el caso de autos se ha producido la figura de error de tipo, que se da de dos maneras: cuando el agente actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionado como un delito culposo si está contemplado por el código penal; a esto se le llama error vencible, o en su defecto, cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el agente queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa, entendiéndose esta situación como error invencible; en tal contexto, siendo que el delito materia de acusación es el comprendido en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del código penal y*

*que el argumento del recurrente está referido al error de tipo, que tuvo lugar cuando el agente cree que el sujeto pasivo es mayor de catorce años, en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por la norma sustantiva antes acotada, al no admitirse expresamente por ley la figura de violación culposa, por tanto, al no darse los elementos constitutivos del tipo penal instruido debe procederse a su absolución*⁹⁰.

2.6.10 Antijuridicidad

La misma naturaleza del delito de acceso sexual sobre un menor hace imposible que, en la realidad práctica, se presenten casos donde funcione de manera positiva alguna causa justificante cuando la víctima tenga una edad menor a 14 años.

En cambio, si la víctima es mayor de 14 años consintió el acceso carnal sexual, la antijuridicidad desaparece.

Establecimiento de edad límite que no compartimos, por ir en contra de la realidad social y como ya indicamos el límite debería de fijarse o establecerse en 13 años en función a lo ya advertido en líneas precedentes.

2.6.11 Culpabilidad

Acto seguido de verificarse que la conducta típica de acceso sexual sobre un menor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrara al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que

90 Ejecutoria Suprema del 11 de febrero de 2008, R. N. N°3784-2007-Callao, Segunda Sala Penal Transitoria.

verificarse si al momento de actuar el agente, era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta de acceso carnal sexual sobre menor, conocía de la antijuridicidad de esta, es decir, se verificará si sabía que dicho acto estaba prohibido por ser contrario al derecho.

Resulta obvio que la alegación de un error de prohibición debe ser acreditada al interior del proceso penal con la actividad probatoria mínima y pertinente, caso contrario se tendrá como un simple argumento de defensa. La ejecutoria Suprema del 13 de abril de 2010 da cuenta de un caso real en el cual la defensa alego infructuosamente que el acusado había actuado desconociendo que mantener relaciones sexuales con una menor de edad constituía delito. Allí se argumenta que : "la concurrencia del error de prohibición se ve enervada con la declaración de la menor agraviada en sede preliminar... quien señaló que el acusado aprovechaba que sus padres se ausentaban de su vivienda para mantener relaciones sexuales; precisó que cuando se negó, este le dijo que no iba a ocurrir nada y luego la penetro vaginalmente; agrego que posteriormente el acusado se fue de su casa porque tenía miedo de que sus padres se enteraran de lo que había hecho y lo golpearan; que en sede judicial... reitero que el acusado se aprovechó que la deponente se encontraba sola para poder agredirla sexualmente en contra de su voluntad; que por consiguiente, es evidente que la conducta desarrollada por el encausado... no se condice con la de un sujeto que desconocía el carácter delictuoso de su acto y, por el contrario, permite sostener de manera ficta que tenía conocimiento y comprensión que está contrariando normas

penales, pues realizo las prácticas sexuales clandestinamente, ocultando el hecho a la familia de la menor agraviada, conocedor de la ilicitud de su acto".

Luego determinara si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito de tipo sexual.

2.6.12 Error culturalmente condicionado

En el Perú, teniendo en cuenta que existen en la realidad poblaciones que todavía no han llegado a internalizar los parámetros culturales (de carácter o tipo occidental) que dominan la mayoría de los peruanos, y por tanto existen compatriotas que piensan que mantener relaciones sexuales con **una menor de 12** hasta 18 años es normal y natural, en la praxis judicial se presentan casos de error culturalmente condicionado previsto y sancionado en el artículo 15° del Código Penal de 1991. Esta clase de error se configura cuando el agente desconoce la ilicitud de su conducta, ignora que su comportamiento resulta injustificable, por lo que muy bien la conducta puede ser típica y antijurídica pero no puede ser atribuida personalmente a su autor, pues este desconoce la antijuridicidad de su hecho, presupuestos que hacen inexistente la culpabilidad por lo que el delito no aparece. Aspecto que sin duda para que prospere, debe ser acreditado en el proceso penal mediante un documento o peritaje antropológico, tal como se ha precisado en la ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 2011⁹¹.

La Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1999 expone un caso real en el cual, para su solución jurídica, los magistrados razonablemente

91 SALINAS SICCHA, Ramiro, "*Derecho Penal, parte Especial*", Editorial Iustitia, 5ta. ED., 2012

hicieron uso de la figura del error culturalmente condicionado. Allí se argumenta: "que, de la revisión de los autos aparece que se imputa al encausado Juan López Martínez, el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de menor, en perjuicio de una menor cuya identidad se reserva en virtud de la ley veintisiete mil ciento quince; que, en efecto, la conducta del mencionado acusado es típica objetivamente, porque su accionar describe el tipo penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, que reprime al que mantiene relaciones sexuales con una menor de catorce años; que, sin embargo la conducta del encausado debe ser analizada teniendo en cuenta sus condiciones personales, la forma y circunstancias de la realización del evento, y sobre todo considerando el medio social en que se desenvuelve, relevándose el hecho de que es hijo de una nativa asháninca del valle de Pangoa de la selva de Satipo, que ha vivido en una comunidad nativa en su niñez, habiendo por ello interiorizado las costumbres propias de su pueblo, donde las mujeres están en capacidad de tener pareja luego de su primera menstruación, lo que significa que mantienen relaciones sexuales siendo muy jovencitas, citándose al respecto a: (Stefano Veresse: "La Sala de los Cerros, mil novecientos setenta y dos), apreciándose que en estas comunidades, la mujer, al contraer una pareja, no sale del hogar o de la familia, la que se ve incrementada con el ingreso del conviviente nativo, quien debe trabajar para la familia, de allí que dentro de los ashánincas, la mujer sea entregada a un varón siendo muy joven para lograr que este ayude a la familia de la mujer, todo ello nos lleva a la aplicación del artículo quince de Código Penal, que consagra el error de comprensión culturalmente condicionado, es decir el error en

que cae quien por su cultura, por pertenecer a un grupo social [distinto], no puede interiorizar o no puede comprender porque la sociedad occidental y cristiana prohíbe mantener relaciones sexuales con una mujer que ya menstrua y puede tener hijos".

2.6.13 Tentativa

Al constituir un delito de resultado, es posible que el injusto penal se quede en el grado de tentativa; es decir, el agente inicia la comisión del acto o acceso carnal sexual o análogo que ha decidido voluntariamente realizar; sin embargo, por causas extrañas a su primigenia intención no logra su finalidad de acceder sexualmente a su víctima o voluntariamente decide no consumar el hecho punible. Esto es, el agente por causas extrañas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrarla o introducirle objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo.

El primer supuesto, por ejemplo, sucedió en el caso real que presenta la ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 2003. En efecto, allí se argumenta: "que durante la secuela de la instrucción y el juicio oral se ha llegado a establecer fehacientemente tanto la tentativa del delito contra la libertad sexual del agraviado así como la responsabilidad penal del encausado Viñolo Pizarro, el mismo que ha reconocido haber conducido al menor hasta su domicilio realizándole tocamientos en sus partes íntimas, habiéndose establecido igualmente la evidente intención de mantener actos contra natura que fue la acción final que se había propuesto y que no se llegó a concretar debido al dolor que sentía el

menor"⁹². En igual sentido la ejecutoria Suprema del 1 de febrero de 2000 argumenta: "que, fluye de los actuados, que en circunstancias que la menor agraviada se dirigía con dirección del Centro poblado Naranjos Alto en compañía de su hermanito de cinco años de edad, fue interceptada por el encausado Vega Díaz, quien bajo amenaza la condujo hacia unos arbustos obligándola a despojarse de su prenda íntima con el propósito de practicar el acto sexual, no llegando a consumir el ilícito penal por la oportuna aparición de una persona de sexo femenino, debiendo colegirse con meridiana claridad que la acción subjetiva del encausado estuvo dirigida a practicar el acto sexual, que no se llegó a consumir por causas evidentemente ajenas a su voluntad"⁹³.

Si bien en teoría resulta fácilmente identificable la tentativa del delito de violación e un menor, en la práctica judicial resulta cuestión o tarea difícil y muchas veces se le confunde con el delito de actos contra el pudor, cuando, de acuerdo a la redacción de los tipos penales 173° y 176° son figuras totalmente diferenciadas y excluyentes.

Ante tal aparente confusión, nuestra Corte Suprema en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado en forma clara y pedagógica, y ha señalado ciertos presupuestos que deben tener en cuenta los demás operadores jurídicos para saber cuándo están ante la tentativa del delito de acceso sexual contra un menor y cuando están ante la tentativa del delito de actos contra el pudor de menor. en la ejecutoria Suprema del 6 de noviembre de 2007, la Segunda Sala penal Transitoria, argumento que: "la diferencia entre el delito de violación sexual y actos contra el

92 R.N. N° 408-03-Lima, Sala Penal Suprema Permanente.

93 EXP. N°4630-99-Amazonas.

pudor, aun cuando ambos protegen la libertad sexual, fundamentalmente estriba que en el atentado contra el pudor no existe la intención de hacer sufrir el acto sexual a la víctima, sino únicamente someterla a tocamientos lubrico somático en zonas sexuales con el fin de obtener satisfacción erótica, es por ello, que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, además de la integridad personal sexual de una menor, primordialmente está dirigida a proteger su inocencia, cuyo desarrollo psico-emocional se ve afectado por dichos actos libidinosos"⁹⁴.

En esa misma línea jurisprudencial, la ejecutoria suprema del 14 de abril de 1994, declarando haber nulidad en la sentencia recurrida que condeno al procesado por el delito de actos contra el pudor de menor, la reforma y condeno al procesado por el delito de acceso sexual sobre un menor en el grado de tentativa, argumentando "que, durante la secuela del proceso, se ha llegado a establecer que la resolución delictiva del agente fue la de violar la libertad sexual de su menor hija, habiendo realizado todos los actos tendientes a la infracción contenida en el artículo ciento noventa y nueve del Código Penal Abrogado"

También la ejecutoria suprema del 19 de setiembre de 1996, argumenta que: "la conducta del procesado estuvo dirigida a practicar el acto sexual con la menor agraviada, el que no se consumó, quedando solo en tentativa, ilícito previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código penal, por el cual el [órgano] colegiado lo condena, sin embargo, simultáneamente también lo condena por el delito de actos contrarios al pudor en perjuicio de la misma agraviada, y en base a los

94 R.N. N° 5225-2006-Junin, en Reátegui Sánchez, 2010. p.251

mismos hechos, decisión que resulta implicate respecto al delito inicialmente glosado, pues este, que se encuentra contemplado en el artículo ciento setenta y seis del Código acotado, requiere para su configuración que la intención o propósito del agente no esté dirigida a practicar el acto sexual u otro análogo, quedando solo en el ámbito de actos impúdicos, lo que no corresponde al caso de autos, en que la orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a practicar el acto sexual en la agraviada, subsumiéndose la conducta desplegada con tal intención en tentativa del delito de violación de menor para el presente caso".

Otro precedente jurisprudencial que sirve para diferenciar y limitar la tentativa de acceso carnal sexual de menor con los actos contra el pudor de menor, lo constituye la ejecutoria suprema del 21 de agosto de 1997, en la cual se sostiene: "que, el encausado [...] ha reconocido haber tratado de poseer sexualmente a la agraviada [FCJ], de solo ocho años y tres meses de edad, a la fecha de los hechos, y en su propósito llegó inclusive a eyacular entre las piernas de la menor, quien comenzó a gritar, lo que motivo para que este desistiera de su resolución criminal violatoria; que, consecuentemente la conducta *sub iudice* constituye delito contra la libertad sexual en grado de tentativa, mas no delito contra el pudor; que, de otro lado en tanto los actos libidinosos, consistentes en frotamientos vaginales con su miembro viril, hechos que hiciera sufrir a la menor [RSG] de solo siete años, tres meses y catorce días de edad, sin que el agente tuviera la decisión de hacerla sufrir el acto sexual,

constituye delito contra el pudor, mas no violación de la libertad sexual en grado de tentativa"⁹⁵.

2.6.14 Consumación

Igual como ocurren en las conductas sexuales ya analizadas, el delito de acceso sexual de menor se perfecciona o consuma con la penetración total o parcial de la víctima menor, ya sea vía vaginal, anal (contra natura) o bucal. O en su caso, cuando comienza la introducción de objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo. Esto es, habrá penetración cuando el miembro viril del varón se introduce en alguna de esas cavidades ya indicadas del sujeto pasivo-menor o cuando en alguna de esas cavidades del sujeto activo venga a introducirse el pene del varón-menor agredido sexualmente.

En caso del uso de objetos o partes del cuerpo, se perfecciona cuando, por ejemplo, una prótesis sexual o algún objeto parecido al pene son introducidos por vía vaginal o anal del menor, o cuando por ejemplo, el agente introduce algún dedo o la mano en el conducto vaginal o rectal de su víctima menor.

En la praxis judicial ha quedado establecido que para consumarse el delito de acceso sexual sobre un menor es suficiente la penetración parcial. De ese modo, nuestra Suprema Corte, por Ejecutoria Suprema del 20 de octubre de 1997, sostuvo: "que, de la revisión del proceso, se tiene que si bien es cierto que el acusado [...] admite haber abusado sexualmente de la [...] [luego] desistió voluntariamente, para [después] solo frotarle su miembro viril en los glúteos [...], también lo es que la

95 EXP. N° 3529-97-Cusco, en ROJAS VARGAS, 1999, p. 384

menor [...] comenzó a manar sangre por el ano, lo que incluso mancho su prenda íntima; que, siendo esto así, se debe concluir que tal hecho configura un delito consumado de violación, que de ninguna manera puede ser considerado como tentativa, pues el certificado médico legal de la agraviada [...] es concluyente [al] indicar que esta presenta laceración anal en horas diez y doce, a lo que se debe agregar que los medico legistas, al momento de su ratificación en el acto oral y al ser interrogados por el [órgano] colegiado si ha existido o no coito contra natura, respondieron afirmativamente, precisamente porque ha existido acción física de penetración, la que, como consecuencia de ello ha producido laceración anal por presión ejercida de fuera hacia dentro; que, siendo esto así, para efectos de la consumación es irrelevante que la penetración contra natura haya sido parcial"⁹⁶. Igual criterio aparece en la Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 2004, cuando la Sala Penal Permanente del Supremo Tribunal alega: "que el delito de violación no requiere para su consumación penetración total, eyaculación o la culminación del propósito lascivo del agente, basta una penetración así sea parcial que importe la introducción del pene en el introito vaginal".

Igual criterio es recogido por la Sexta Sala Penal de la Corte Superior de lima, la misma que por resolución del 1 de agosto de 1995, afirmo que: "resultando agravante que el hecho de que el acusado reconoce en la víctima una persona dependiente o sujeta a su dependencia, por ser hermano mayor, con quien cohabito en las noches que realizaba sus visitas a su madre, extremo no cuestionado por el acusado; y estando a que por su naturaleza, este delito de violación de

96 R.N. N° 4737-97-Lima, en ROJAS VARGAS, 1999. p. 366

menores se consuma con el acceso carnal o la realización de actos análogos, no se requiere yacimiento completo, habiendo consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual de la ofendida".

No obstante, la ejecutoria Suprema del 17 de julio de 2003, se aparte de tal forma de entender la cuestión, pues, pese que en sus propios fundamentos acepta haber existido acceso carnal sexual sobre la menor-desgarro himenal incompleto- en lugar de declarar la nulidad, declaro no haber nulidad en la sentencia recurrida que condeno al acusado por el delito de tentativa de violación de menor. Aquí al parecer, por la sola circunstancia de no haber eyaculado el agente en la vagina de su víctima, el Supremo Tribunal considera, en forma desatinada y contradictoria, que el hecho se quedó en grado de tentativa. Así, la citada ejecutoria suprema, argumenta: "que durante la secuela del proceso él [órgano] colegiado ha evaluado y meritado las pruebas actuadas estableciendo la responsabilidad penal de Julio Agustín Saldaña Terrones, en la comisión del delito de violación de la libertad sexual, quien el día once de octubre del año de mil novecientos noventa y nueve, al promediar las nueve de la mañana, se constituyó al domicilio de su enamorada Carmen Huallpa Moreno, encontrando en dicho lugar a la hermana de esta, quien se encontraba con un infante de un año de edad, circunstancias en que la coge de las manos mientras la llevaba a donde se encontraba la cama para despojarla de sus prendas de vestir y violarla sexualmente sin eyacular en la vagina de la menor, situación que aprovecho la menor para huir hacia el patio de la vivienda en donde conto lo sucedido a una de las inquilinas que habita en el inmueble; corroborándose la violencia sufrida

por la menor con el reconocimiento médico legal de fojas doce, que certifica desgarró himenal incompleto; y la propia sindicación de la menor; [...] en consecuencia declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia [...] que falla condenando a Julio Agustín Saldaña Terrones; por el delito contra la libertad sexual en grado de tentativa, en agravio de menor de edad cuya identidad se preserva conforme a ley, a la pena de seis años de pena privativa de la libertad⁹⁷.

La consumación del delito en análisis se acredita fundamentalmente con el certificado médico legal, documento en el cual los especialistas de medicina (legal o la normal que todos conocemos) describen: si ha llegado a producirse la penetración del miembro viril, objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal de la víctima menor. Asimismo, se describen las huellas dejadas sobre el cuerpo de la víctima, el posible uso de la fuerza o violencia por parte del agente. En los estrados judiciales, no existe otro documento que sirva para probar tales circunstancias. Como ejemplo de lo expresado aparece la Ejecutoria Suprema del 9 de junio de 1999, al argumentar que: "La comisión del delito de violación sexual de menor está acreditado con el certificado médico legal de la menor agraviada, que describe el inicio de las relaciones sexuales a los nueve años, himen con desgarros antiguos en horas II, III y IV, al examen de la región anal en posición genupectoral, ano normotónico con borraramiento de pliegues en horas XII; III y VI, observándose depresión del área perianal a horas XII; al examen corporal, presenta cicatrices rosadas recientes en región anterior del

97 EXP. N° 1135-2003-Apurimac, Sala penal Transitoria. Siendo coherentes con la doctrina y los precedentes jurisprudenciales, este caso juzgado es un típico ejemplo de delito de acceso sexual sobre menor consumado. Sostener lo contrario, como lo hace el supremo tribunal, es un infeliz desatino.

cuello derecho e izquierdo de forma semicirculares; concluyéndose que presenta himen con desfloración antigua, signos de coito contra natura y lesiones extra genitales en fase de cicatrización".

No obstante, conociendo que en todo nuestro territorio patrio no existen médicos y más bien hay enfermeros o auxiliares de la salud, también estos están habilitados para efectuar los reconocimientos de las víctimas de los delitos sexuales. Este aspecto se deja sentado en la Ejecutoria suprema del 8 de setiembre de 2008⁹⁸, donde la Sala Penal Permanente en el sexto considerando sostiene con propiedad que "si bien el artículo tres de la ley número veintisiete mil ciento quince dispone que en los delitos sexuales el examen médico legal debe ser practicado por el médico encargado del servicio, el artículo ciento setenta y uno del Código de Procedimientos Penales señala como excepción que, a falta de personal especializado, es posible que nombren como peritos o personas de reconocida honorabilidad y competencia en la materia, que, en el presente caso, es aplicable la citada norma, pues consta que los hechos sucedieron en una retirada comunidad rural de la serranía (Caserío El Milagro - Distrito de Huaranchal - Provincia de Otuzco), y que el certificado de fojas trece lleva la rúbrica del licenciado en enfermería del puesto de salud de Huaranchal y el sello de la jefatura de dicho Puesto de Salud".

2.6.15 Autoría y participación

El delito de acceso carnal sexual sobre menores puede perfeccionarse por cualquiera de las formas de autoría previstas en el

98 R.N. N°700-2008-La Libertad, en Gaceta Penal y Procesal Penal, T.1, Julio 2009. p.146

Código Penal. Así puede presentarse la autoría directa cuando una sola persona realiza los elementos del tipo. La autoría mediata aparece cuando el agente aprovecha o induce a error a un tercero para que realice el acceso sexual con un menor de catorce años haciéndole creer que este posee una edad superior. "Asimismo, dicha modalidad de autoría se da, por ejemplo, cuando se manipula a que dos menores de 14 años (13) practiquen relaciones sexuales o, en otra variante, que uno de quince realice un acto sexual con un niño de once años"⁹⁹. En la autoría mediata, el agente (hombre de atrás) instrumentaliza al ejecutor material aprovechando su error o en su caso, haciendo uso de la amenaza grave en su perjuicio.

La coautoría se perfecciona cuando dos o más personas, en concierto de voluntades y con pleno dominio del hecho y reparto de roles y funciones, logran consumir el acceso sexual sobre su víctima menor de 18 años. Igual como ya dejamos establecido, aquí no se trata de un delito de propia mano, cualquiera puede lesionar la indemnidad sexual del menor. En tal lógica, será coautor del delito aquel sujeto que, cumpliendo su rol, se limita a sujetar al menor a fin de que otro le acceda sexualmente; o también, cuando aquel sujeto, cumpliendo su rol previamente planeado, se limita a que terceros (haciendo uso de la violencia o amenaza grave, por ejemplo) eviten que otro sujeto acceda sexualmente al menor.

La ejecutoria del 11 de diciembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte, da cuenta de un hecho real de acceso carnal sexual sobre un menor consumado en coautoría. En efecto, allí se

⁹⁹ CASTILLO ALVA, "Tratado de los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad sexuales, Gaceta Jurídica", Lima-Perú, 2002. p. 304

expresa que: "en la comisión de este delito participaron los cuatro procesados de manera activa, distribuyéndose roles a desarrollar al momento de los hechos, conforme se colige de la declaración preventiva de la agraviada y las propias declaraciones de los procesados [...] quienes desde un primer momento han aceptado su responsabilidad [...]".

Es perfectamente posible que en el delito de acceso carnal sexual sobre menores de 18 años de edad se materialice la participación en sus modalidades de inducción, complicidad primaria o secundaria. Por ejemplo, la participación por inducción se configura cuando el agente inductor por la violencia, amenaza o engaño, motiva y hace nacer en el autor, la intención de cometer el acceso sexual sobre el sujeto pasivo - menor de 18 años.

En cambio, se configura la complicidad cuando el sujeto ayuda o brinda apoyo a fin que el agente logre su propósito de acceder sexualmente a su víctima. La modalidad de complicidad primaria se configura cuando el cómplice, por ejemplo, en forma dolosa, presta la habitación donde el agente realiza el acceso sexual sobre el menor o, en el peor de los casos, personalmente conduce al lugar donde el autor **impondrá** el acceso carnal sexual, etc. La ejecutoria Suprema del 20 de julio de 2004 resuelve un caso real donde aparece la complicidad primaria. En efecto, allí la Sala permanente del Supremo Tribunal sostiene que: "un correcto juicio de imputación sobre su participación delictiva permite colegir que actuó en calidad de cómplice primario [...] al haber brindado auxilio doloso determinante para su ejecución, aprovechando su familiaridad con la víctima, coordinando su entrega de las sumas de dinero y llevándola personalmente a la habitación del centro

de hospedaje donde se concentraron los vejámenes, actos que no se habrían materializado sin su contribución; que es bajo tal título de imputación por el que debe de responder la citada encausada Acho Pizango".

En tanto que se configura la complicidad secundaria cuando, por ejemplo, el sujeto con pleno conocimiento de la finalidad, presta su vehículo al agente a fin de que traslade a su víctima menor al lugar donde consumara el delito. En este último ejemplo, estaremos ante la complicidad secundaria, siempre y cuando se llegue a establecer que así, el cómplice no haya prestado su vehículo, el agente igual hubiera cometido su delito haciendo uso de otro.

No está de más recordar que se configura la complicidad primaria o secundaria siempre que el cómplice o colaborador tenga conocimiento de que está prestando ayuda para la realización del delito de acceso carnal sexual sobre un menor.

Si se determina que no tenía idea de tal situación, su conducta será irrelevante penalmente, así se determine que en su habitación se consumó el delito o si bien en su vehículo se trasladó a la víctima al lugar donde se realizó.

Si el supuesto cómplice no sabe o desconoce que se está cometiendo, o se está por consumir un delito de acceso sexual sobre un menor, su colaboración o ayuda queda fuera de la norma prohibitiva.

2.6.16 Penalidad (con la ley 28704):

El agente del delito de acceso carnal sexual sobre un menor será sancionado según corresponda la edad de la víctima del siguiente modo: Si aquella cuenta con una edad menor a 10 años, la pena será de cadena perpetua. Si la víctima tiene una edad mayor de 10 y menos de 14 años, la pena privativa de libertad será no menor de 30 ni mayor de 35 años. En el caso que el sujeto pasivo tenga una edad mayor de catorce y menos de dieciocho años, la pena privativa de libertad podrá ser entre no menor de 25 ni mayor de 30 años.

En caso de concurrir alguna circunstancia agravante prevista en el último párrafo del artículo 173°, la pena será de cadena perpetua. Es decir, cuando se trata de menores con una edad no menor de diez ni mayor de dieciocho años.

Igualmente, de concurrir todas o alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 173°-A del Código Penal, se sancionará al agente con cadena perpetua.

Actualmente con la ley 30076:

Artículo 170° inciso 6: La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación (...) Si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad. Para lo cual se tendrá que establecer claramente para la configuración del delito violencia o grave amenaza, sin las cuales el hecho no constituiría delito alguno.

Ahora bien, lo que nosotros propugnamos es que se establezca la edad de 13 años, como en la que estos adolescentes sean titulares del bien jurídico libertad sexual, y no más del de indemnidad sexual como sucede

actualmente, tipificado en el artículo 173° inciso 2° del código Penal vigente, en el que se prescribe una pena privativa de libertad no menor de 30, ni mayor de 35 años; con la agravante de cadena perpetua contenida en el segundo párrafo del artículo en cuestión.

2.6.17 La libertad sexual en el derecho penal comparado y la edad cronológica a partir de la cual se protege este bien jurídico

La edad del consentimiento sexual (para lo cual tomaremos como referencia algunos países más cercanos a nuestra realidad peruana), es la edad por debajo de la cual el consentimiento prestado para tener relaciones sexuales no resulta válido a efectos legales, presumiéndose violencia o abuso por parte del que fuere mayor de edad en tales circunstancias sin importar la existencia o no de cualquier violencia o abuso real, asimilándose o sancionándose como delito de violación. El sexo no consentido es considerado abuso sexual. La variación semántica *mayoría sexual* (del francés *majorité sexuelle*) indica la edad a partir de la cual se le otorga autonomía plena al individuo respecto de su vida sexual y *no necesariamente es la misma que la edad del consentimiento sexual*.

La edad de consentimiento no debe confundirse, aunque de hecho puede coincidir, con la edad de responsabilidad criminal, la mayoría de edad, la edad para contraer matrimonio, o la edad de emancipación. En algunos estados la edad de consentimiento puede diferir según se trate de actos heterosexuales u homosexuales.

Así, de manera meramente referencial, es pertinente recoger las experiencias normativas que sobre el particular se dan en algunos de los

sistemas penales iberoamericanos, para constatar cómo han asumido de la sexualidad de los adolescentes¹⁰⁰.

PAÍSES	EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL
Argentina	La edad de consentimiento en <u>Argentina</u> es de 13 años , si bien existen algunas restricciones para el sexo con <u>adolescentes</u> entre las edades de 13 y 16 años. Siendo menor de 13 los cargos pueden ser imputados luego de una queja por parte de la <u>persona menor de edad</u> , su padre o tutor, o los profesionales intervinientes (médicos, maestros, psicólogos, etc.) y la justicia actuará de oficio si hubiera alguna de las agravantes contempladas en la ley.
Bolivia	La edad de consentimiento en <u>Bolivia</u> se fija en la pubertad de acuerdo al Artículo 308° del Código Penal Boliviano, dice: "Si la violación es de un menor que no ha alcanzado la pubertad, el acto será penado con diez a veinte años de <u>prisión</u> ". 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 <u>prisión</u> .
Brasil	En Brasil, desde el año 2009, la edad de "consentimiento" para actos sexuales continua siendo de 14 años en adelante. Antes de esa edad, cualquier relación sexual es considerada estupro (seducción).
Chile	En <u>Chile</u> el consentimiento de una persona para tener relaciones sexuales es generalmente válido desde los 14 años (Art. 362° CP).
Colombia	La edad de consentimiento sexual en Colombia es a los 14 años , de acuerdo al artículo 208° y 209° de la ley 599 del 2000 (Código Penal Vigente). El consentimiento sexual será válido siempre y cuando no medie violencia, prostitución, ni pornografía. La pareja del adolescente, no podrá tomar fotografías ni realizar videos íntimos donde aparezca el menor de 18 años (Artículo 218° de la ley N° 599 del año 2000). Por seguridad lo recomendable es solo sostener relaciones sexuales con mayores de (quince) 15 años , y además que el adulto no sea mayor de 40 años. <i>Cuando existe una gran diferencia de edad entre el menor y el adulto, es muy probable que se tienda a creer que existió coerción o violencia (por ejemplo una joven de 16 años y un adulto de 50 años)</i> . La juventud, abarca el rango de edad entre los 14 años y los 28 años según el <i>Nuevo Estatuto de Ciudadanía Juvenil</i> . En referencia al hombre se considera que es joven hasta aproximadamente los 40 años; por tal razón un hombre adulto que no ha llegado a los 40 años puede sostener relaciones sexuales con mujeres jóvenes de 15, 16, 17 o más años, siempre y cuando exista consentimiento. En el caso de la mujer culturalmente se hace una celebración cuando esta cumple los 15 años, denominada fiesta de los quince años , <i>en la cual se simboliza el paso o conversión de niña a mujer</i> . En cuanto a los hombres jóvenes, se presentan casos en donde hombres adolescentes de 15, 16, 17 años sostienen romances con mujeres adultas que rondan entre los 25 y los 40 años. En los artículos 113° a 151° establece todas las disposiciones relativas al matrimonio. De acuerdo al artículo 116° los mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente. Los artículos 117° y 140° establecen que los adolescentes entre 14 y 18 años pueden contraer matrimonio con el permiso expreso de sus padres.

100 HUGO VIZCARDO, Silfredo J., "El Estado Actual De La Protección De La libertad Sexual e Indemnidad Sexuales en La Perspectiva de la Doctrina, La jurisprudencia y Los Acuerdos plenarios De La Corte Suprema", Gaceta Penal, T.38, Lima - Perú 2012. pp.26

Ecuador	La edad de consentimiento en Ecuador es de 14 años , tanto para los actos heterosexuales como homosexuales, según se define en el Código Penal Ecuatoriano, Artículo 512°, ítem 1, para el crimen de violación de menores y también según el artículo 506° para el crimen de <i>atentado contra el pudor</i> sin violencia o amenaza.
España	La edad de consentimiento en <u>España</u> es 13 años , según lo especifica el código penal español en sus artículos 181°,182° y 183°. Sin embargo, si se recurre al <u>engaño</u> para obtener el consentimiento de un menor de 16 años los padres pueden levantar cargos por <u>estupro</u> (engaño o seducción). El 17 de febrero de 2009 un grupo parlamentario anunció su intención de proponer la subida de la edad mínima para tener relaciones sexuales consentidas a los 14 años. El 29 de mayo de 2013, el Gobierno español en representación de la ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Ana Mato, ha propuesto a los grupos políticos elevar la edad de consentimiento sexual de los 13 años actuales hasta los 16 años. Posteriormente, el anteproyecto de reforma del Código Penal ha sido modificado por el Ministerio de Justicia para elevar la edad mínima de consentimiento para mantener relaciones sexuales con adultos desde los 13 años a los 15 años
Paraguay	La edad general de consentimiento es de 14 años para los actos <u>heterosexuales</u> y de 16 años para actos <u>homosexuales</u> . La edad de consentimiento para las relaciones <u>extramaritales</u> con adolescentes mujeres casadas es de 16 años. El artículo 135° del Código Penal paraguayo que cubre el abuso sexual de menores define niño, a efectos de este artículo, como cualquier persona menor de 14 años (<i>ver la cláusula octava</i>). Los actos sexuales en general con un niño menor de 14 años se castigan con hasta tres años en <u>prisión</u> o una <u>multa</u> (<i>cláusula primera</i>). Las mismas penas se aplicarán cuando los <u>actos sexuales</u> son realizados por el adulto frente a un menor de 14 años o están dirigidos a éste, o cuando se induce al niño a practicarlos (con otro niño) frente a un adulto o con una tercera persona. En caso de penetración sexual (<i>coito</i>), la pena se agrava entre dos y diez años en prisión (<i>cláusula cuarta</i>). Cuando el agresor es menor de 18 años, las <u>acusaciones</u> pueden retirarse (<i>cláusula sexta</i>). Los actos <u>homosexuales</u> entre un adulto y un menor de 16 años tienen un castigo adicional de hasta dos años en prisión o una multa, según se establece en el artículo 138°.

2.6.18 Fundamentos de estudios psicológicos para la identificación y establecimiento de la edad apropiada de los adolescentes para autodeterminarse sexualmente.

DESARROLLO PSÍQUICO

Adolescencia Temprana (de 12-14 años): La característica principal en esta etapa es el inicio del alejamiento de los objetos primarios de amor (madre-padre) y la búsqueda de nuevos objetos, se establecen nuevas relaciones. El interés se centra en la genitalidad, la adopción de

valores, reglas y leyes adquieren cierta independencia de la autoridad parental.

Adolescencia (de 16-18 años): Aquí, el hallazgo en la mayoría de los casos es un objeto heterosexual, y se abandonan las posiciones bisexuales y narcisistas, característica del desarrollo psicológico de la adolescencia. Ocurren 2 procesos afectivos, el duelo y el enamoramiento, el duelo tiene que ver con la aceptación del alejamiento de los objetos primarios ósea padre-madre, hasta la liberación, y en el proceso del enamoramiento, está el acercamiento a nuevos objetos de amor. La recurrente pregunta del adolescente de ¿Quién soy?, cambia al final de esta etapa por “Este soy yo”¹⁰¹.

La adolescencia es la etapa de la vida en la que suceden grandes cambios que son difíciles de manejar. Los cambios son tanto físicos como emocionales y sociales. El ser humano al entrar en la adolescencia, por lo general adolece de la formación adecuada y de las experiencias básicas que lo ayuden a sobre vivir en sociedad. Son estas necesidades las que hacen del proceso uno de grandes retos. Es el sistema educativo la agencia que está destinada a crear recursos didácticos que ayuden a los adolescentes a obtener las formaciones y experiencias necesarias y aprender de las mismas. Dentro de las escuelas debe existir un currículo que este dirigido a enseñar la importancia de conocerse a sí mismos y el auto control de las emociones personales y sociales. Es el currículo de Salud Escolar el

101 Quintanilla Ceja, José A., " *La Adolescencia...Peter Blos, Jean Piaget y Robert Havighurst*", Universidad Autónoma de Durango - Maestría en Psicología Clínica, Abril, 2012.

que está dirigido a fomentar dichos principios en los jóvenes que están prestos a pasar por la etapa de la adolescencia. Pero, ¿qué se debe considerar al momento de establecer dichos currículos? ¿Cuáles son las necesidades reales de los adolescentes? ¿Qué dicen los teóricos al respecto? ¿Qué visión tienen las escuelas al respecto? Es imprescindible encontrar respuestas a cada una de estas interrogantes¹⁰².

Perspectivas teóricas

Desde que el hombre tomó consciencia de las diferencias individuales ha insistido en estudiar el desarrollo de su vida a través de las experiencias que vive. Este estudio ha generado una gran diversidad de teorías del desarrollo que tratan de explicar de manera sencilla las etapas por las que pasa el ser humano a través de su vida. Los estudios comenzaron con observaciones simples de las conductas de las personas que rodeaban a los teóricos - en especial de niños - y sus actitudes con respecto al medio ambiente que los rodeaba. Estas observaciones eran realizadas en estudios longitudinales donde se detallaba cada expresión de los niños en situaciones cotidianas hasta que los mismos alcanzaban la mayoría de edad. Varios teóricos se dieron a la tarea de clasificar el comportamiento humano en diferentes etapas del desarrollo desde diferentes perspectivas de la vida. De este esfuerzo por categorizar el desarrollo se han establecido las teorías más conocidas hoy día, entre ellas se encuentran las siguientes perspectivas:

1. **Perspectiva psicoanalítica:** Basada en las teorías psicosexual y psicosocial. La **teoría psicosexual (Sigmund Freud)** se fundamenta

102 Extraído el 14 Junio, 2005, de <http://www.psicovision.com/lic%20deibem.htm>

en que la conducta está controlada por poderosos impulsos inconscientes y utiliza la observación clínica como técnica de estudio en donde se consideran las etapas y, donde el individuo es pasivo en su desarrollo mediante la modificación de factores innatos a través de las experiencias. La **teoría psicosocial (Erik Erikson)** se fundamenta en que la personalidad está influida por la sociedad y se desarrolla a través de una serie de crisis. Utiliza, también, la observación clínica como técnica de estudio considerando las etapas, pero ve al individuo como ente activo del proceso mediante la interacción de factores innatos y de las experiencias.

2. **Perspectiva de social: La teoría del aprendizaje social (Albert Bandura)** se fundamenta en que los niños aprenden en un contexto social al observar e imitar modelos y utiliza los experimentos científicos rigurosos como técnica de estudio. Tampoco toma en cuenta las etapas y ve al individuo como un ente pasivo y activo en el proceso mediante la modificación de las experiencias por factores innatos.
3. **Perspectiva cognoscitiva: La teoría cognoscitiva por etapas (Jean Piaget)** se fundamentan en que los cambios cualitativos del pensamiento ocurren entre la infancia y la adolescencia y utiliza las entrevistas flexibles y las observaciones meticulosas como técnicas de estudio tomando en cuenta las etapas. El individuo es activo en el proceso mediante la interacción y de la experiencia.
4. **Perspectiva moral:** Basada en las teorías del desarrollo moral, la teoría motivacional y la teoría del razonamiento moral. **La teoría**

del desarrollo moral (Lawrence Kohlberg) se fundamenta en que el ser humano se desarrolla a través de transformaciones físicas. Su énfasis se basa en la interacción y transición en las áreas socio-emocionales del individuo. El individuo es activo (Papalia, Wendkos Olds & Duskin Feldman, 2005). **La teoría del razonamiento moral (Eugenio M. de Hostos)** se basa en la intención de la formación del ser humano completo y la obtención de su libertad. Su énfasis es que la razón tiene que prevalecer sobre la voluntad. Ve al individuo como el ser con la capacidad de razonar y de relacionar, de idear y de pensar, de juzgar y conocer (Gutiérrez, 2004). **La teoría motivacional o de jerarquía de necesidades (Abraham Maslow)** se basa en que el desarrollo de la personalidad humana se realiza a partir de una necesidad o impulso supremo. Su énfasis es la necesidad de cubrir las necesidades básicas y biológicas del ser humano para alcanzar su plenitud. El individuo es visto como activo en la toma de decisiones para determinar cuáles son sus prioridades y cómo las cubrirá (Ardovin, Bustos & Jarpa, 1998)¹⁰³.

Se debe tomar en consideración que no son las únicas perspectivas del desarrollo humano existentes. Pero, son éstas las más conocidas a nivel mundial. Cada teoría tiene una visión particular sobre la adolescencia y el comportamiento de las personas que pasan por esta etapa de la vida. Es importante tener en claro estas visiones de la adolescencia para trabajar de manera efectiva con los mismos. Se debe tener en cuenta que no todos los adolescentes se desarrollan de la misma

103 Ardovin, Bustos & Jarpa. (1998). "*La jerarquía de necesidades según Maslow*", Extraído el 14 Junio, 2005, de http://www.geocities.com/linds_castillo/20101.html

manera ni están envueltos en las mismas experiencias y circunstancias de la vida.

Visión de la adolescencia en las perspectivas teóricas

Los teóricos han tomado su tiempo en considerar a la adolescencia en sus estudios. Los mismos han dedicado sus esfuerzos en determinar cuáles son las características más predominantes en esta etapa del desarrollo y cada uno de ellos tiene sus propios estatutos al respecto. Tomando en cuenta las perspectivas antes estudiadas, y considerando los exponentes ya mencionados, sus aportes al tema son:

Freud establece que durante la adolescencia ocurren cambios fisiológicos que realimentan la libido, energía que estimula la sexualidad. Se establecen las relaciones heterosexuales y exogámicas. Y es ésta la última etapa, antes de entrar a la edad adulta. Por su parte, Erikson, la categoriza como la etapa en que el adolescente se encuentra en el proceso de la búsqueda de la identidad vs la confusión de esa misma identidad. El adolescente debe determinar el propio sentido de sí mismo. Según, Erickson, los adolescentes se basan en juicios donde la fidelidad juega un gran papel.

Para Piaget, la adolescencia es la etapa de las operaciones formales. *Esta comienza a los doce años hasta la edad adulta.* La persona puede pensar en términos abstractos, enfrentar situaciones hipotéticas y cavilar en posibilidades. Es la etapa en que aprenden a ser independientes del medio ambiente que le rodea.

Por su parte, Maslow deja ver que es en esta etapa en que la persona sufre cambios físicos rápidos y profundos iniciándose la madurez reproductora. Los adolescentes pasan por un proceso difícil de la búsqueda y consolidación de la identidad. El grupo de iguales ayuda a desarrollar y probar el autocontrol. Es durante esta etapa en que el individuo desarrolla el pensamiento abstracto y el empleo del razonamiento científico. El egocentrismo se presenta en algunos comportamientos, pero en términos generales, las relaciones con los padres son buenas. Kohlberg divide la adolescencia en tres etapas distintas. La primera de ellas es la etapa Pre-Convencional. Esta etapa se caracteriza por el pro-adolescente donde las interpretaciones son en base a lo inculcado por su familia, generalmente manejado con el concepto de "bueno y malo" y reforzado con el "premio y castigo". Le sigue la etapa Convencional que se observa en el adolescente temprano y medio, quien todavía mantiene un respeto a las expectativas y reglas familiares, grupo, país, como expresión de acato al orden social. *Por último, la etapa Post-Convencional que se presenta al final de la adolescencia, cuando ya la persona tiene conceptos propios y toma decisiones independientes del grupo y de la familia* (Ardovin, Bustos & Jarpa, 1998).

Bandura, por su parte, establece que los adolescentes adquieren un sentido de utilidad encaminado a la consecución de unos fines. Las consecuencias del comportamiento se configuran como reguladoras del

comportamiento futuro. El adolescente toma referencia de conducta de los modelos observados en su medio ambiente (Wanadoo, 2005).

Por último, para Hostos en el adolescente funciona principalmente la inducción. Hostos piensa que la adolescencia es la edad de los más vivos placeres intelectuales. La razón actúa con todas las funciones hasta donde alcanza la fuerza de la función predominante (Santos y Vargas, 2001).

Son diversos los estatutos teóricos referentes a la adolescencia. Esto hace que las tendencias educativas sean difíciles de llevar a cabo debido a las diferentes implicaciones de las mismas en la escuela y, el rol del maestro y el estudiante. El currículo de la Salud Escolar no está exento de esta dificultad y sus implicaciones.

Relación entre las perspectivas teóricas

Para tener un mayor conocimiento en el uso de las teorías del desarrollo en el momento de la creación de currículos de enseñanza, y hacer de los mismos unos eficaces, es importante conocer las relaciones existentes entre cada una de las perspectivas señaladas. Para determinar estas relaciones se ha tomado en consideración los estatutos que cada una de ellas expone y si utilizan o no etapas como método de medición para establecer patrones de conductas. La siguiente tabla muestra de manera sencilla la información a considerar:

Teoría Exponente	Perspectiva de la adolescencia	Uso de las etapas
Teoría psicosexual de Freud	Cambios físicos que despiertan la sexualidad.	Sí (Oral, Anal, Fálica, Latente y Genital)
Teoría psicosocial de Erikson	Búsqueda del yo	Sí (8 etapas de confianza vs desconfianza)
Teoría aprendizaje social de Bandura	Imitación moral y búsqueda del yo.	No (Cree que el desarrollo depende del conocimiento mediante modelaje)
Teoría Cognoscitiva de Piaget	Conocimiento mediante operaciones formales.	Sí (Sensorio-motriz, pre-operacional, operación concreta y operación formal)
Teoría desarrollo moral de Kohlberg	Imitación moral y búsqueda del yo.	Sí (pre-convencional, convencional y pos-convencional)
Teoría razonamiento moral de Hostos	Uso de la razón mediante la inducción.	Sí (infantil, adolescencia, juvenil y adultez)
Teoría motivacional o de jerarquía de necesidades de Maslow	Cambios físicos, búsqueda del yo, despertar de la sexualidad, pensamiento abstracto y razonamiento.	No (Cree en el desarrollo de las potencialidades mediante el alcance de metas)

Aunque los cambios físicos son evidentes al pasar de los años son Freud y Maslow quienes los toman en consideración como muestra evidente de la etapa de la adolescencia. Estos cambios son cuantitativos y observables y son determinantes claros del proceso del desarrollo. Ambos piensan que con los cambios físicos se despierta la sexualidad del individuo y éste se concentra más en los deseos y emociones sexuales que en el medio ambiente que les rodea.

Sin embargo, para Erikson, Kohlberg y Maslow la adolescencia es la etapa del desarrollo en que *el individuo se busca a sí mismo y tiene la necesidad de conocerse en todas sus potencialidades*. Esta búsqueda de sí mismo lo llevará a aumentar su autoestima y poder competir con sus grupos de pares en un bienestar común. Ellos piensan que es la

etapa más difícil del desarrollo humano en donde se determinará el carácter social del individuo.

Bandura y Kohlberg coinciden en que es por la imitación de los valores morales que el individuo llega a conocerse. *Este proceso de imitación moral comienza en la etapa de la adolescencia y termina con la capacidad de poder tomar decisiones propias*, tomando en cuenta las reglas sociales, pero sin desviarse de las necesidades del individuo en particular.

Por otro lado son **Piaget, Maslow y Hostos**¹⁰⁴ los que concuerdan en que es a través del conocimiento y el uso de la razón que se llega a la consciencia plena. *Es en la adolescencia donde se demuestra las capacidades del pensamiento y la razón mediante la toma de decisiones certeras cónsonas con la realidad circundante*. El pensamiento y la razón son la base principal del ser humano. Es **Maslow** quien toma en consideración todas las fases del ser humano: *sexual, la cognitiva, la física la moral y la social* con el único propósito de que él mismo alcance su autorrealización. Maslow ve al individuo como un todo que se mueve en sociedad y que debe cubrir sus necesidades básicas para alcanzar sus metas en la vida. El individuo es capaz de alcanzar todo lo que se propone cuando se conoce en todas sus dimensiones.

Bandura y Maslow no consideran importante dividir al ser humano en etapas de desarrollo ya que piensan que el individuo se crea a sí mismo mediante la experiencia. Las demás perspectivas toman en consideración las etapas para enfatizar sus estatutos y los limitan a

104Santos y Vargas. (2001). *Hostos*. Puerto Rico: Instituto Hostosiano U.P.R. Extraído el 15 Junio, 2005, de <http://www.rrp.upr.edu/iehostos/cienciapedagogiaprologo1.htm>

ciertas edades. Todas ven al individuo como un ente activo en su propio desarrollo como individuo.

El cerebro adolescente; los estudios de imagen cerebral desde los 5 hasta los 20 años revelan un adelgazamiento progresivo de la sustancia gris que progresa desde las regiones posteriores del cerebro hacia la región frontal, estas regiones que maduran más tardíamente están asociadas con funciones de alto nivel, como la planificación, el razonamiento y el control de impulsos¹⁰⁵.

Muchos de los problemas relacionados con determinadas conductas de riesgo en la adolescencia podrían estar en relación con esta tardía maduración de determinadas funciones cerebrales. Sin embargo, el adolescente de 12 a 14 años generalmente ha sustituido el pensamiento concreto por una mayor capacidad de abstracción que lo va capacitando cognitiva, ética y conductualmente para saber distinguir con claridad los riesgos que puede correr al tomar algunas decisiones arriesgadas, otra cuestión es que el deseo y la posibilidad de experimentar supere a la prudencia¹⁰⁶.

DESARROLLO FÍSICO

La pubertad es un periodo bisagra que queda solapado entre la infancia y la juventud. Su inicio ocurre entre los **11 y 13 años**, tanto para las niñas como para los niños. En términos biológicos, la pubertad

105 REYNA VF y FARLEY F., “El cerebro adolescente - Mente y Cerebro”, 2007. pp 56 a 63

106 IGLESIAS DIZ J.L. Doctor en Medicina – Pediatra - Acreditado en Medicina de la Adolescencia. Ex Facultativo Especialista de Área de Pediatría del CHUS (Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela), Ex Profesor Asociado de Pediatría - USC (Universidad de Santiago de Compostela), “Desarrollo del adolescente: aspectos físicos, psicológicos y sociales”, 2013. pp. 88 a 93

se refiere a la fase en la que los niños y niñas presentan su *desarrollo sexual*. Después *llegan los cambios mentales y psicológicos*, necesarios para afrontar la vida adulta. Conviene distinguir al adolescente de los adultos y de los niños. No son 'niños grandes', ni 'adultos inmaduros'. Son adolescentes que requieren de especial atención, debido a que empiezan una etapa de grandes expectativas en la que adquieren su propia identidad. Si el inicio de la pubertad comienza antes de los 8 años, se considera prematuro. Si no llega hasta los 14 años, se califica como tardío. En ambos casos conviene consultar con el médico.

Ahora bien en cuanto a la evolución física en las niñas, al igual que en los niños, incluye la aparición de vello púbico y axilar, y cambios de coloración en la zona genital. Las glándulas que producen el sudor están más activas, lo que supone mayor sudoración. Llega el crecimiento de los senos y algunas veces es más prominente el de una mama que el de la otra. Esto no debe ser signo de preocupación porque, con el tiempo, el tamaño se iguala en ambos senos. El pubis se ensancha y las manos se alargan. Cerca de un año después de iniciado el crecimiento de los senos, se experimenta un aumento de estatura, antes de aparecer la menarquía o primera menstruación, que convierte a la mujer en fértil a todos los efectos. Durante las primeras reglas es normal que los ciclos menstruales sean irregulares. Así, pueden comprender entre 24 a 34 días, presentar una duración entre 3 y 7 días, y no aparecer todos los meses. El dolor menstrual o dismenorrea es poco común con la primera menstruación, pero suele aparecer durante la adolescencia. Después de la primera regla, la niña sigue creciendo tanto en talla como en el tamaño de sus senos, y el vello púbico se hace más aparente y

grueso. También hay cambios en la voz, aunque no de manera tan notable como en los niños. Todo el período de crecimiento dura entre 4 y 5 años. *A su término, el cuerpo está completamente desarrollado.*

La **Dra. Rosa Carrera Palao** – Ex Jefa del Instituto Peruano de Medicina Legal de Lima, señala que: *que es en la “pubertad, la etapa en la que desarrollan los caracteres sexuales y alcanzan la madurez propia del adulto, ocurre la primera menstruación llamada menarquia entre los 11 y 15 años. Pudiendo ocurrir variaciones dependientes de factores como clima, raza, nutrición, salud; (...)”¹⁰⁷. Esto con respecto a la capacidad o condición material física o fisiológica.*

Asimismo, otros autores consideran que la pubertad se refiere al *proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo de un niño se convierte en adulto, capaz de la reproducción.* El crecimiento se acelera en la primera mitad de la pubertad, y alcanza su desarrollo al final. Las diferencias corporales entre niños y niñas antes de la pubertad son casi únicamente sus genitales. Durante la pubertad se notan diferencias más grandes en cuanto a tamaño, forma, composición y desarrollo funcional en muchas estructuras y sistemas del cuerpo.

Y respecto a la capacidad o condición psíquica para autodeterminarse sexualmente, la **Psiquiatra Louann Brizendine** (fundadora de la Clínica de los Estados del Ánimo y hormonas de las Mujeres en San Francisco - EE.UU) refiere que: “EL CEREBRO DE LAS ADOLESCENTES; en la **pubertad**, el pensamiento y comportamiento de las chicas cambia según los fluctuantes niveles

107 CARRERA PALAO, Rosa, “Medicina Legal”, ED. A.F.A. – Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-15225, Lima – Perú, 2009. p. 260

cerebrales de estrógeno (una de las hormonas de la sensación de bienestar), progesterona (el Valium del cerebro), y cortisol (la hormona del estrés). Otras importantes hormonas producidas son, **la oxitocina** (que nos hace crear vínculos, **amar y conectar con los otros**) y dopamina (que estimula los centros de placer del cerebro). (...) Fisiológicamente está alcanzando la edad óptima para tener hijos, (...) y en términos evolutivos (...) si tiene un hijo pequeño con ella, no puede atacar y correr como puede hacerlo un hombre”, Asimismo los chicos obtienen autoestima a través de la independencia respecto de otros¹⁰⁸. Es decir, los adolescentes de esta edad en específico cumplen con las condiciones materiales suficientes para que el legislador les reconozca capacidad legal para autodeterminarse sexualmente (el comentario es nuestro)].

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (México) que tiene como responsables del mismo a Lic. Beatriz RIVERA DE TARRAB y Dr. Ricardo GUERRERO MORALES, refieren que: a la pubertad sigue inmediatamente la adolescencia, un periodo en el cual el ser humano adquiere sus funciones como miembro activo de la sociedad. La adolescencia es un testimonio de la cultura, la pubertad un fenómeno biológico por lo que aparece en el ser humano, la facultad de procreación. El fenómeno de la pubertad es una época de transformaciones, ante todo físicas relativas al sistema reproductor y al organismo en su conjunto. (...). Biológicamente el cuerpo da la capacidad para tener un hijo a edades, cada vez más tempranas, el inicio

108 BUTLER BOWDON, Tom, “50 Clásicos de la Psicología”, ED. Sirio S.A., Barcelona – España, 2007. pp. 82 a 83

de la pubertad se ha venido adelantando en las últimas décadas. La chica normal de esta época comienza su desarrollo físico y tiene la menstruación mucho más joven que su madre y su abuela, el muchacho llega a su virilidad antes que su padre y abuelo.

A través de una serie de estudios comparativos, se ha dado un progresivo adelanto del promedio de aparición de la pubertad. Desde 1895 la edad promedio ha disminuido entre nosotros más de tres años, hoy una muchacha puede menstruar, como promedio seis o doce meses antes de cuando lo hizo su madre. Esta evolución se cree es el resultado del mejoramiento de las condiciones de vida¹⁰⁹.

Gracias a **Tanner** tenemos hoy un método objetivo para evaluar el estado de desarrollo de su maduración sexual.

Estos estadios son los siguientes¹¹⁰: Varones. Tamaño testicular y pene:

- Estadio genital (G1). Teste de <4 ml, pene infantil.
- (G2). Testes de 4-6 ml, escroto enrojecido, pene sin cambios.
- (G3). Testes de 6-12 ml, escroto gran aumento, pene aumento de longitud.
- (G4). Testes 12-20 ml, escroto más aumentado y tono más oscuro.
- (G5). Testes >20 ml, escroto y pene adultos.

Mujeres. Estadio mamario:

- (M1). Mama prepuberal; no hay tejido glandular.
- (M2). Botón mamario, pequeña cantidad de tejido glandular.

109 Lic. Beatriz RIVERA DE TARRAB y Dr. Ricardo GUERRERO MORALES, "Desarrollo integral del Adolescente", Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (México), Censo 1990. p. 6

110 TANNER JM. "Growth at Adolescence", 2nd.ed. Charles C. Thomas, Springfield; 1962.

- (M3). Mama más saliente se extiende por debajo de la areola.
- (M4). Mama mayor y más elevada.

Areola y pezón se proyectan sobre el contorno de la mama.

- (M5). Mama adulta (tamaño variable).

Areola y mama en el mismo plano; pezón sobresale.

Hombres y mujeres:

- Vello púbico (VP1), no existe.
- (VP2). Pequeña cantidad de vello fino y largo, levemente pigmentado en base de escroto y pene (varones) y labios mayores (mujeres).
- (VP3). Vello más espeso y grueso y más rizado.
- (VP4). Vello rizado parecido al adulto sin extenderse a cara interna de los muslos.
- (VP5). Tipo adulto, extendiéndose a cara interna de los muslos.

En el varón el comienzo del desarrollo sexual es entre los 9,5 y 13,5 años (media: 11,6 años). El aumento del tamaño de los testes es el primer signo físico de su comienzo en el 98%.

La eyaculación ocurre en general en el estadio IMS 3. El tiempo promedio para completar la pubertad es de 3 años. En las chicas el botón mamario es el primer signo de comienzo puberal y puede acontecer entre los 9 y 13 años (media de 11,2 años). La menarquía ocurre en el estadio IMS 3 o 4 y está relacionada con la edad de la menarquía de la madre y las condiciones socioeconómicas. La edad de la menarquía tiende a descender en todos los países cuando las condiciones socioeconómicas son buenas. Influyen escasamente el clima y la raza. La media de edad de la menarquía está alrededor de los 12,4 años (3,6). También hay cambios a nivel de ovario y tamaño del útero.

Asimismo, debemos precisar que Beatriz RIVERA DE TARRAB y Ricardo GUERRERO MORALES refieren (*de presentarse en el presente caso de que los adolescentes procreen - agregado nuestro*), que el embarazo adolescente es considerado de “alto riesgo”, por la conjunción de factores de vulnerabilidad, de los que se sabe pueden disminuir las oportunidades de un buen desarrollo del nacimiento. Estos factores son: la temprana edad materna, el hecho de tratarse, generalmente, del primer embarazo y del ambiente social poco favorecido. *Sin embargo hay que añadir que el elemento esencial del problema, es que, la gravedad frecuentemente observada en los embarazos juveniles se debe a la mala calidad, casi constantemente, de la vigilancia médica prenatal*¹¹¹.

Finalmente, a modo de conclusión establecer lo que bien refiere María Raguz: *La educación en sexualidad, siempre que se dé con un enfoque integral, adecuado- retarda el inicio sexual y, en adolescentes sexualmente activos, lleva a mayor protección o a abstinencia*¹¹².

2.7 El libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes desde el plano constitucional

2.7.1 El derecho al libre desarrollo

Dicha materia en lo específico se encuentra prevista en el inciso 1 del artículo 2° de la constitución vigente. En nuestro país su regulación constitucional se inicia con el texto de 1979, bajo la denominación de derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. De manera

111 Lic. RIVERA DE TARRAB Beatriz y Dr. GUERRERO MORALES Ricardo, “Desarrollo integral del Adolescente”, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (México), Censo 1990. p. 17

112 RAGUZ María, “Salud sexual y reproductiva y el desarrollo de las mujeres: el rol de los hombres”, Revista de Psicología de la PUCP. Vol. XVlll, 1, 2000. p.114

concordante y con sujeción a lo establecido en la Cuarta Disposición final y Transitoria de la Constitución, el derecho objeto de comentario se encuentra implícitamente contemplado en el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En puridad, este derecho significa el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio. Ello a efectos de "coronar" su realización integral como ser humano.

Mediante este derecho se busca asegurar la realización integral del plan de vida libremente escogido, y en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad.

El Tribunal Constitucional en el caso José Álvarez Rojas (Expediente N° 02868-2004-AA/TC) ha señalado que dicho derecho garantiza una autodeterminación general de actuación del ser humano, en relación con cada esfera del desarrollo de la personalidad. Es decir, resguarda aquellos "espacios" de la actividad humana que están sujetos a la decisión y voluntad de un ser auténtico y digno. Estos "espacios" si bien no han recibido jurídicamente un reconocimiento especial, ello no es óbice para que al amparo de la constitución sean observados como consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona. ***Por ende, se trata de espacios de autodeterminación sustraídos a cualquier intervención estatal***¹¹³.

113 GARCÍA TOMA, Víctor, "Derechos Fundamentales", 2da. ED., Editorial Adrus, Lima-Perú, 2013. pp. 162 a 163

Los espacios de libertades excluidas de la intervención penal estatal, necesarias para el pleno desarrollo de nuestra personalidad, comprende (...) a los derechos sexuales de hombres y mujeres en edad núbil, como: el derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear, derecho a la libre elección de prácticas sexuales (con quién, cómo y cuándo), derecho a la libre expresión de la orientación sexual, derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros. En consecuencia, bajo la misma ideología de la defensa de la persona humana y del respeto a su dignidad reconocida en el artículo 1° de la Constitución Política (...), resulta congruente interpretar como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del grupo humano compuesto por los y las adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, la libertad de tener relaciones sexuales con quienes elijan, sea ésta una persona menor (14 años) o mayor de edad (de 18 años a más), por corresponder eminentemente al ámbito privado e íntimo de disposición de su propio cuerpo para la práctica sexual, en tanto tal decisión constituya un acto plenamente libre y espontáneo¹¹⁴.

2.7.2 Acuerdo plenario: 7-2007 y 4-2008/ CJ – 116.

FUNDAMENTOS

SEIS: (El sub tipo legal agravado del art.173.3), del Código Penal)

El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como

114 Hugo Vizcardo, Silfredo J., [TESIS]: “Estado actual de la política criminal peruana aplicada a la protección de la indemnidad sexual, en relación al específico caso de relaciones sexuales o análogas consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima – Perú, 2011, pp.262 a 263

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.

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 tienes capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

SIETE: 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 la 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.

NUEVE: 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..."¹¹⁵

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual al 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

115“*Estudio de la Constitución Política* de 1993, T.5, Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Ed., Lima-Perú, 1999, p. 112

con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. 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 el delito de violación de la libertad sexual, (...) y otro 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.

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.

2.7.3 Acuerdo plenario N° 1-2011/CJ-116°.

FUNDAMENTOS:

Irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual

18°. 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. De ahí

que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA “...para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente” (...). Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima. 19°. Respecto a la primera -la amenaza- “...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido...”. Esto es, “...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá” (...). Así también, CARO CORIA ha significado que “...para la tipicidad del art. 170° del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia” (...). En cuanto a la segunda -circunstancia contextual, “...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la

voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia”.

20°. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215° del Código Civil precisa que *“hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros”*. El artículo 216° del citado Código agrega que *“para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”*.

21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídica penal. El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un

contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual. De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

2.7.4 Acuerdo plenario N° 1-2012/CJ-116°

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 emitida 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.

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.

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 Jihuallanca 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.

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.

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°.10 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 N° 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 certa 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, aun 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 VÍCTOR 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 jurídicos, 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. 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 SICCHA: 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 GÁLVEZ 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 [IVÁN NOGUERA RAMOS: Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual, Editora Jurídica Grijley, 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 170 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 GÁLVEZ 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 etéreos 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, 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 doblegar la voluntad de la víctima [ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO:

Derecho Penal Parte Especial, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215]. (...).

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.

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. (...).

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.

**2.7.5 Análisis de la sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012-PI-
/TC que declaro inconstitucional el artículo 173° inciso 3 del Código
Penal**

Conforme a los dictados político-criminales de un Estado Constitucional de derecho, la potestad definitoria de la conducta prohibida la asume de forma monopólica el legislador¹¹⁶, quien determina que comportamientos son constitutivos de un injusto penal. Dicha facultad reside en el concepto de soberanía estatal propio de un orden democrático y en la idea de separación de poderes, y supone la garantía de que el dictado de las conductas penalmente prohibidas es producto de una discusión razonada entre quienes representan a los diversos sectores de la sociedad. Al órgano jurisdiccional le está proscrito crear conductas punibles a través de su labor interpretativa, lo que constituye una garantía esencial que sustenta la seguridad jurídica en el marco de la impartición de justicia en lo penal.

Sin embargo, si analizamos esta garantía política, observaremos que nuestros parlamentarios no en pocas ocasiones han abdicado en dicha función legislativa (criminal), otorgándole la posta al poder ejecutivo en cuanto a la sanción de la normativa penal, lo que acontece con especial intensidad desde el año 2007 en nuestro país.

Ahora bien, a lo anotado se suma una garantía material de primer orden según los postulados de un derecho penal democrático. Nos referimos a los presupuestos que el legislador debe valorar para decidir cuando criminalizar una conducta o, en su defecto, cuando

116 BERNAL PULIDO, Carlos, *"El Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. p.115

descriminalizarla. Pues dicha actuación - política y jurídica a la vez- no puede tomar lugar de forma libérrima, ya que existen ciertos límites que los parlamentarios deben respetar; si no fuera así, el Derecho Penal se convertiría en un mero "decisionismo" o en la manifestación de un resorte punitivo desprovisto de toda censura y juicio de apreciación.

Esto es algo que debemos acusar al legislador nacional, quien suele proyectar la política penal sin cotejar las decisiones legislativas con un mínimo de racionalidad y de coherencia sistemática, olvidando que el texto punitivo, como todo cuerpo codificado, debe preservar ciertas características propias de un complejo sistemático y coherente, de cara a desplegar sus fines en la comunidad.

La inadecuada técnica legislativa, que caracteriza últimamente las reformas penales en el Perú, ha podido ser contenida de cierta forma con la interpretación teleológica y axiológica que realiza el órgano jurisdiccional según los poderes que le confiere la ley y la constitución, dejando de lado un apego positivista en la interpretación normativa, incompatible con los dictados de un estado constitucional de derecho.

El TC ha señalado al respecto:

"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" ¹¹⁷.

"El control jurisdiccional de la estricta observancia del respeto a dichos límites se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 201 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 pueda contener (...)" (STC Exp. N° 00008-2012-PI/TC, fundamentos jurídicos 56 y 57).

En un orden democrático de derecho, las decisiones legislativas en materia penal no pueden estar sustraídas del control de su legitimidad y de su necesaria racionalidad. si bien el legislador es libre de definir el espacio de juego de la política criminal, basado en conceptos empíricos y normativos, no es menos cierto que dicha proyección legislativa debe equilibrarse conforme los principios limitadores del *ius puniendi* estatal dictados desde un Estado Constitucional de derecho, lo que implica la proscripción de disposiciones penales que no correspondan con aquellos.

117 BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit., p.1222

Los límites en materia penal no pueden dirigirse exclusivamente a delimitar como los jueces deben interpretar y aplicar las leyes, o a la forma en que los funcionarios deben ejecutar las penas; también el parlamento, cuando ejerce su función más específica de crear normas y, en particular, cuando estas son punitivas, debe estar sometido a estricto control¹¹⁸.

Dicho lo anterior, desde ya hace muchos lustros se concilio en la doctrina especializada que el fin esencial y elemental del derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, aquellos intereses jurídicos que resultan vitales para la autorrealización del ser humano y para su participación en concretas actividades socioeconómico-culturales, concatenado ello con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal como lo son los de subsidiariedad, fragmentariedad y de ultima ratio, considerando que el derecho penal constituye el medio de control social (formal) de mayor injerencia sobre las libertades fundamentales de los individuos. En la doctrina se apunta que, dentro del ordenamiento jurídico como medio de control social, el derecho penal es solo uno de los instrumentos de control social, y esta necesaria concordancia debe ser tenida en cuenta para organizar y evaluar la eficacia del sistema penal, así como para medir la eficacia de sus reformas¹¹⁹. El principio de ofensividad del bien jurídico repercute en dos ámbitos conforme señala la doctrina especializada. En el plano legislativo, el principio de ofensividad, con rango constitucional, deberá vedar al legislador la

118 FERRE OLIVE, Juan C., "*Derecho Penal Colombiano - Parte General*", Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2010, p.73

119 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, "*Lecciones y Materiales para El Estudio del Derecho Penal*", Tomo I, Editorial Iustel, Madrid - España, p.16

configuración de tipos penales que en abstracto sean hechos inofensivos a los intereses o valores sociales preexistentes a la norma y, en el campo jurisdiccional, es decir, el de la aplicación, la actuación integral del principio de ofensividad implica para el juez el deber de excluir la existencia de un delito donde el hecho - aunque aparezca como conforme a un tipo legal- sea inofensivo con respecto al bien jurídico específicamente protegido por la norma incriminante¹²⁰.

La teoría del bien jurídico ha sufrido profundas transformaciones fenoménicas y teórico-conceptuales en un sistema social de permanente cambio y dinamicidad, y conforme a las nuevas relaciones jurídicas que van asumiendo el Estado, el individuo y la sociedad. Pero, de seguro, una de sus más importantes conquistas es la de fijar criterios materiales de tutela punitiva en orden a proteger bienes jurídicos que en realidad lo merecen, atentos a que el derecho Penal es el brazo más opresor del ordenamiento jurídico, que supone la injerencia en el contenido esencial de las libertades fundamentales individuales. De ahí, que no puede darse una ruptura entre la política criminal y este principio rector del derecho Penal, el cual debe ser concebido desde una plataforma democrática, es decir, debe despojarse a la normativa penal de concepciones pura y estrictamente moralistas o éticas (religiosas). Esto sucede cuando es la repulsa de ciertos sectores de la sociedad de un comportamiento la que promueve la tipificación de delitos, y aparece un legislador proclive a acoger estas demandas penalizadoras no para adecuar el derecho penal a la sociología criminal, sino para atraer y

120 TOZZINI, Carlos, "Garantías Constitucionales en el Derecho Penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 2005. p.80

conciar el clientelismo político que le ha de asegurar una curul en futuras elecciones.

La separación indispensable entre el derecho y la moral nos lleva irremediabilmente a la conclusión de que el derecho penal no está encaminado a tutelar los valores morales de un pueblo. Estos no pueden de ningún modo constituir el fundamento de punición en un orden democrático de derecho, tomando en cuenta su carácter fragmentario y subsidiario. La equiparación de la tutela de la sociedad y la tutela de un orden ético determinado debe ser excluida desde un primer momento, pues responde a momentos históricos ya superados. Esta especial protección al contenido de un orden moral, aunque sea el socialmente mayoritario, debe de valorarse de forma negativa puesto que responde a modelos de Estado confesionales y, por lo tanto, contradice principios como el pluralismo que inspiran y son consustanciales a un Estado laico, como el Estado democrático de derecho¹²¹. En palabras de Roxin, nuestro actual modelo de Estado y el hecho de que el origen del poder se situé en el pueblo, explican con claridad la separación entre Derecho y moral. El Derecho, en general, y el Derecho Penal, en particular, tienen como meta llegar a alcanzar un modelo igualitario, es decir, el Derecho Penal ha de afrontar como misión posibilitar la vida de la comunidad, teniendo solo en cuenta la dañosidad social de las conductas que se quieren evitar y, de este modo, asegurar el funcionamiento y el desarrollo social. El hecho de que al materializar tal función coincida con el planteamiento que corresponde a un orden ético ha de ser interpretado como coincidencia, no como fundamento.

121 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, Ob.Cit., p.22

Sin embargo, para el legislador a veces no importa si la formula normativa resulta idónea para resolver cierta problemática, lo único que le interesa es generar un estado socio-cognitivo de seguridad ciudadana, que es en esencia subjetivo, pues en los hechos el problema sigue igual o tal vez mas agudizado. No podemos emplear el derecho penal para cualquier fin, como, por ejemplo, complacer a sectores conservadores de la sociedad (por ejemplo, penalizando la homosexualidad o el lesbianismo); ello sería un despropósito inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho, donde ha de imperar la tolerancia y la igualdad entre los ciudadanos.

Las conductas prohibidas no pueden construirse a través de posiciones sectoriales, en cuanto a la ideología o el dogma acuñados por cierto sector representativo de la sociedad, en la medida que su evidente relatividad estimativa no se corresponde con la legitimidad que ha de guiar la política criminal, pues la penalización de una conducta debe obedecer a un reproche generalizado, es decir, todos los peruanos hemos de conciliar en su reprobación, no solo en un sentir ético, sino sobre todo "sociológico", por su nivel de perturbación en las relaciones entre los miembros de la comunidad.

Como bien se dice en la doctrina especializada: "el control penal encuentra su última racionalidad en los objetivos de un poder político concreto y se dice que la cuestión penal es un problema eminentemente político, por lo que el Derecho Penal no puede ser utilizado como

instrumento de poder en manos del grupo político dominante, ni servir para la imposición coactiva de determinadas ideas políticas o morales¹²².

Como siempre hemos sostenido: toda conducta delictiva merece un reproche ético-social, pero no toda conducta humana que denota una reprobación ético-social necesita ser alcanzada con una pena. Llevada dicha fundamentación al caso que nos ocupa, la penalización de las relaciones sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho en definitiva no cumple con un mínimo estándar de "materialidad sustantiva", en el sentido de que no se cumple con el principio de "lesividad"-*nullum crimen sine iniuria*-; si hemos apuntado que toda pena requiere la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado, nos queda claro que dicho interés jurídico ha de ser elaborado sobre la base de criterios generalizados de reprobación social y no sobre el sentir de un determinado sector de la sociedad, como sucedió en este sector de la criminalidad, pues fueron grupos conservadores, que dirigen el discurso de una reforzada tutela jurídica de la niñez y de la adolescencia, así como la iglesia católica, los que influenciaron en el legislador para penalizar la referida conducta sobre la base de valoraciones moralistas y éticas completamente divorciadas de la realidad social, teniendo en cuenta que en nuestro país el inicio de la vida sexual comienza entre los trece y los quince años de edad, conforme el mismo tribunal constitucional lo ha documentado en la sentencia bajo comentario. Entonces bajo la sesgada u reductiva visión de proteger a la adolescencia mediante esta absurda e irracional punición, se empleó el derecho penal para fines que no le son legítimos. Si estos grupos

122 *Ibíd.*, p.38

conservadores quieren que los adolescentes no tengan relaciones sexuales en dicha edad cronológica deben acudir a otros medios de control social, las instituciones tutelares del Estado y la sociedad.

A nuestro parecer, el Derecho Penal solo puede servir para el mantenimiento de la paz social y para cautelar la intangibilidad de los intereses jurídicos más preciados tanto para el individuo como para la sociedad, sancionando aquellos ataques intolerables e insoportables que perturban el normal desarrollo de la vida en sociedad, y no para aplacar demandas de ciertos sectores del sistema social, desprovistas de fundamento material legítimo en cuanto a los criterios de necesidad y merecimiento de pena. Por consiguiente, en el propósito de alejar a los adolescentes del sexo temprano el derecho penal no tiene misión alguna, y esto lo ha demostrado la praxis jurisprudencial, donde la penalización de esta conducta reportaba consecuencias nefastas, no solo para el supuesto agente sino también para su pareja (que para la norma jurídico penal era la víctima) arrastrando inclusive a la prole, que no se explicaban porque su padre o su madre debían ir a prisión por haber constituido una familia con base en el sentimiento más profundo del ser humano, el amor.

El Derecho Penal, de este modo, se constituía en una amarga resolución normativa, desencadenante de las más infortunadas consecuencias jurídicas. Felizmente, algunos órganos jurisdiccionales se fueron apartando del apego literal de la ley para realizar una valoración iusconstitucional y hacer prevalecer los principios basilares de un derecho penal constitucional sostenido en criterios de razonabilidad, efectuando el control difuso de la constitucionalidad normativa, que luego dio paso

a la emisión de precedentes vinculantes por parte de la corte suprema, conforme lo dispone el artículo 301°-A del C de PP.

Conforme a ello toma lugar un criterio interpretativo no basado en lo más favorable al imputado, sino en criterios legitimantes del Derecho Penal, que en algunos casos podría resultar desfavorable a aquel, siempre que no importe una interpretación analógica in *malam parten*; es decir, la interpretación en derecho penal debe orientarse a su norte finalista que es la protección de bienes jurídicos, no de intereses metajurídicos como la moralidad sexual.

En efecto sino apegamos a aplicar las normas jurídico-penales según su formalidad literal, el juzgador se convertirá justamente en lo que ya no se desea de la judicatura, en la boca que pronuncia la palabra de la ley o del legislador. Por el contrario, una interpretación normativa en verdadero sentido material importa someter dicha labor de hermenéutica a criterios legitimantes del derecho penal democrático, entre estos el principio de lesividad, y si este informa que no concurre dicha ofensividad en una conducta, simplemente no se puede aplicar la norma incriminante, decisión que se basa en la preeminencia de la constitucionalidad normativa.

Como anota Tozzini, la ofensividad o lesividad efectiva se coloca constantemente junto con la adecuación del tipo penal, contribuyendo con esta última a componer el principio de legalidad, del cual la ofensividad es un elemento indispensable, por lo que integra el propio tipo delictivo¹²³.

123 TOZZINI, Carlos, Ob. Cit. p.81

En resumidas cuentas, no puede haber tipo del injusto si es que previamente no se identifica que la conducta incriminada lesiona o pone en peligro un interés jurídico, digno y merecedor de tutela punitiva, como conquista de un derecho penal liberal de plena vigencia en los tiempos de la sociedad actual.

2.7.6 Análisis de la sentencia desde un punto de vista material de los tipos penales

No puede concebirse en la actualidad una política criminal que se proyecte al margen de los dictados ordenados de nuestro texto *iusfundamental*, pues es desde el pórtico de valores de este, que el derecho penal construye su estructura basilar, esto es, sobre principios recogidos de forma enunciativa (textual) o que tienen reconocimiento derivado a partir del encumbramiento de la dignidad humana como valor principal del ser humano. Esos mismos valores vinculan al legislador penal, que no puede sino adaptarse al programa penal constitucional, es decir, al conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador debe tomar sus decisiones y el juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos. Existe; y siempre ha sido así, una estrecha relación entre la constitución y el derecho penal. El derecho Constitucional y el Derecho Penal han nacido y evolucionado juntos. En efecto, las ideas políticas de la ilustración marcaron el ritmo de las ideas penales y constitucionales al poner empeño en fijar los límites del poder del Estado.

Por lo tanto, Derecho Penal y Constitución constituyen dos parcelas del ordenamiento jurídico íntimamente vinculadas, tanto en lo

que respecta a los límites del *iuspuniendi* estatal como en la configuración del programa de política criminal. Por ende, quienes abogan férreamente por más violencia punitiva han de elaborar sus conceptos al margen del listado de valores contenidos en el texto iusfundamental.

El TC, en la sentencia en examen indica: "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. En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: e) el principio de legalidad penal (...) en ese sentido, *prima facie*, la jurisdicción 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" (STC N° 00008-2012-PI/TC, fundamento jurídico 65). Por lo demás, debe subrayarse la idea que para los operadores jurídicos, no para todos, claro está, resulta complicado establecer penas muy graves cuando las relaciones sexuales tienen como protagonista a una persona

de trece años de edad, es decir, a puertas de alcanzar la edad cronológica que se necesita para obtener la libertad sexual, por lo que, al menos, se debe proceder a una atenuación significativa de la pena, siempre que no exista una notable brecha cronológica con el sujeto activo, y que no se advierta el prevalimiento en este último de una especial posición que le otorga ventaja frente aquella.

La libertad sexual se afianza en los derechos humanos de toda persona, cuyo reconocimiento no está supeditado al alcance de la mayoría de edad, como algunos podrían postular, sino al desarrollo de la personalidad así como de su estructura biológica, que poco a poco van recibiendo ciertas manifestaciones orgánicas, propias de todo individuo que requiere relacionarse con los demás.

Así lo entendió claramente el legislador, mejor dicho la Comisión Revisora del C.P. de 1991, cuando fijó la zona de delimitación entre "libertad" y la "intangibilidad" sexual en los catorce años de edad. Por lo tanto, no comprendemos porque en dicho momento histórico los aludidos sectores conservadores de la sociedad peruana no dijeron nada y esperaron quince años, para reclamar una reforma punitiva, cuando la realidad social iba en un sentido opuesto, pues el inicio de la vida sexual toma lugar en forma más temprana. Por tales motivos, recalamos la urgente conciliación entre el derecho Penal y la criminología, entre la norma y la sociedad, lo cual podrá redundar en la verdadera construcción de una sociedad de inclusión y no de exclusión.

Sobre el particular, el TC indica: "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. 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 o 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.

En general la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia el 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 quien, como y en qué momento se puede realizar el acto sexual" (STC N° 00008-2012-PI/TC, fundamentos jurídicos 19-21). Dicho lo anterior, cuando en el marco de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema - sobre todo el del año 2012- se dispone que las relaciones sexuales realizadas mediante el ejercicio de violencia o amenaza con una víctima mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad deben de reconducirse al tipo penal contenido en el artículo 170° del CP, se brinda una solución acertada en la medida que permite adecuar el supuesto

factico a los alcances normativos del tipo penal que en realidad le corresponde, pues no se puede decir que en dichos casos se vulnera la intangibilidad sexual, sino la libertad sexual, atendiendo a un criterio de sistematización normativa y al principio de lesividad; máxime, cuando en el ámbito de los delitos contrarios al pudor, el legislador, con la dación de la ley N° 28704, mantuvo sus tipificaciones penales inconvencionales, indicando que los tocamientos en las partes orgánicas sexuales de una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad, bajo su consentimiento y sin mediar violencia o amenaza, no eran objeto de penalización.

De ahí que no conciliamos con el TC cuando señala: "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 sede 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 de la formulación de la política criminal del estrado 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 valido del tribunal 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" (STC N°00008-2012-PI/TC, fundamento jurídico 76).

No confundamos una cosa con la otra, una es la emisión de las normas jurídico-penales, que es exclusiva competencia del legislador, y otra la interpretación normativa, que en la práctica se convierte en un correctivo de la aplicación de la legislación penal- acorde con los criterios legitimantes del derecho Penal-, y que en la actualidad se alza como una herramienta indispensable en orden a evitar la aplicación de preceptos penales abiertamente inconstitucionales.

Si bien desde siglos atrás la doctrina ha conciliado siempre en instituirá la ley como única fuente del derecho penal, *el contexto actual nos da otra lectura en la que la jurisprudencia se constituye en una fuente derivada para la interpretación de aquella*, habiéndose superado con creces las taras del positivismo jurídico para ingresar a la doctrina del "neoconstitucionalismo", donde el juez ha de realizar el juicio de ponderación y así interpretar las normas jurídico-penales conforme a los valores consagrados constitucionalmente. Ello, en definitiva, ello en definitiva, no es desplazar al legislador en la política criminal del estado, únicamente supone salvaguardar la preeminencia de los valores que dicha política criminal no puede soslayar, so pretexto de cautelar el principio de separación de poderes.

Siguiendo en estricto la afirmación del TC, estarían proscritas las interpretaciones normativas que el tribunal Supremo ha elucubrado en

los acuerdos plenarios sobre la materia, donde ha dejado sentado que el consentimiento del sujeto pasivo (menor de dieciocho y mayor de catorce años de edad), mediando una relación sexual desprovista de violencia o amenaza, es un comportamiento penalmente "atípico". Esto implicaría, primero, desconocer que la propia ley faculta a la corte Suprema a realizar dicha labor interpretativa, de acuerdo a lo previsto en el artículo 301°-A del Código de PP; y segundo, dejar indefensos a los ciudadanos frente a la irracional forma de legislar en materia penal por parte del parlamento, quienes tendrían que esperar años hasta que el TC proceda a la declaración de inconstitucionalidad del precepto jurídico-penal en cuestión, con la consecuente pérdida irreparable de la libertad fundamental de muchos individuos.

A nuestro parecer, el afán por desestimar los argumentos del demandado ha llevado al TC a proponer una afirmación de tal calibre, donde la elaboración de criterios interpretativos correctos por parte de los órganos jurisdiccionales en esta materia es implicate con el deber del legislador de expulsar del complejo normativo penal preceptos jurídico-penales de esta naturaleza. Es así, que en un Estado constitucional de derecho cada órgano del Estado ejerce misiones o labores distintas. A los órganos jurisdiccionales les corresponde la interpretación normativa, excelsa actividad de singular vigencia ante coyunturas como las que acontecen en el Perú, donde el legislador apela a criterios metajurídicos en la definición de conductas delictivas, lo que hemos denominado como "irracionalidad punitiva", la cual ha de combatirse precisamente con la labor interpretativa de la norma, que ha de perfilarse según el norte teleológico del Derecho Penal que es la protección de bienes jurídicos.

2.7.7 El principio de proporcionalidad y su relación en el test de constitucionalidad de las normas penales

Anclando propiamente en la definición del principio de proporcionalidad, siguiendo a Pedraz Penalva, diremos que "es algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas; es un principio consustancial al estado de derecho con plena y necesaria operatividad, constituyendo su exigida utilización uno de los imperativos básicos a observar en toda hipótesis en que los derechos y libertades fundamentales puedan verse afectados"¹²⁴.

El ejercicio de la actividad punitiva (sancionadora) del Estado debe tener límites en razón a su contenido gravoso para un derecho fundamental (libertad personal), esto es, la reacción estatal debe ser proporcional a la acción de criminalidad que genera las consecuencias jurídicas. Es el interés público lo que legitima la injerencia punitiva en la esfera de libertad ciudadana; esto quiere decir que dicho interés estará únicamente presente cuando se adviertan ataques intolerables a las bases existenciales de toda sociedad, en tanto se manifieste una perturbación insostenible en la autorrealización personal o en la participación de los individuos en los procesos sociales, que no puede ser contenida en otros medios de control social menos gravosos que el derecho penal; ello es lo que debemos identificar como el principio de proporcionalidad. El principio de prohibición en exceso o de proporcionalidad aparece primigeniamente como un límite al poder de policía para convertirse en un principio primordial del Derecho Público, ya que su aplicación cubre

124 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Derecho Procesal Penal", Editorial Colex, Madrid - España, 2000. p.149

ampliamente toda clase de medidas que afectan la libertad individual del ciudadano¹²⁵. El principio de proporcionalidad, como principio independiente de los principio de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos socio-personales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afeción al objeto tutelado y al intensidad de la responsabilidad concurrente¹²⁶. Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho contemplado en la globalidad de sus aspectos.

Si no se parte del entendimiento de que las normas jurídico penales importan en su concreción la afeción al contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, no se pondrán límites constrictivos en su actuación interventora de manera que el examen de constitucionalidad de un precepto penal implica la indispensable referencia a este análisis de razonabilidad, del cual no pueden sustraerse las cortes constitucionales. Así, en la doctrina constitucional, cuando se afirma que la tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que, por lo tanto, a la Corte Constitucional le compete establecer si constituyen restricciones validas o, por el contrario, violaciones de tales derechos. La injerencia en el

125 PEÑA CABRERA, Raúl, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Editorial Grijley, Lima-Perú, 1997. 162

126 DIEZ RIPOLLES, José L., "La Racionalidad de las Leyes Penales", Editorial Trotta, Madrid-España, 2003. p. 162

derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto o propio, es decir, medio y fin no deben permanecer de forma evidente fuera de proporción.

El tribunal constitucional, en la STC Exp. N°2192-2004-AA/TC (del 11 de octubre de 2004), señaló lo siguiente: "El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al estado Social y democrático de derecho, (...): puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, (...). En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación".

La función político-criminal del principio de proporcionalidad, por lo tanto, ha de entender la gravedad de la afectación al derecho fundamental lesionado con relación a los fines que persigue con ella, es decir, con la utilidad social que ha de reportar la sanción penal, esto es, los resultados que se esperan obtener deben ser a todas luces más beneficiosos que la afectación que dicha intervención ha de producir en el ámbito de las libertades ciudadanas. Si esto es así, debe reflexionarse entonces que la persecución y sanción penal que recaen *sobre personas que mantienen relaciones sexuales con adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, ha de desencadenar consecuencias más gravosas que aquellas que se pretenden evitar, pues estamos ante personas con suficiente madurez biológica y psicológica para decidir su desarrollo sexual en su vida en sociedad.* Más aun cuando de por medio

existe una familia, una prole un hogar constituido, supuestos donde el encarcelamiento del presunto agente no solo ha de afectar sus derechos fundamentales sino también los de la presunta víctima, al producirse una abrupta interrupción de su vida íntima y familiar, así como en el marco del sostenimiento económico de la familia. En estos casos el derecho penal se constituye en un remedio más grave que la enfermedad que se quiere atacar, es decir, su intervención en esta esfera de actuación ciudadana resulta desafortunada, torpe y carente de toda razonabilidad. Sobre el examen de necesidad, el TC en la STC Exp. N° 000012-2006-PI/ TC, dejó sentado que: ***"En materia penal, el examen de necesidad, el cual exige 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 (...)"***.

Conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, debe estimarse la importancia de la intervención o limitación del derecho fundamental, con arreglo a la satisfacción del fin perseguido; comparando dichas magnitudes es que se determinara si la relevancia del fin perseguido es mayor a la relevancia de la intervención del derecho fundamental.

Siguiendo los principios anotados, inferimos que la protección punitiva sobre ciertos intereses jurídicos no solo ha de sostenerse en su reconocimiento constitucional, sino que al par debe cumplirse con el criterio de lesividad material, en el sentido de que el desvalor de la

conducta importe un reproche generalizado de toda la sociedad en su conjunto y no solo de grupos sectoriales que sostienen dogmas ideológicos, por resultar nocivos o dañinos para una coexistencia social pacífica.

Son estos y no otros elementos que legitiman la intervención del Derecho Penal en una sociedad democrática de derecho. Los postulados que puedan pregonarse para reforzar un mínimo "ético-social" si bien deben ser escuchados por las autoridades políticas, no pueden constituirse en los fundamentos que justifiquen la injerencia punitiva, pues ello nos llevaría indefectiblemente a un desgaste nominal del Derecho Penal, a su exacerbada y profusa participación, con lo que quedaría degradado a su función socio-comunicativa y funcionalización política.

En palabras de Bernal Pulido, la ley penal no representa la definición del contenido de la libertad individual garantizada por los derechos fundamentales, sino un conjunto de intervenciones en el ejercicio de esta libertad que, en todo caso, deben estar justificadas por la protección de otros derechos y bienes jurídicos. Asimismo, a pesar de que en el ámbito penal no se disponga siempre de certidumbres que provean al juez de objetividad para decidir, lo cierto es que, por una parte, la libertad no admite injerencias legislativas excesivas y, por otra, los derechos fundamentales y demás bienes garantizados por la ley penal no se conforman con cualquier tipo de medidas protectoras. No se puede, por lo tanto, sostener válidamente que el derecho penal deba reprimir las relaciones sexuales consentidas de una persona con otra de catorce y

menos de dieciocho años de edad, cuando estas últimas ya son portadoras de "libertad sexual".

En todo caso, si es que se quiere evitar que los adolescentes sean protagonistas de relaciones sexuales, se debe apelar a otros mecanismos de control social (formales o informales) que en realidad puedan incidir en ello. Por ende, no existe un interés jurídico digno de protección punitiva que justifique la represión penal de las relaciones sexuales consentidas con adolescentes, es decir, con ciudadanos que poseen capacidad de libertad decisoria en este ámbito de la personalidad humana¹²⁷.

2.7.8 Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el tiempo

El TC no podía sustraerse a un tema de vital importancia en un Estado Constitucional de derecho: definir los efectos jurídicos de su sentencia de "inconstitucionalidad", atentos a que sus consecuencias en el tiempo pueden desencadenar situaciones distintas sobre actores que se encuentran involucrados en hechos similares. Las normas jurídicas operan de cara al futuro, es decir se dirigen a regular situaciones jurídicas existentes, en tanto los hechos pretéritos ya fueron regulados por su ley correspondiente, es decir, aquella vigente al momento de lo sucedido; ello implica negar, en principio, su aplicación retroactiva, conforme se desprende de los criterios rectores que sostiene el derecho privado. Sin embargo, en materia penal la cuestión ha de verse en un sentido distinto, en la medida que el Derecho punitivo al poseer las consecuencias

127 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Análisis de la Sentencia Recaída en el EXP. N° 00008-2012-PI/TC que Declaró Inconstitucional el Artículo 173.3 del CP", T.44, Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2013. pp.13 a 25

jurídicas más gravosas para las libertades fundamentales de los ciudadanos, se rige por el principio de "mínima intervención", pues en un orden democrático de derecho la violencia punitiva ha de ser graduada con arreglo a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad.

Esto quiere decir, desde un plano esencialmente normativo, que debe atenderse a aquella situación legal que sea más ventajosa para el imputado o condenado, a pesar de que el precepto jurídico-penal se haya emitido con posterioridad al momento de la comisión del hecho punible –*tempus comissi delicti*–, lo cual permite la aplicación retroactiva favorable de las normas penales, tal como se prescribe en los artículos 6 y 7 del CP, concordantes con la consagración constitucional prevista en el artículo 103° de la ley fundamental.

Se podría alegar que una cuestión es la sucesión de normas penales en el tiempo y otra la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley penal, pues si seguimos en estricto lo dispuesto en el artículo 204° de la constitución política, se tendría que las sentencias de esta naturaleza no tienen efecto retroactivo.

Sin embargo, el legislador, optando por una consideración valorativa y particular de las situaciones jurídicas, dispuso en el artículo 83° del Código Procesal Constitucional, que: "Las sentencias declaratorias de ilegalidad o 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 y último párrafo del artículo 74° de la constitución".

Es así que en los fundamentos 111° y 113° de la STC N° 00008-2012-PI/TC, el TC declara: "Con independencia de su distinta valoración, la potestad de los tribunales constitucionales de diferir de 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 esta. 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 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".

En el presente caso, definir los efectos jurídicos de la sentencia de inconstitucionalidad es de relevancia, en orden a cautelar el valor axiológico de la justicia penal, y con ello el principio de igualdad, en tanto sería abiertamente injusto que agentes que han cometido hechos similares o análogos sean tratados de forma distinta por la judicatura. No olvidemos que la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley penal importa su definitiva expulsión del ordenamiento jurídico por lo tanto, si nos retrotraemos en el tiempo tomando en cuenta la teoría de la nulidad de acto jurídico, el acto es nulo desde su celebración, por ende, en el caso

de la norma, desde su entrada en vigencia. Y ello se alza en un imperativo en contextos sociopolíticos como el que acontece en el Perú, donde el legislador procede a penalizar ciertas conductas sin efectuar previamente un riguroso examen de materialidad lesiva conforme a los principios basilares de un derecho penal democrático. No se puede construir un verdadero estado de derecho si es que no se procura que las normas jurídico - penales sean aplicadas con justicia e igualdad y sobre todo considerando la gradual reducción del *ius puniendi* estatal en la esfera de libertad ciudadana.

Es así que se expresa en el fundamento 114: "en ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la siguiente 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 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 puede 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". Diferenciar la naturaleza de las cosas en el Derecho Penal es un cometido irrenunciable, en el sentido de fijar componentes valorativos a situaciones que, por su particularidad o singularidad, merecen un procesamiento normativo por separado. En tal entendido debe concebirse que la "libertad sexual" importa un bien jurídico de alcance esencialmente "individualista" del ser humano, por ende, es

disponible por aquel, esto quiere decir que dicha voluntad sexual ha de verse resquebrajada únicamente cuando el agente logra acceder sexualmente a su víctima a través de medios vedados o prohibidos tendientes a viciar la voluntad del sujeto pasivo, como el uso de la violencia física, la amenaza o el aprovechamiento de una posición de ventaja que se ostenta frente al agraviado. Entonces, cuando estos medios coactivos sean concurrentes en el acto sexual estaremos ante un típico caso de violación a la libertad sexual, punible frente a los términos normativos del artículo 170° del C.P. y otras figuras penales emparentadas.

Por tales motivos, ante imputados o condenados que han sido procesados o condenados en aplicación del inciso 3 del artículo 173° del C.P., lo que procede es una recalificación jurídico-penal a través de los mecanismos o herramientas que la ley procesal penal prevé al respecto, por lo tanto, estos comportamientos de alto contenido de desvalor no han de quedar impunes, como bien lo remarca el TC.

Lo planteado por el TC en los fundamentos referidos se corresponden plenamente con el criterio interpretativo sentado por la corte suprema en la casación N°148-2010-Moquegua, donde expreso:

"Que, en virtud de lo establecido en el párrafo anterior, con el afán de consolidar y unificar jurisprudencia sobre este punto y atendiendo a que este Colegiado Supremo ha fijado un cambio en su línea jurisprudencial - véanse las ejecutorias Supremas R.N. N° 1700-2010-Lima de fecha 3 de mayo de 2011 y R.N. N° 1222-2011-Lima, de fecha 9 de febrero de 2012-, se debe de precisar que la libertad sexual es una

igualdad que se brinda a las personas, entendiendo que estas presentan un desarrollo psíquico y fisiológico tal que se permita inferir en ellas una capacidad racional de determinación respecto de la actividad sexual, en ese sentido, cuando esta capacidad no existe, la protección que surge es la de la indemnidad sexual; *por tal razón, en el acuerdo plenario cuatro guion dos mil ocho oblicua concordancia jurisprudencial guion ciento dieciséis, se entendió que las personas mayores de 14 años ya cuentan con esta capacidad de dirección sexual, por lo que la protección penal que se enmarca será la de su libertad sexual.* Que, bajo los argumentos esgrimidos, la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en que la persona cuenta con una edad superior a los catorce años (¿edad superior a 14 años? NO, lo que se propugna es una edad de 14 años (comprendiendo casos que se establezcan en 13 años a más) porque si decimos superior estaríamos hablando de una edad a partir de los 15 años y no menos), por tal razón, en el presente caso el bien jurídico tutelado de la agraviada será la libertad sexual, presentándose de esa manera una colisión aparente de normas, ya que es posible la subsunción típica de la conducta del sentenciado tanto en el artículo ciento setenta como en el artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, sin embargo, dicha colisión, tal cual se precisó, solo se produce de manera aparente, en tanto la configuración típica del artículo ciento setenta refleja que el bien jurídico tutelado en dicha norma es la libertad sexual, configurándose de esa manera el bien jurídico como sustrato mismo de la norma, en este sentido, se vacía el contenido setenta y tres inciso tercero por dos razones, en principio porque el bien jurídico tutelado en este artículo es la indemnidad sexual - sería un sinsentido que

esta norma dependiendo del inciso que se configure proteja distinto bien jurídico, y segundo, debido a que el supuesto de hecho del tercer inciso consigna a personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, ergo, lo que se protege en ellos es su libertad sexual, no acomodándose la conducta delictiva a dicho artículo, sino al artículo ciento setenta. Que, bajo la lógica planteada, en el presente caso se debe efectuar una desvinculación de la subsunción típica efectuada por el Ministerio Público y desarrollada por los tribunales de instancia y de vista, encuadrando la conducta del sentenciado al artículo ciento setenta, además de configurarse la agravante específica consignada en el segundo inciso, es decir: "Si para la ejecución del delito [el sentenciado] se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima (...) o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar", por lo que el marco de pena abstracta que debe tenerse presente para el presente caso será de doce a dieciocho años de pena privativa de la libertad. Y actuando como órgano de instancia, la determinación concreta de la pena en virtud de los artículos cuarenta y cinco, cuarenta y seis y demás normas aplicables a dicho fin, la pena concreta será doce años de pena privativa de libertad".

Conforme la línea argumental expuesta, queda claro que los efectos jurídicos beneficiosos para el imputado o condenado solo resultaran extensibles en aquellas relaciones sexuales que tienen como protagonista a un mayor de 14 y menor de 18 años de edad siempre que no haya existido de por medio despliegue alguno de violencia, amenaza o abuso de una posición de dominio o ventaja sobre la víctima. En aquellos casos en los que no hubiera podido apreciar si existió o no el

aludido consentimiento, lo que procede es una recalificación del juicio de tipicidad penal a la figura delictiva comprendida en el artículo 170° del C.P. o figuras emparentadas, a través de la sustitución de la pena, adecuación del tipo penal o de un nuevo procesamiento por el tipo penal pertinente, tal como se postula en el fundamento 115 de la STC bajo comentario.

Es decir, solo ante un consentimiento jurídicamente válido es que el agente puede quedar exonerado de responsabilidad penal, como una evidente causal de atipicidad penal.

2.7.9 A modo de conclusión

El control de constitucionalidad de las normas penales constituye un deber de primer nivel para las cortes constitucionales, lo que no supone injerencia alguna en las potestades político-criminales que la ley fundamental le asigna en régimen de monopolio al legislador, en la medida que este órgano jurisdiccional tiene por labor confrontar la ley penal con los valores consagrados constitucionalmente, desde la plataforma de un orden democrático de derecho donde las libertades fundamentales solo han de verse afectadas cuando intereses jurídicos predominantes así lo aconsejen.

El derecho Penal importa una fuerte dosis de injerencia en el contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo que su intervención ha de ser atemperada conforme a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, por lo que si estimamos que el *ius puniendi* estatal ha de estar regulado según el programa de "mínima intervención", esto quiere decir que solo ha de intervenir ante evidentes

focos de conflictividad social, donde se observe una grave perturbación al libre desarrollo de la personalidad humana o a la concreta participación del individuo en específicas actividades socioeconómicas, de acuerdo al paradigma del "bien jurídico" protegido.

Entonces, presupuesto de la punición es la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tal como se proclama en el artículo IV del Título Preliminar del CP. El principio de ofensividad delimita la legitimidad de las normas jurídico-penales, que han de construirse o elaborarse de acuerdo a criterios materiales, los que llevados a un plano sociológico implican un reproche social generalizado de la conducta a incriminar, por lo que ha de desdeñarse la criminalización de conductas desde concepciones meta-jurídicas basados en dogmas éticos o morales, acuñados en ciertos sectores representativos de la sociedad que pretenden ver en la norma penal el instrumento perfecto para la cautela de sus programas ideológicos.

La gran conquista de un derecho Penal liberal fue la separación del Derecho y la moral, de manera que debe rechazarse la punición de conductas que solo cuentan con la reprobación moral de ciertas esferas de la sociedad. Esto repercutió decididamente en el tópico de la criminalidad bajo estudio, al cambiarse la rotulación del "honor sexual" a la "libertad sexual", en consonancia con el reconocimiento de un plano de libre disposición para su titular. Las personas mayores de 14 años son portadoras de libertad sexual y las que se hallan por debajo de dicho umbral cronológico poseen "intangibilidad sexual"; por ende, las relaciones sexuales con una persona de las primeras características no ingresan al ámbito de protección de la norma, lo cual fue gravemente

vulnerado con la absurda e irracional modificación del inciso 3 del artículo 173° del C.P., mediante la Ley N° 28704, la cual negaba un derecho fundamental a quien la constitución se lo reconocía (el derecho a la sexualidad). Siendo así, el único camino razonable era proceder a una interpretación normativa acorde con los principios penales constitucionales, y así declarar inaplicable dicho enunciado penal, por no lesionar interés jurídico alguno, como correctamente lo entendió la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios dictados sobre la materia, donde el acto sexual desprovisto de violencia o coacción se consideraba penalmente atípico. Dicho esto, el TC, en el proceso de inconstitucionalidad, tenía el deber de confrontar esta modalidad delictiva a través de los criterios de control material, como el principio de proporcionalidad, dejando en claro que no existe interés jurídico alguno que legitime la descarga punitiva en la esfera de libertad ciudadana ante relaciones sexuales con personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad. Pues si bien el legislador es libre en su poder de definidor de la conducta prohibida, ello no implica que pueda sustraerse de los principios rectores de un derecho penal democrático, entre estos el de lesividad, que no puede llenarse de contenido con elementos puramente moralistas o éticos ajenos a su necesaria materialidad. La decisión del máximo intérprete de la constitucionalidad normativa no hace más que reivindicar la libertad humana y regular la intervención del derecho penal con un mínimo de racionalidad, pues la punición solo debe proceder ante comportamientos socialmente intolerables, cuando los otros medios de control social se muestren inoperantes, con arreglo al principio de subsidiariedad. Si es que requiere

evitar que los adolescentes tengan relaciones sexuales prematuras, se debe acudir a otros mecanismos de control social; de lo contrario, el derecho Penal se convierte en un remedio peor que la enfermedad, pues la violencia punitiva puede llegar a arremeter en algunos casos contra uno de los sentimientos más nobles del ser humano como es el amor, así como contra la institución de la familia¹²⁸.

2.7.10. La inconstitucionalidad del artículo 173.3 del C.P. en la STC EXP.

N° 00008-2012-PI/TC: entre la legitimación del Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116 y el desprecio a la funcionalidad del principio “Constitucional” de protección de bienes jurídicos

ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El 12 de diciembre del 2012, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) escribió un capítulo más entornado a la infeliz historia de la ley N° 28704 que, entre otros aspectos, modificó el artículo 173° del Código Penal (en adelante C.P.). Lo hizo a través de la sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012-PI-TC, que declara fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 10,609 ciudadanos contra el artículo 1 de la ley N° 28704, que modificó el artículo 173° inciso 3 del C.P., sobre el delito de violación sexual contra víctima de entre 14 y 18 años de edad. Una aproximación crítica a esta temática, a raíz del acuerdo plenario N°01-2012/CJ-116, la hicimos a través de este mismo medio, pero para dejar sentada las bases de nuestra exposición es menester

128 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit., pp.25 a 30

efectuar un resumen de la situación existente hasta antes de la emisión de la referida sentencia de inconstitucionalidad.

Recordemos. La reforma efectuada a través de la ley N°28704, del 05 de abril del 2006, fue bastante nefasta, acusada de carecer de una autentica base político–criminal, especialmente por no respetar la postulación del derecho penal como ultima ratio de la política social para la protección de bienes jurídicos, pues la conducta prevista por el legislador en el artículo 173.3 del código penal como delito no lesionaba el bien jurídico que pretendía proteger bajo una interpretación literal (la indemnidad sexual), y protegiendo un bien jurídico penalmente relevante (la libertad sexual), bajo una interpretación teleológica, no ostentaba una descripción adecuada; contrariamente dicha norma parecía ser producto de la coyuntura política (populismo) y ligada con la protección de un modo de vida. En ese contexto no fue precisamente la sentencia del TC la que efectuó el primer control de constitucionalidad del artículo 173°.3 del CP., pues ya antes diversos órganos del poder judicial decidieron efectuarlo, vía control difuso y en atención al o previsto en el parte inicial del segundo párrafo del artículo 138° de la constitución, implicándolo por inconstitucional y elevando sus decisiones en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República la cual las aprobó. El fundamento para dicho control fue considerar que dicha disposición legal vulneraba los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.7 de la constitución), a la libertad (art. 2.24a de la constitución) y al principio de legalidad penal (artículo 2.24.d de la constitución), al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes (libertad sexual),

contrariando la normativa civil (artículos 46 y 244 del Código Civil en adelante: C.C.), que considera a las personas mayores de 16 años aptas para desenvolverse por sí mismas en las relaciones sociales y para contraer matrimonio; por lo tanto, al verificarse el libre consentimiento, al que se refiere el artículo 20.10 del CP., la legislación penal no puede castigar a la pareja del adolescente a quien la legislación civil autoriza casarse.

La solución antes mencionada no estuvo exenta de críticas, principalmente porque no preciso si existía alguna interpretación conforme con la constitución, justificando la permanencia o no del artículo 173.3 del CP., en la legislación vigente, y porque las consideraciones de la sala de derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de justicia no estaban ligadas a la consagración de un derecho reconocido en el sistema jurídico (que los adolescentes ejerzan actividad sexual), sino a aspiraciones de derechos a partir de la mera constatación fáctica del desarrollo físico y psíquico de los púberes, además del estado actual de la cultura en la mayor parte del país, lo cual con certeza recién se plasma dentro de la institución oficial del matrimonio, donde entraría a tallar como causa de justificación el ejercicio legítimo de un derecho, mas no el consentimiento, aun cuando lo ideal era considerar al hecho como atípico.

Casi de manera simultánea y sucesivamente se plantearon otras soluciones, a través de los acuerdos plenarios N° 7-2007/CJ-116, 4-2008/CJ-116 y 1-2012/CJ-116, emanados por el pleno de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia, siendo el ultimo de carácter

extraordinario y emitido con la finalidad de subsanar los vicios de los dos primeros y zanjar de manera definitiva la controversia.

En resumen, el acuerdo plenario N° 7-2007/CJ-116 establecía que cuando las relaciones con menores de entre 16 y menos de 18 años fueran voluntarias, era aplicable el artículo 20.10 del C.P., es decir, se producía la exención de la pena por la aplicación de la figura del consentimiento, pues aquellos tienen libre disposición sobre su libertad sexual, lo que se afirmó siguiendo las pautas del C.C. referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio. Sin embargo, también se estableció que cuando las relaciones sexuales se efectuaran con menores de entre 14 y menos de 16 años de edad el hecho constituía delito, pese a que exista consentimiento, supuestos donde el acuerdo se limitó a señalar que con base en el principio de proporcionalidad de penas, previsto en el artículo VIII del título preliminar del C.P., la pena concreta debía atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179-A del C.P., siempre que: a) la diferencia etaria no sea excesiva entre los sujetos activo y pasivo del delito, b) exista un vínculo sentimental entre ambos, carente de impedimentos o tolerado socialmente, y c) opere la costumbre o percepción cultural de los sujetos, que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

A su turno, el Acuerdo plenario N° 4-2008/CJ-116 amplió los alcances de la exención de la pena por aplicación de la institución del consentimiento a las relaciones sexuales mantenidas por adolescentes de 14 años a más, lo cual se efectuó a partir de un análisis sistemático de los artículos 175° y 176° del C.P., concluyéndose que los adolescentes a

partir de los catorce años tienen libre disposición sobre su libertad sexual. Por lo tanto, se dejan de lado los fundamentos del acurdo plenario N°7-2007/CJ-116, referidos a la atenuación de la pena.

Ahora bien, la postura adoptada por las Salas penales de la Corte Suprema, en los dos Acuerdos Plenarios antes mencionados, también fue objeto de críticas, por cuanto la Corte Suprema no habría comprendido, o no habría querido comprender, que los supuestos previstos en los artículo 175° y 179°-A del C.P. habían sido derogados implícitamente porque su materia había sido íntegramente regulada por el artículo 173.3 del C.P., cumpliéndose con lo establecido en el artículo I del título preliminar del C.C.: "(...) la derogación [de la ley] se produce cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella"; y, en todo caso, porque reconociendo que el artículo 173.3 no protege la indemnidad sexual sino la libertad sexual, debió reconocer operatividad al principio de lesividad, bajo la premisa de que el delito es toda conducta típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido (antijuridicidad material), 8 de manera que cuando no exista lesión de bien jurídico alguno, para el caso materia de análisis por ausencia de conductas mediales, el hecho será atípico, más allá de que en el caso concreto se pudiera invocar alguna causa de justificación (consentimiento, ejercicio legítimo de un derecho u otra), que solo involucra a la antijuridicidad formal, utilizándose correctamente la figura del acuerdo en lugar de la del consentimiento propiamente dicho, tal como se entiende en la doctrina alemana, que compartimos y la cual, a nuestro parecer, la Corte Suprema soslayo.

posteriormente, el acuerdo plenario N° 1-2012/CJ-116 tarto de dar solución al destino que debía tener el artículo 173.3 del C.P., pues habría quedado vacío de contenido, particularmente en los casos en que el acceso carnal tenía lugar sin el consentimiento (mediante violencia o grave amenaza) del adolescente, dado que las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente (libertad sexual), mientras que indemnidad o intangibilidad sexual-condición por la cual la persona no está en condiciones de decidir sobre su libertad sexual, bajo el criterio de interpretación sistemática, le corresponde a los menores de 14 años.

Es decir, siguiendo la línea de interpretación jurisprudencial de la misma Corte Suprema, se establecía que en los casos concretos cuando no exista consentimiento de la víctima a que se refería el artículo 173.3 del C.P., la conducta del agente se encontraría dentro del ámbito de protección a que se refiere el artículo 170° del C.P. pues este protege la libertad sexual coactada y anulada por el ilícito actuar del agente; por lo que el hecho configurado inicialmente en el artículo 173.3 del C.P. debe ser subsumido correctamente en el artículo 170°, norma base en cuyo tipo y bien jurídico encaja con comodidad el supuesto de hecho, que ciertamente el legislador podría perfeccionar, y que en los casos correspondientes procederá la consideración de las circunstancias de agravación previstas en los artículos 171° o 172° del CP, manteniéndose el criterio expuesto en los anteriores Acuerdos Plenarios, en el sentido de que las relaciones sexuales practicadas con aquiescencia de las personas que se encuentran en se rango de edad no constituyen delito.

Este último Acuerdo Plenario pese a reconocer como situación de fondo que la conducta prevista en el artículo 173°.3 no lesiona el bien jurídico indemnidad sexual (que aparentemente el legislador habría pretendido tutelar), sino la libertad sexual, pero sin ostentar la descripción adecuada para ello, no podía dejar de tener algunas críticas, pues consideramos que para una adecuada tipificación debió asumir que existía la necesidad de incluir, vía una interpretación teleológica, las conductas mediales descritas en los artículos 170°, 171° y 174° del CP., con lo cual se llenaba de contenido el artículo 173°.3 del CP., existiendo por ello la posibilidad de efectuar al menos una interpretación compatible con la Constitución, a partir de la funcionalidad del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Además, optar por una reconducción hacia los artículos 170°, 171° y 174° del CP., según sea el caso, implicaba transgredir el principio de legalidad, que no es de literalidad, salvo que se hubiera razonado que el artículo 173°.3 era inaplicable por inconstitucional, lo cual no era posible porque la Corte Suprema ya se había declarado incompetente para adoptar esta solución, por lo que debía esperar la declaración de inconstitucionalidad del TC en un proceso abstracto, o establecer la necesidad de efectuar controles difusos en cada oportunidad que la judicatura conociera un hecho contemplado en dicho artículo.

Igualmente, dicho acuerdo plenario pareciera estar destinado subrepticamente a graduar la pena impuesta, que a juicio del magistrado de la Corte Suprema no es conforme con el principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, lo cual también es parte de un control constitucional, pese a que el acceso carnal violento y agresivo con

adolescentes merezca un mayor reproche que le acceso carnal violento con personas adultas.

En este contexto se emite la sentencia de inconstitucionalidad por parte del TC, esto es, con la tarea pendiente de definir constitucionalmente el bien jurídico libertad sexual e identificar a sus titulares, diferenciándolo de la indemnidad sexual; con la oportunidad de validar y legitimar la posición mayoritaria del pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de declarar inconstitucional la disposición penal en su totalidad y reconducir los supuestos contemplados por ella, según sea el caso, a los artículos 170, 171° y 174° del CP; o enmendando la plana a legislador y a la judicatura, a través de la declaración parcial de inconstitucionalidad, otorgándole funcionalidad al principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, entendiendo que el bien jurídico protegido por este delito es la libertad sexual y, por ende, considerando la necesidad de adoptar una decisión interpretativa-aditiva (teleológica), como lo sugerimos en su oportunidad. Las líneas que se esgrimen a continuación permiten advertir, conforme a nuestro parecer, que el TC no ha cumplido a cabalidad con las mencionadas tareas, lo cual pondremos de relieve, previo análisis de los fundamentos adoptados por los magistrados de dicho colegiado, para enseguida, a partir de la doctrina y la jurisprudencia, alcanzar algunas ideas sobre lo que pudo haber efectuado el TC para encontrar una mejor solución a la problemática generada por la infausta Ley N° 28704.

2.7.11 Del tribunal constitucional para la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173.3 DEL CP.

La declaración de inconstitucionalidad por parte del TC del artículo 173.3 del CP, a partir del examen de los argumentos expuestos en la demanda, la contestación de la demanda, el aporte efectuado por los *amicus curiae* y el informe de Adjuntía N°020-2012-ANA/DP de la Defensoría del Pueblo 18, paso por ubicar los sentidos interpretativos a la mencionada disposición.

El primero que reflejaría la voluntad del legislador y que sancionaría a aquel 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 de edad de entre 14 años de edad y menos de 18, que según los demandantes es incompatible con la constitución, toda vez que busca proteger la indemnidad sexual de los menores de edad de entre 14 años a menos de 18 años, asumiendo que estos no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y declarando como irrelevante su consentimiento.

Y el Segundo sentido, que fue propuesto por el apoderado del congreso de la República y que sancionaría a aquel que tenga acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad entre 14 años de edad y menos de 18, salvo que la víctima haya consentido válidamente, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor en aplicación del artículo 20°.10 del CP., el cual sería compatible con la Constitución al buscar proteger la libertad sexual de los menores de 14 a 18 años de edad.

Sostiene el TC [fundamento 20] , que la libertad sexual es uno de los ámbitos en los que no cabe la injerencia estatal, pues forma parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además [fundamento jurídico 21], precisa que esta es la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, que ostenta una dimensión negativa y otra positiva: la primera vinculada con la exigencia dirigida hacia el estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual del ser humano, y la segunda conformada por la libertad de decidir (con quien, como y en qué momento) la realización del acto sexual.

Prosigue el TC [fundamento jurídico 22] señalando que son titulares de dicho derecho todos los mayores de 18 años de edad y, conforme a determinados elementos normativos y facticos, los menores de edad de entre 14 y menos de 18 años también pueden ser titulares, en tanto titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y conforme al principio de evolución de facultades del niño y del adolescente, pues aquellos irán desarrollando progresivamente el nivel psicofísico óptimo de ejercicio del mencionado derecho fundamental, lo cual implicara también conocer las consecuencias que puede originar su ejercicio.

En ese contexto, refiere el TC [fundamento jurídico 23], el Estado tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho, y que el artículo 173.3 del CP., en el primer sentido interpretativo, constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por la

libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al ser irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 y menos de 18 años, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad [fundamento jurídico 25].

Ahora bien, el TC para verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada y, por ende, verificar si la disposición del artículo 173°.3 es constitucional, en el primer sentido interpretativo, utiliza el principio de proporcionalidad penal [fundamento jurídico 28], a través de sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Respecto al subprincipio de idoneidad, sostiene [fundamentos jurídicos 38 y 39] que hay un fin constitucional legítimo que ampara la adopción de la restricción a la libertad de autodeterminación de la sexualidad a los adolescentes de entre 14 y menos de 18 años y que merece protección por parte del Estado: el deber de protección por parte del poder Legislativo al bien jurídico indemnidad sexual, de manera que la emanación de la disposición legal (artículo 173°.3 del CP.) es adecuada, por cuanto permitirá lograra los objetivos siguientes: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 a menos de 18 años, b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de 14 a menos de 18 años de edad son protegidos, y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable, que, a su vez, resulta adecuado para conseguir el fin de relevancia constitucional antes mencionado.

En torno al subprincipio de necesidad, sostiene [fundamento jurídico 44] que frente a la medida adoptada existía una medida alternativa hipotética igualmente idónea, apta para alcanzar los objetivos propuestos por el legislador penal, y que habría sido más benigna con el derecho intervenido, esto es, sancionar única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad; por lo tanto, la disposición penal impugnada, en el primer sentido interpretativo, resulta incompatible con la constitución.

Pese a lo anterior, el TC conviene en verificar si el artículo 173.3 del CP., supera el Suprincipio de proporcionalidad en estricto o en ponderación, señalando [fundamento jurídico 48] que el grado de intervención en la libertad sexual de los menores de edad de entre 14 a menos de 18 años es de intensidad grave, en la medida que: i) la disposición penal impide, dificulta por completo y anula el ejercicio de la libertad de autodeterminación de tales menores, y ii) existe mayor posibilidad verosímil y fundada de que la cuestionada disposición penal impida el ejercicio de dicha libertad de autodeterminación.

De otro lado, que los bienes que procuran ser optimizados no tienen intensidad elevada, en la medida que: i) no se evidencia en qué medida todos los fines inmediatos del legislador puedan ser alcanzados apenas producida la intervención legislativa, y ii) no existe mayor probabilidad de que la intervención legislativa penal optimice los mencionados bienes constitucionales, al tratarse de una amenaza restrictiva que es una intervención menos intensa que las restricciones directas. De manera que si bien la política criminal a cargo del poder

legislativo podría considerarse de un peso mayor respecto de determinados derechos fundamentales de los menores de edad, atendiendo al principio de interés superior del niño, tiene fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de las normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas. A la razón de lo expuesto, afirma el TC [fundamentos jurídicos 49 y 51] 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 a la libertad sexual de los adolescentes de entre 14 y menos de 18 años, deviniendo ello en una intervención injustificada en el derecho al libre desarrollo de su personalidad, no superándose por ello el examen de proporcionalidad en estricto, resultando incompatible con la Constitución. Habiendo el TC declarado que la norma es inconstitucional, en el primer sentido interpretativo, refiere [fundamento jurídico 52] que existe otra interpretación que podría evitar la declaratoria de inconstitucionalidad (segundo sentido interpretativo). Dicha interpretación, sin modificar el texto legislativo, cambia el bien jurídico tutelado por dicha norma penal, estableciendo que en estos casos sí puede operar el consentimiento de la agraviada como eximente de responsabilidad. De manera que al TC le corresponde analizar si dicha interpretación se encuentra conforme con la Constitución, a efectos de evitar la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173°.3 del CP.

El TC manifiesta [fundamento jurídico 75] que el segundo sentido interpretativo se puede considerar una decisión interpretativa reductora, en la medida que sin detectar una omisión en la aludida disposición penal,

ni modificar ni alterar una parte literal de tal disposición penal cuestionada cambiando sustancialmente el contenido normativo establecido por el legislador penal y reduciéndolo, dado que solo se penalizan las relaciones sexuales de un adulto con un menor de edad cuando no exista consentimiento (antes de dicha interpretación se penalizaba cualquier relación sexual, independientemente del consentimiento del menor), lo que implica además el cambio de bien jurídico protegido.

En ese sentido, el TC estima [fundamento jurídico 76] que el segundo sentido interpretativo del artículo 173°.3 del CP., es una interpretación que no puede ser asumida como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido establecido por el y permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como el consentimiento, lo cual no resultaba permitido por la disposición penal, tal como lo estableció el legislador. Entonces no habiéndose podido salvar la constitucionalidad de la disposición penal contenida en el artículo 173°.3 del CP., debe declararse inconstitucional y ser expulsada del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad de 14 y menos de 18 años.

Respecto a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, el TC establece [fundamentos jurídicos 114 a 116] que ello no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173°.3 del CP., modificado por la ley N°

28704, en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de 14 a menos de 18 años; tampoco 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 CP., u otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos de juzgamiento. Ello, prosigue el TC, exige diferenciar dos tipos de efectos. Primero, aquellos casos penales en trámite o terminados, en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso de los menores de entre 14 y menos de 18 años, teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad no resultaran sancionados penalmente. Segundo, en 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, teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los casos concretos, podrán ser susceptibles de sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente, conforme al artículo 170° del CP., u otro tipo penal que resulte pertinente.

Finalmente exhorta al Congreso de la República para que 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 CP.

Lo expuesto en este acápite constituye en esencia los fundamentos esgrimidos por el TC para declarar la inconstitucionalidad del artículo 173°.3 del CP. No obstante más allá de que esta sentencia

vincule a todos los poderes públicos (principalmente al poder judicial y al Ministerio Público) y produzca sus efectos al día siguiente de su publicación, sin que exista la posibilidad de apartarse de ella, como si era posible en el caso de los acuerdos plenarios, dado que se considera al Tribunal constitucional como el contralor por antonomasia de la constitucionalidad o supremacía normativa de la constitución¹²⁹.

2.7.12 Efectos de la inconstitucionalidad

Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204° de la constitución establece: "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". Asimismo, el artículo 103° de la constitución prevé que: "pueden expedirse normas 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 solo se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad".

En cuanto a los efectos de la irretroactividad, el artículo 83° del Código Procesal Constitucional establece que: "las sentencias

129 CANCHO ALARCÓN, Rafael E., "La Inconstitucionalidad del Artículo 173.3, del CP en la STC EXP. N° 00008-2012-PI/TC: Entre la Legitimación del Acuerdo Plenario N°1-2012/CJ-116 y El Desprecio a la Funcionalidad del Principio Constitucional de Protección de Bienes Jurídicos", T.44., Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2013. pp.31 a 40

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 hubiere derogado".

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 objetivo 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 esta. Ello sin lugar a duda no implica una total discrecionalidad o arbitrario por parte del Tribunal, sino todo lo contrario.

En el presente caso, teniendo en cuenta la disposición impugnada resulta inconstitucional y que, al versar en materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad va a generar efectos en procesados penales en trámite y procesos penales terminados, el Tribunal considera que existe merito suficiente para pronunciarse sobre los efectos de la sentencia, más aun 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.

En ese sentido, el Colegiado preciso que la 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. 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. Es preciso señalar que las penas previstas en la norma declarada inconstitucional: no menor de 6 ni mayor de 8 años de pena privativa de libertad.

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, los casos penales en trámite o terminados en los que se acredite en el consentimiento fehaciente y expreso, mas no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la declaratorio de inconstitucionalidad no resultaran sancionados penalmente. El segundo, los 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 los casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, 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, 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.

Respecto a la sustitución de pena, es preciso señalar que las penas que fluctuaban entre los 25 y los 30 años de privación de la libertad serán sustituidas por sanciones entre 6 y 8 años de privación de libertad¹³⁰.

2.7.13 Interpretación sistemática

Es así que a partir de los derechos constitucionales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, salud, libertad individual, intimidad personal, igualdad ante la ley y legalidad penal, hemos concluido que los adolescentes de trece (13) y menos de dieciocho (18) años tienen pleno ejercicio de su libertad o autodeterminación sexual. La interpretación sistemática asume dos formas: el método sistemático por ubicación de la norma y el método sistemático por comparación con otras normas.

El delito de violación sexual de los y las adolescentes de trece (13 – artículo 173.2 del CP – ley N° 30076) y menos de dieciocho (18 – artículo 170°.6 del CP – ley N° 30076) años, se encuentra dentro del Libro II, Capítulo IX del Código Penal intitulado “Violación de la libertad sexual”; ergo, su interpretación debe mantener perfecta coherencia con los otros tipos penales del mismo sub grupo normativo como el delito de violación sexual (art.170° del CP), el delito de violación de persona inconsciente (art. 171°), el delito de seducción (art. 175° del CP) y el delito de actos contra el pudor (art. 176° del CP), que reconocen a la libertad sexual, como el bien jurídico (...), la misma que sólo puede

130 PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., *"Las relaciones Sexuales Consentidas de los Adolescentes de Entre 14 y 18 Años de edad Según El Tribunal constitucional Peruano"*, T.44, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2013.pp.80 a 82

ser doblegada por el sujeto activo mediante la violencia, la grave amenaza, el engaño y la puesta en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

La edad de (13) años en adelante (como proyecto de ley) como franja delimitadora entre la “indemnidad” y “libertad sexual”, entre la “exclusión” o “admisión” de la validez del consentimiento prestado para el acceso carnal (...), resulta razonable y prudente en contraste con los criterios étáreo legales previstos en la legislación comparada, para el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación sexual de los adolescentes: el Código Penal Español en sus artículos 181° y 182° en *trece años*, el Código Penal Argentino en su artículo 119° en *doce años de edad, (actualmente elevado a 13)*, el Código Penal Chileno en sus artículos 363° y 366° en doce años, el Código Penal de Colombia en su artículo 208° en catorce años.

El delito de violación sexual tipificado en el artículo 173.2° del CP, también debe mantener coherencia con el resto del ordenamiento extra penal, más precisamente, con el artículo 46° del Código Civil, que reconoce la capacidad de los adolescentes de dieciséis (16) años para contraer matrimonio, con el asentimiento de sus padres y dispensa judicial justificada, generándose entre los cónyuges diversos deberes como el de cohabitación previsto en el artículo 289°, entendido como el débito conyugal, es decir, la comunidad de vida entre marido y mujer que tiene como efecto natural las relaciones sexuales; situación extensiva al concubinato regulado por el artículo 326°. Además, de la interpretación que para la presente investigación realizamos, donde el artículo 46° del Código Civil reconoce tácitamente que los adolescentes de 13 años desde

ya ejercen su sexualidad a dicha edad, y que es a los 14 años cuando puede ejercer algunos derechos civiles, como por ejemplo reconocer a sus hijos.

Para cierto sector de la doctrina, los adolescentes de dieciséis (16) años que tienen como pareja a una persona mayor de edad, sea en matrimonio o concubinato, no calificarían como sujetos activos del delito de violación sexual (...); debido a que el consentimiento del adolescente para la copula sexual con su cónyuge o concubino, tendrá plena eficacia (...), concurriendo la causal de justificación prevista en el artículo 20°, inciso 10) del Código Penal que establece “está exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”. Sin embargo, (...) resulta una interpretación extremadamente restrictiva de la libre autodeterminación sexual sólo de los y las adolescentes de dieciséis (16) a menos de dieciocho (18) años que tienen la condición de cónyuge o concubino, dejando en “desamparo doctrinal” al conjunto mayoritario de la población juvenil menores de catorce años (13), *que generalmente mantienen relaciones sexuales sin que medie un vínculo jurídico permanente, sino simplemente una relación afectiva ocasional.*

Nuestra posición parte de una interpretación extensiva del alcance de los artículos 44°, 46°, 241° y 389° del Código Civil respecto al reconocimiento del derecho a la libertad sexual de los adolescentes de trece (13) y menos de dieciocho (18) años, entendido básicamente como la autonomía de elección del tiempo, forma y persona con quien tener relaciones sexuales, por tratarse de un derecho humano connatural al libre desarrollo de la personalidad. Entonces, si un adolescente desde los

dieciséis años puede casarse y desde los catorce (14) años, puede reconocer a sus hijos, ¿Puede tener relaciones sexuales libremente?, ¿Tiene el adolescente derechos reproductivos? Indudablemente la respuesta (...) será afirmativa, y los realiza aun cuando tiene 13 años (artículo 46 y 389° del CC). Por tanto, el derecho a la autodeterminación sexual de los y las jóvenes menores de catorce (13) y menos de dieciocho (18) años, implícito en la posibilidad de reconocer a sus hijos una vez cumplidos los 14 años, lógicamente conlleva a una interpretación extensiva de esta libertad sexual reconocida en el ámbito normativo civil, como el bien jurídico a ser tutelado en los delitos sexuales en el ámbito normativo penal.

En esta línea de pensamiento, nosotros pensamos que es lo correcto y adecuado de que se establezca que de trece (13) años para abajo exista la indemnidad sexual, mucho más si tenemos en cuenta que el Código Civil reconoce determinadas capacidades a los y las adolescentes, por ejemplo, un adolescente de catorce (14) años puede reconocer a un hijo (lo que implica que estuvo embarazada o mantuvo relaciones sexuales a los 13 años - art. 46 y 389° del CC), a los dieciséis (16) años pueden casarse, pueden firmar contratos, entonces tienen una capacidad relativa, con mayor razón a partir de determinada edad ellos pueden asumir su responsabilidad sobre su sexualidad.

2.7.14 Interpretación sociológica

Para DEMUS “el problema radica en que en pleno siglo XXI, muchos adultos actúan como si los adolescentes no tuvieran relaciones sexuales (...), la realidad demuestra lo contrario ya que la adolescencia es

una etapa de maduración emocional e intelectual que paralelamente con la maduración física genera un deseo por la independencia y libertad en todos sus ámbitos”. Crítica que se condice con la realidad de nuestro país, (...).

En opinión de Jennie Dador, (...) del Movimiento Manuela Ramos “toda persona mayor de catorce (14) años es sujeto de derecho y tiene libertad de ejercer su sexualidad. (...) el sexo consentido entre adolescentes eso no tiene por qué ser un delito. Entonces, bajo la intención de decir, vamos a proteger a los adolescentes (art. 173.3° del CP), en realidad lo que estamos haciendo es proscribir la posibilidad de que ellos tengan relaciones sexuales, cuando la realidad del país te está diciendo otra cosa. En este país los adolescentes y las adolescentes tienen capacidad para todo menos para decidir el ejercicio de su sexualidad. O les damos capacidad o no les reconocemos esa capacidad, pero porque, cuando tiene que ver con temas de ejercicio de la sexualidad los estamos tratando como algo más que animalitos. Ya no es el adolescente o el niño un objeto de protección, sino un sujeto que se le reconocen derechos progresivamente, (...)”.

La psicóloga María de las Mercedes Raguz Zavala (Profesora Principal y Coordinadora del Doctorado PUCP) se refiere a la sexualidad de los adolescentes como un derecho humano, proponiendo una cultura sexual con autoestima, capacidad crítica, reflexión, cuando afirma: ‘No hay que temerle a la educación sexual integral. Eso no nos hará un estado libertino. La educación sexual no promueve la pedófila, la homosexualidad o la promiscuidad (...). *Es inmoral negarles ese derecho a los jóvenes. La educación sexual que enseñe a los jóvenes que el sexo*

con responsabilidad y en libertad, no tiene nada de malo. Los chicos y chicas que reciben información sobre la sexualidad desde pequeños o antes de haberse iniciado sexualmente, tienden a postergar su primera relación y cuando esta se da, es deseada, protegida y no violenta”.

Mario Pablo Rodríguez Hurtado reflexiona (...), “Por qué los autores de esta ley se han atrevido a dar un paso tan sobre criminalizado y completamente injustificado? ¿Qué los motiva a considerar delito, actos completamente naturales y legítimos, como son las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 años? ¿Por qué no se han detenido a evaluar los problemas que esta ley va a ocasionar fatigando más los recargados despachos fiscales y judiciales, y ahondando el hacinamiento y la desesperanza en los penales, debido al drama de los presos sin condena? La única respuesta la encontramos (...) en la falta de una auténtica política criminal o política pública de afrontamiento de la delincuencia; sin ella, el legislador se enfanga en cambios normativos, irracionales y, además, draconianos, postergando una visión y salida socio económica, familiar, cultural y educativa del problema”.

2.7.15 Interpretación histórica

El Código Penal 1940, modificado por Decreto Ley N° 20583, en su artículo 201° estableció la edad de los sujetos pasivos del delito de seducción en catorce (14) años, bajo la consideración que la Ley N°9181, modificatoria del artículo 87° del Código Civil había rebajado a catorce (14) años la edad de la mujer para contraer matrimonio, siendo necesario concordar la legislación civil con la penal en este aspecto, correspondiendo a los planes educacionales considerar una adecuada orientación sexual a los adolescentes.

El Código Penal de 1991, en la redacción original del artículo 173° -antes de su modificatoria por Ley N° 28704 de 05/04/2006- no había considerado como sujetos pasivos del delito de violación sexual de menores,(...) a los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años, por considerar que el bien jurídico indemnidad o intangibilidad sexual, era propio para aquellos adolescentes y niños menores de catorce (14) años, quienes por su grado de inmadurez psico-biológico carecen de voluntad de comprender y captar la trascendencia del acto sexual, negándose validez jurídica a su consentimiento.

Nótese la clara distinción con el bien jurídico libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) años y menos de dieciocho (18) años, para consentir válidamente una relación sexual, salvo que medie engaño del sujeto activo como elemento distorsionador de la declaración de voluntad de aceptación de la copula sexual, como elemento configurativo del delito de seducción.

El artículo 170° del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28251 del 08/06/2004, consideró (...) como circunstancia agravante de pena, cuando la violación sexual estaba dirigida contra adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años (inciso 4). Redacción que ratificaba el reconocimiento a la protección de su libertad sexual como el bien jurídico protegido por el tipo base, al exigir la concurrencia de los medios de violencia o amenaza para doblegar precisamente tal libertad, a efectos de obtener el acceso carnal reprochable; sin embargo, tal agravante fue excluida por el artículo 1° de la Ley 28704° del 05/04/2006 y el artículo 1° de la Ley N°28963 del 24/01/2007.

La Ley N°28704 del 05/04/2006, que modifica el artículo 173° del Código Penal, para incluir (...) a los adolescentes de catorce (14) a

menos de dieciocho (18) años (inciso 3°), pretendiéndose vía la represión penal coactar su libertad de autodeterminación sexual para decidir cómo, cuándo y con quien tener acceso carnal, negando eficacia jurídica al consentimiento, en una (mala) suerte de equiparación a la especial situación psico-biológica de los menores de catorce (14) años. Esta nueva regulación penal que amplía arbitrariamente la franja de indemnidad sexual a toda persona menor de dieciocho años, constituye sin lugar a dudar el más craso error legislativo, que solo se justifica en el supuesto rédito político de cierto sector conservador de la sociedad, como abanderados de una falsa y mojigata moralidad.

Y actualmente el legislador continua, sin querer ver la realidad social (respecto de la sexualidad) de los adolescentes, ya que con la Ley 30076, que modifica los artículos 170° y 173° del Código Penal, realiza la dación de la ley sin tomar en cuenta que en todo el país, los adolescentes se inician sexualmente a los 13 años de edad y no recién a los 14, además de desconocer los artículos 46° y 389° del CC, los cuales establecen tácitamente que los adolescentes se inician sexualmente e incluso tienen hijos a la edad de 13 años (*ex ante*) y que lo establecido en los ya mencionados artículos del Código Civil; cuando dicen que podrá reconocer a sus hijos a los 14 años, es una descripción *ex post*, por tanto le reconoce a los adolescentes libertad sexual, o que pueden disponer del mismo a la edad anterior al cumplimiento de la fijada para dicho derecho civil.

2.8 Definición de términos

Derecho a la libertad:

El derecho a la libertad que cada ciudadano posee por su condición de persona es inalienable en la responsabilidad de la construcción del grupo social.

Desde su libertad, vivir en sociedad le implica el compromiso del respeto hacia los Demás ciudadanos, donde se inscribe los límites de su actuar para no violentar los derechos ajenos¹³¹.

Sexualidad:

La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción plena de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, placer, ternura y amor. Para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos, los derechos sexuales deben ser ejercidos, promovidos y defendidos por todas las sociedades con todos sus medios¹³².

Derecho a la Libertad sexual:

Por la cual; la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos, excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexual en cualquier etapa y situación de la vida. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos¹³³.

Derecho a la autonomía, a la integridad, y a la seguridad sexual del cuerpo:

El mismo que adopta la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual en un contexto de ética personal y social; en el cual eran incluidas también la capacidad de control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación o violencia de cualquier tipo¹³⁴.

131 ARCE GALLEGOS, M. “El Delitode Violación Sexual”,ED. ADRU, Arequipa – Perú, Mayo-2010.p. 88.

132 *Ibíd.*, p.89

133 *Ibíd.*, pp.91- 92.

134 ARCE GALLEGOS, M. “El Delito de Violación Sexual”, Ed. ADRU, Arequipa – Perú, Mayo-2010.p.89

Indemnidad sexual:

La idea de indemnidad sexual se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, para ello, como 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 sexual¹³⁵.

Acuerdo plenario:

Las decisiones vinculantes que más han tenido difusión y aplicación en nuestro medio han sido los llamados acuerdos plenarios vinculantes, a través de la cuales las salas penales de la corte suprema desarrollan y expiden la llamada *doctrina legal*¹³⁶.

Ley más favorable al reo:

En el artículo 6°, el legislador dispone que se aplicara la ley más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales y que si “durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”. Por último, indica que si “según la nueva ley el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho”¹³⁷.

135 MONGE FERNANDEZ, A. “Consideraciones dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial”, Revista Peruana de Ciencias Penales N°14, Lima-Perú, 2004. p.274

136 GÁLVEZ VILLEGAS, TA. “Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal”, Jurista Editores., Ed. Agosto 2012, pp.187 a 188.

137 HURTADO POZO, José, “Manual de Derecho Penal, Parte General I”, 3ra. Ed., Grijley, Lima- Perú, 2005, pp.300 a 301

Bien jurídico de libre disposición:

La libertad de disposición está limitada por el carácter personal del bien jurídico en cuestión; pero, así mismo, tanto por la importancia de este mismo bien como por los principios fundamentales del orden jurídico, en particular el respeto a los derechos humanos¹³⁸.

Consentimiento:

El consentimiento propiamente dicho, por el contrario y de acuerdo a la concepción mayoritaria, concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y solo sería una causa de justificación, si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de la voluntad sea válida. El fundamento invocado, con frecuencia es el de autodeterminación o a la libertad personal consagrada por la constitución¹³⁹.

2.9 Hipótesis de investigación

2.9.1 Hipótesis general

El legislador ha establecido el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes, en 14 años de edad; pero la realidad jurídico – social imperante demuestra la existencia de encuentros sexuales consentidos por los adolescentes de 13 años, lo cual se encuentra establecido mediante casos judiciales en concreto, estadísticas de edad promedio de inicio de la relación sexual, realizada por el propio Estado peruano a través del INEI (SENAJU - DINDES) en el año 2011 y ENDES en el 2012, así como también se hace el reconocimiento expreso en los artículos 46° y 389° del Código Civil peruano.

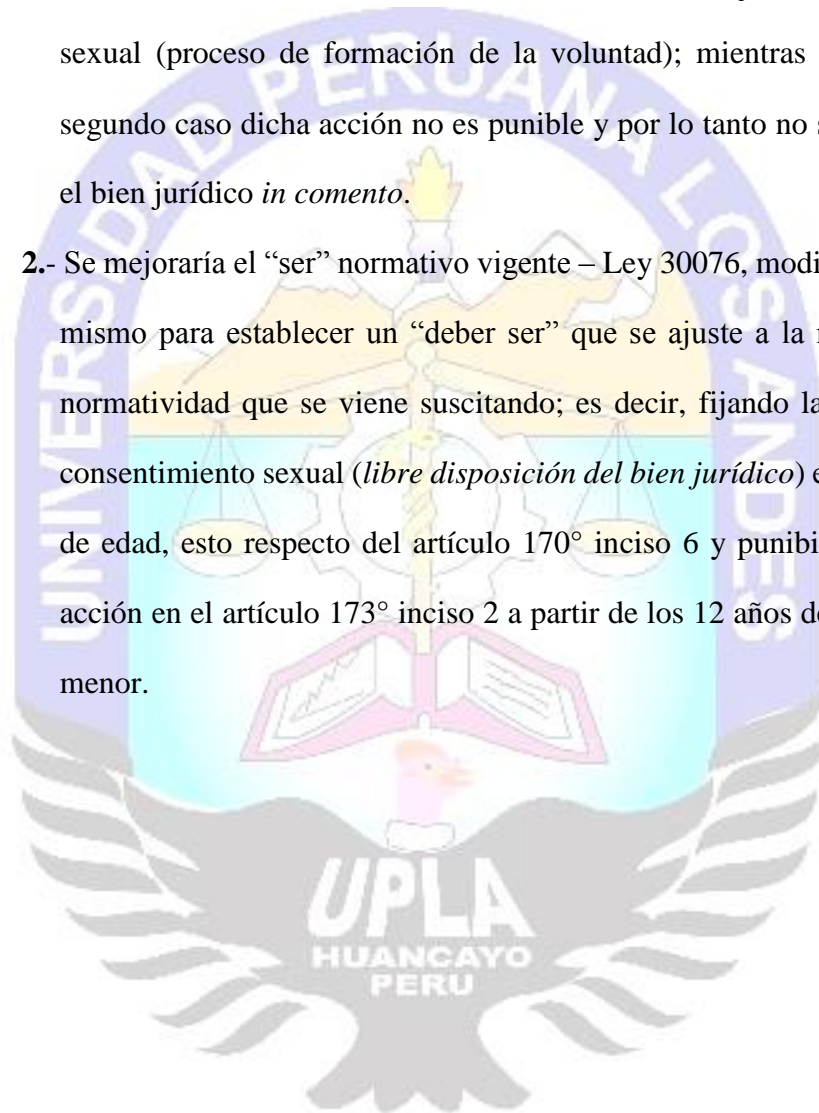
¹³⁸ *Ibid.* p. 480

¹³⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, HURTADO POZO, J., Ob.cit, p.476.

2.9.2 Hipótesis específicas

1.- La diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años), es que en el primer caso no puede producirse engaño alguno para que el adolescente de su consentimiento (viciado) a tener acceso carnal (relaciones sexuales), ya que de darse dicho engaño se configuraría el delito de seducción (Art. 175°), vulnerando el bien jurídico libertad sexual (proceso de formación de la voluntad); mientras que en el segundo caso dicha acción no es punible y por lo tanto no se vulnera el bien jurídico *in comento*.

2.- Se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, modificando el mismo para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando; es decir, fijando la edad del consentimiento sexual (*libre disposición del bien jurídico*) en 13 años de edad, esto respecto del artículo 170° inciso 6 y punibilizando la acción en el artículo 173° inciso 2 a partir de los 12 años de edad del menor.



2.9.3 Identificación y relación entre las variables

HIPÓTESIS GENERAL:

HIPÓTESIS	V.I.	INDICADORES
El legislador ha establecido el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes, en 14 años de edad; pero la realidad jurídico – social imperante demuestra la existencia de encuentros sexuales consentidos por los adolescentes de 13 años, lo cual se encuentra establecido mediante casos judiciales en concreto, estadísticas de edad promedio de inicio de la relación sexual, realizada por el propio Estado peruano a través del INEI (SENAJU - DINDES) en el año 2011 y ENDES en el 2012, así como también se hace el reconocimiento expreso en los artículos 46° y 389° del Código Civil peruano.	El legislador ha establecido el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes en 14 años de edad.	-Libertad -Autodeterminación -Libre Desarrollo de la Personalidad. -Libertad Sexual e indemnidad Sexual.
	Pero la realidad jurídico – social imperante demuestra la existencia de encuentros sexuales consentidos por los adolescentes de 13 años, lo cual se encuentra establecido mediante casos judiciales en concreto, estadísticas de edad promedio de inicio de la relación sexual, realizada por el propio Estado peruano a través del INEI (SENAJU - DINDES) en el año 2011 y ENDES en el 2012, así como también se hace el reconocimiento expreso en los artículos 46° y 389° del Código Civil peruano.	

2.9.4 Operacionalización de variables

VARIABLE INDEPENDIENTE:

La libertad sexual.

VARIABLE DEPENDIENTE:

Bien jurídico de los adolescentes de 14 y menores de 18 años.

VARIABLE DEPENDIENTE:

La modificación del delito de violación sexual (tipo base).



CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Tipo de investigación

Jurídico Propositiva - Explicativa: porque se tomó como base las teorías y leyes existentes, lo cual nos ayudará a fundamentar nuestra investigación, al final de la cual propondremos una modificatoria o nueva ley, o propuesta doctrinaria. Asimismo, la explicación se centra en el análisis para buscar las causas de los fenómenos, su relación y semejanza con otras realidades, en este tipo de investigación una vez determinado el punto de partida de un problema jurídico, la explicación se realiza por medio de la inferencia. No solamente responde al ¿Cómo? Sino que se centra en explicar al ¿Por qué del fenómeno?, o ¿Cuáles son las causas? ¿Cuáles son las razones o argumentos? No solo describe el problema, sino que intenta encontrar las causas y explicarlos, que significa teorizar racionalmente acerca del hecho o fenómeno jurídico.

3.2 Diseño de la investigación:

Es Mixto (cualitativo - Cuantitativo): Regularmente cuando se elige el diseño de una investigación se opta por lo cualitativo, cuantitativo o mixto.

El diseño es la estrategia que define el tipo epistemológico de la investigación científica, todo depende de la disciplina o área de investigación. La investigación en el derecho se sujeta esencialmente (*no absolutamente*) **al diseño cualitativo**. Empero hay quienes para otorgarle artificialmente un carácter “científico” a las investigaciones en el derecho imponen el diseño cuantitativo y desdeñan lo cualitativo, desconociendo la esencia epistemológica del Derecho.

Es inconveniente antagonizar ambos diseños, pues, no son excluyentes, más bien, deben ser utilizados convenientemente; regularmente se mutan, dando lugar al diseño mixto. Aunque la diferencia de ambos diseños tiende a superarse, la tendencia es combinarlos en el proceso de investigación. Asimismo, se señala que, “cuando los datos son múltiples y de tipo repetitivo y estructurado (*muchos datos formalizados y estandarizados referidos a muchas unidades de análisis de cierto tipo*) se impone un tratamiento cuantitativo, que usualmente es de tipo estadístico, como, por ejemplo, al procesar una encuesta o al analizar registros económicos. Otros tipos de análisis cuantitativos son por ejemplo el análisis contable o el análisis de modelos matemáticos formales. Otras veces cuando los datos no tienen esas características se impone un tratamiento cualitativo, que es frecuente en disciplinas tales (...) como el Derecho (*aunque en todas esas disciplinas también es posible el diseño basado en el tratamiento cuantitativo de la misma información*).

En el Derecho trabajamos con diseños cualitativos, no experimentales, investigamos sin manipular deliberadamente objetos o variables. En este caso no decidimos a nuestro criterio la variación intencional de las variables independientes para verificar sus efectos en las dependientes. Lo más que hacemos es observar los hechos o fenómenos tal como se expresan en su contexto natural y mediante un proceso cognitivo la interpretamos jurídica, social, axiológica o políticamente, proponiendo posibles soluciones a base de argumentos.

3.3 Lugar y periodo de investigación, determinación del universo, selección de muestra unidad de análisis

LUGAR: La investigación se enmarca dentro del distrito del Tambo - Huancayo.

PERIODO: De investigación abarca el año 2013, en el que se realizó la encuesta en el distrito del Tambo – Huancayo, respecto de cuando iniciaron su vida sexual las personas (varones y mujeres) de entre 15 a 25 años de edad cronológica.

Además, validaremos la misma con encuestas realizadas por el propio Estado Peruano a nivel nacional, realizada por el INEI en los años 1994 – 2011 y 2012.

3.4 Población o universo:

La población de investigación esta conformado por 500 peruanos de entre 15 y 25 años de edad. Por ser una investigación mixta (cualitativa - cuantitativa) recurriremos como ya mencionamos a encuestas, una realizada en

el distrito del Tambo –Huancayo e incluiremos otras, realizadas a nivel nacional como un marco de referencia y validez mucho más confiable.

a) Delimitación geográfica o espacial: Abarca el distrito del Tambo – Huancayo.

b) Delimitación temporal: Comprendido dentro del año 2013 en el que se realizó la encuesta, respecto del inicio sexual (en personas de 15 a 25 años de edad) en el distrito antes mencionado.

3.5 Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.5.1 Métodos:

Se realiza planificada y sistemáticamente; concatenada dialécticamente; utiliza técnicas e instrumentos, teóricos como prácticos diseñados por el investigador, no hay ciencia sin método y cada ciencia tiene sus propios métodos y procedimientos metodológicos. Algunos estudiosos recusan la existencia del método científico en sí; y aseguran que “la ciencia es lo que hacen los científicos, y que hay tantos métodos científicos como hombres de ciencia”. Es cierto que en cuestiones de ciencia no hay recetas infalibles y que la investigación debe abrir trechos en la selva de los hechos, asimismo también es cierto que los científicos elaboran su propio estilo de pesquisa y de organización de los datos. Existen, sin embargo, ciertas pautas básicas para plantear problemas y poner a prueba las posibles soluciones que se formulan. En ciencias, no hay avenidas hechas, pero si una brújula a cada instante, la cual a menudo es posible estimar si se está sobre una huella promisoria. Esta brújula es el método científico, que no produce automáticamente el saber, pero que evita que nos perdamos en el caos aparente de los fenómenos. La

expresión derecho penal es utilizada para designar el conjunto de reglas jurídicas destinadas a regular el ejercicio del poder punitivo del estado, así como para referirse a la disciplina que estudia esta rama del orden normativo. En el dominio jurídico, la distinción del objeto de estudio de la disciplina que lo estudia tiene su origen en la consolidación del principio de legalidad, en la medida en que este determina y circunscribe el derecho como un conjunto de normas positivas. El hecho de que el derecho sea lenguaje y que siempre requiera ser interpretado implica que exista una relación estrecha entre el derecho – objeto de estudio (derecho positivo) y el derecho disciplina jurídica que se ocupa de dicho objeto, esta circunstancia debe ser tenida en cuenta tanto para comprender bien que es la dogmática penal, como para recibir correctamente en qué consiste la labor del jurista al *estudiar las normas y sistematizar los resultados* de su trabajo. Esta distinción tiene su origen en la consolidación del principio de legalidad, en la medida en que este determina y circunscribe el derecho como conjunto de normas legales positivas¹⁴⁰.

En Alemania y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento germánico, la ciencia del derecho penal es designada bajo el nombre *strafrechts dogmatik*. En Francia se prefiere el término ciencia, disciplina o, en teoría general del derecho doctrina. De esta manera, se trata de señalar, por un lado, la actividad intelectual de los penalistas (criminalistas) y, por otro el conjunto de trabajos resultantes de sus investigaciones¹⁴¹. Así se la define como la actividad jurídica

140 MAURACH, REINHART/ ZIPF, HEINZ, STRAFRECHT, AT, T.1, GRUNDLEHREN DES STRAFRECHTS UND AUFBAU DER STRAFT, 8. AUFLGE, HEIDELBERG/KARLSRUHE.

141 KILLIAS M. y BERNARD DENEREAZ, “*Precis de Droit Penal General*”, 2da. Ed., Berne, 2001.

caracterizada por la elaboración de razonamientos teóricos con la pretensión de revelar verdades absolutas. Estas diferencias de opinión son de parte debidas a las diferentes maneras de concebir la ciencia. La negación del carácter científico de la dogmática tiene como base, a menudo, el criterio clásico de la ciencia empírica o experimental. El mismo que ha sido superado, no solo por la admisión de otro tipo de ciencias, como las humanas, sino por los nuevos análisis en el ámbito del conocimiento que han cambiado profundamente la manera de percibir las ciencias, como las matemáticas o la física. Un aspecto importante es que no debe asociarse el carácter científico a la determinación del objeto del conocimiento, ni a la neutralidad u objetividad de los análisis, sino más bien al método o métodos utilizados según las pautas que sean aceptadas en un contexto determinado. De modo que la dogmática debe ser considerada como ciencia en la medida en que cuando se deban resolver problemas se ajuste a las exigencias que rigen la práctica científica. En esta perspectiva, debe analizarse la noción de dogmática, sus métodos y finalidades. Conviene precisar en qué consiste la actividad real de los juristas, para lo que deben delimitarse sus intenciones y sus objetivos más allá de sus alegaciones. Sin polemizar demasiado, hay que admitir que el jurista, para fijar mejor el sentido de las normas legales, busca comprender sus enunciados y, de esta manera, complementar y perfeccionar el derecho positivo, inevitablemente incompleto. También trata de organizarlas en un sistema organizado y coherente. Resulta así comprensible que la dogmática penal haya sido descrita como una ciencia cuyo objetivo es investigar el sentido de las reglas y organizarlas en un sistema, para contribuir al desarrollo del derecho.

Los malentendidos surgen cuando la labor de los juristas es explicada afirmando, primero, que la doctrina jurídica solo tiene la función de descubrir, mediante un *análisis conceptual*, las soluciones implícitas en el derecho positivo; segundo, que los conceptos jurídicos tienen una significación “realista” en el sentido de que corresponden a las estructuras reales (...).

3.5.2 Método general

Trazegnies Granda, recomienda que todo investigador en el derecho “tiene (...) que alzarse irrespetuosamente contra todos los valores establecidos y contra todas las autoridades paternas para recuperar la libertad, la originalidad, la capacidad de creación y, consecuentemente, la plena responsabilidad de sus planteamientos. El jurista no puede ser servidor sumiso del legislador o de la Escuela o de la doctrina aceptada sino que tiene que asumir el papel del héroe trágico y proseguir, a su propio riesgo, la tarea de creación permanente del Derecho¹⁴². Respecto de nuestra investigación utilizaremos el método deductivo – inductivo, analítico.

3.5.3 Método específico

Por lo vertido en líneas precedentes y de acuerdo a la naturaleza de nuestro trabajo (mixto), el método a utilizar es la dogmática jurídico penal (argumentativa) – sociológico. Se propone el diseño de una investigación teórico dogmático, en la que se apelará a fundamentos históricos y comparativos, que permitan realizar una adecuada función interpretativa de la

142 TRAZEGNIES GRANDA, F. “*Pensando Insolentemente*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima –Perú, 2001, pp.153-154

realidad problemática, a la espera de canalizar aplicativa y explicativamente los resultados y conclusiones.

3.5.4 Nivel de investigación

Explicativo: La explicación se sustenta en la capacidad argumentativa del investigador. La investigación explicativa pretende establecer las causas de los eventos, sucesos o fenómenos jurídicos que se estudian. Va más allá de la simple descripción o del establecimiento de relaciones entre conceptos. Responde por la causa de los hechos o fenómenos jurídicos.

Su interés se centra en explicar porque ocurre un fenómeno jurídico. La explicación (= elemento objetivo). El problema generador y el objeto de la explicación se llama *explicandum* (= lo que hay que explicar). El *explicandum* puede ser sobre un caso o fenómeno jurídico, una norma, principio, precepto, o incluso una teoría o corriente epistemológica¹⁴³.

3.5.5 Características de la investigación

Estática

La población reúne las características de ser dinámica.

3.5.6 Técnicas de recolección de datos (métodos técnicas e instrumentos)

En ningún caso son resultados de fantasías e imaginaciones, sino la conclusión razonada de juicios, principios y normas del derecho aplicables a casos concretos fácticos o formales mediante la disertación jurídicamente argumentada, es decir el derecho es una ciencia de

143 ARAZAMENDI NINACONDOR, L. “La investigación Jurídica”, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima - Perú, 2010, pp. 163 a 164.

realidades, pues busca la fuente en las experiencias que se manifiestan en el contexto social¹⁴⁴.

A) Análisis Documental: Que permitió recopilar información a través de documentos escritos sobre la violación sexual de mayores de 14 y menores de 18 años de edad (leyes, acuerdos plenarios, jurisprudencia vinculante etc.), así como el establecimiento del ejercicio de la libertad sexual en 13 años de edad; a través de diferentes fuentes escritas para realizar el análisis de múltiples supuestos jurídicos, efectos jurídicos y de las posiciones doctrinarias, relacionadas con el tema, etc., como son: Libros, tratados, manuales, ensayos, tesis, códigos, revistas académicas, publicaciones, informes, editoriales, etc.

Instrumentos:

- Internet: Consulta de las páginas web oficial a efectos de recolectar Información legal, jurisprudencial, legislativa, teórico-doctrinario.
- Uso de fichas de recolección de información bibliográfica.
- Encuestas y estadísticas.

3.5.7 Validez y confiabilidad de los instrumentos empleados

Para que los instrumentos puedan tener validez y confiabilidad se someterá a juicio de tres expertos, de los cuales uno de ellos será un metodólogo en investigación jurídica y dos especialistas en derecho penal. Así, como la misma se establece por medio de los resultados estadísticos obtenidos y descritos en la presente tesis.

144 Ídem., p. 26

3.5.8 Procedimientos de recolección de datos a emplear:

Pruebas Estadísticas:

Se utilizó la estadística descriptiva haciendo uso de las distribuciones de frecuencia tales como:

- Frecuencia Absoluta.
- Frecuencia Relativa.

Por otro lado, para presentar los datos se utilizó

- Cuadros Estadísticos
- Gráficos lineales como el histograma de frecuencia.
- Gráficos de superficie como las barras y los circulares.

3.6 Procesamiento de datos

3.6.1 Elaboración de procesamiento de datos:

Se utilizó el Microsoft office Word y Excel, para el procesamiento de información y realizar el análisis e interpretación de los resultados obtenidos de acuerdo a las hipótesis planteadas.

3.7 Análisis estadístico: descriptivo e inferencial

3.7.1 Muestra, tipo de muestreo, tamaño de la muestra

- a) Para el análisis estadístico:** La muestra será representada por 212 personas de entre 15 a 25 años de edad.
- b) Unidad de análisis:** Constituido por alrededor de 212 personas.

El tipo de muestreo es probabilístico.

El tamaño de la muestra se realizó de acuerdo al procedimiento para calcular el tamaño de la misma, conforme se describe a continuación:

$$n = \frac{z^2 \cdot p \cdot q \cdot N}{S^2 (N-1) + z^2 \cdot p \cdot q}$$

n = Tamaño de la muestra.
N = Población
z = Nivel de Confianza
p = Probabilidad a favor (0.50)
q = Probabilidad en Contra (0.50)
s = Error de Estimación.
& = 99%
z = 2.58
p = 0.5
q = 0.5
s = 0.08

REEMPLAZANDO:

$$n = \frac{z^2 \cdot p \cdot q \cdot N}{S^2 (N-1) + z^2 \cdot p \cdot q} = \frac{(1.96)^2 (500) (0.6) (0.4)}{(0.05)^2 (500-1) + (1.96)^2 (0.6) (0.4)}$$

$$n = \frac{3.8416 \times 120}{1.2475 + 0.921984} = \frac{460.992}{2.169484} = 212$$

3.8 Criterios de inclusión y exclusión:

Criterios de inclusión:

Las personas de entre 15 a 25 años de edad que hayan emitido su consentimiento a la hora de mantener relaciones sexuales con personas mayores de edad, es decir; hecho ejercicio de su libertad sexual a la edad de 13 años (haber iniciado su vida sexual).

Criterios de exclusión:

Aquellas personas mayores de edad (18) que hayan cometido realmente el delito de violación sexual; es decir, sin contar con el consentimiento de los adolescentes de 13 y menores de 18 años de edad.

3.9 Plan de análisis e interpretación de datos:

ANÁLISIS DESCRIPTIVO

Se realizó por hipótesis, teniendo en cuenta los datos obtenidos a lo largo de la investigación jurídica y la descripción de las estadísticas.

PAQUETES ESTADÍSTICOS

En la presente investigación jurídica se utilizó Excel 2010, para realizar la interpretación de los resultados obtenidos. Asimismo, para la contrastación de las hipótesis se realizó en base a la matriz de consistencia y a los argumentos, fundamentos e interpretaciones recabadas en función a nuestra propuesta y aporte.



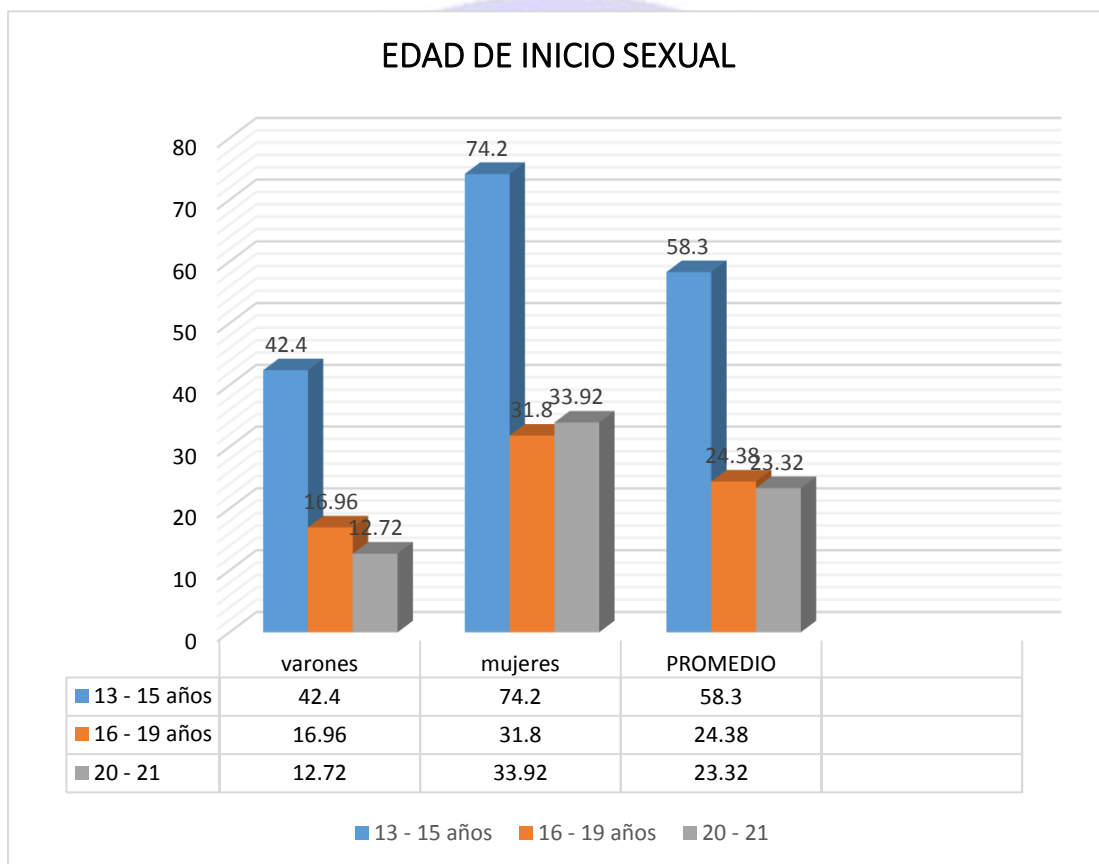
CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LAS HIPÓTESIS, Y TOMA DE POSTURA

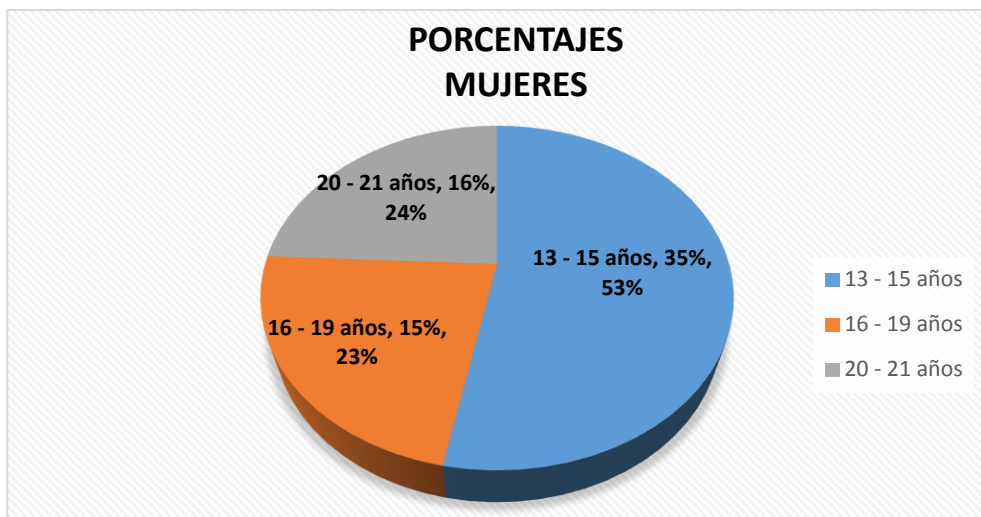
4.1 Discusión de los resultados

Según la encuesta realizada en el Distrito del Tambo (AA.HH JUSTICIA PAZ Y VIDA – como Universo) – Huancayo, teniendo una población de 500 personas y habiendo obtenido una muestra de 212 de las mismas, las cuales contaban con una edad de entre 15 a 25 años de edad, tomamos a las personas de entre esa edad para que ante las preguntas formuladas [¿A qué edad inicio o tuvo su primera relación sexual?, ¿Qué grado o tipo de relación lo/la unía a dicha persona (amigo/a, enamorado/novio o conviviente)? y ¿Si la persona con la que tuvo su primera relación sexual era de la misma edad que Ud. (adolescente/mayor de edad)?], expresaran de manera objetiva y anónima el cuestionario, marcando con un aspa (X) en el paréntesis en blanco de la alternativa planteada, de las cuales obtuvimos los siguientes resultados:

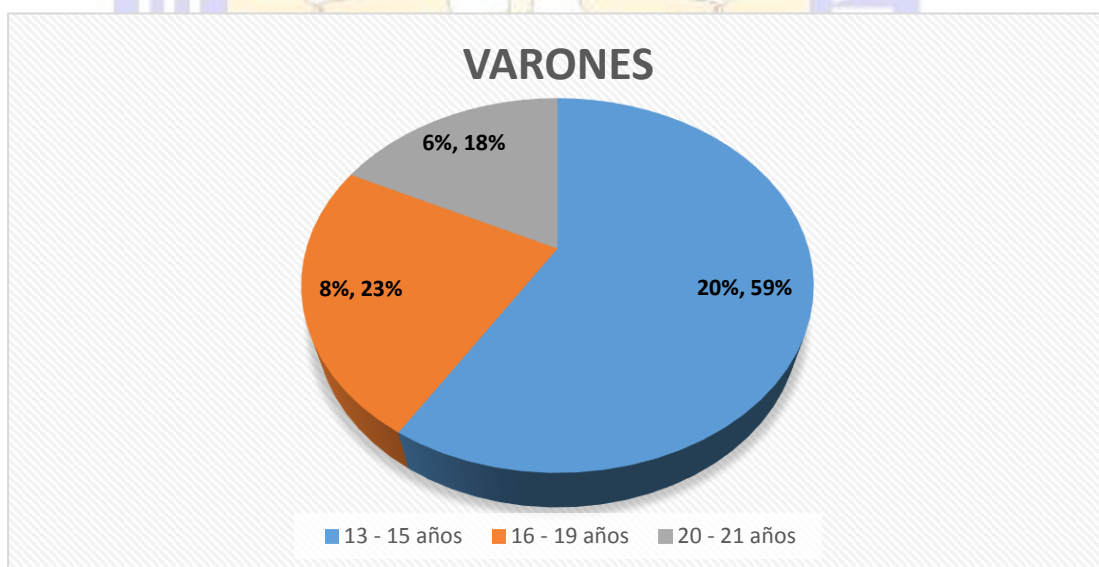
Los gráficos que a continuación mostramos, se ha tomado mayor consideración al rango de edad de entre 13 – 15 años, dado a que es este rango en concreto materia nuestra presente investigación de los cuales estableceremos las interpretaciones más pertinentes y adecuadas para poder de esa forma validar o contrastar nuestras hipótesis iniciales con los resultados que como volvemos a señalar mostramos de la siguiente manera.

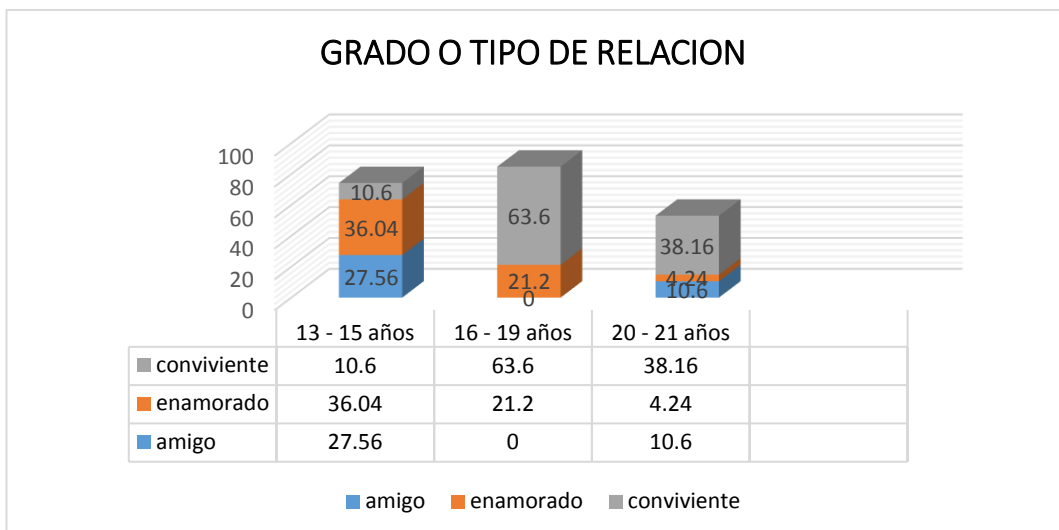


El 35% (74.2) por ciento de mujeres que al año 2013 tenía entre 15 a 25 años de edad, declaro que tuvo su primera relación o inicio sexual a la edad de entre 13 a 15 años de edad.



El 20% (42.4) por ciento de varones que al año 2013 tenía entre 15 a 25 años, declaró que tuvo su primera relación sexual (inicio) entre los 13 a 15 años de edad.





Este cuadro nos indica que en el rango de edad de 13 – 15 años, el 17% (36.04) de las personas encuestadas tuvo su primera relación sexual con sus enamorados, el 13% (27.56) del mismo rango de edad señala que fue con un amigo y el 5% (10.6) manifestó que fue con su conviviente. Asimismo, no se realizó una interpretación del rango de edad de entre 22 a 25 años en razón de que las personas encuestadas no establecieron los rangos en que se produjeron sus primeras experiencias sexuales en esta escala. Y a la pregunta si la relación que tuvieron en los rangos o grupos de edad, fue con otro adolescente o mayor de edad el 55% por ciento de todas las personas encuestadas respondió que fue con una persona mayor de edad en el rango de 18 a 24 años (pareja sexual).

Además de los cuadros estadísticos ya descritos realizados a nivel local – distrital, es tal vez de mucho mayor importancia señalar que las estadísticas porcentuales realizados por el INEI (Primera Encuesta Nacional de la Juventud 2011 – SENAJU/DINDES) a nivel Nacional, señalan la incidencia de que los adolescentes inician su vida sexual entre los 12 a 14 años de edad.

EDAD PROMEDIO DE INICIO DE LA RELACIÓN SEXUAL (INEI)

Según la ENAJUV, del total de la población de 15 a 29 años de edad, se observa que el 72,3% tuvo como promedio de inicio de relación sexual entre los 15 a 19 años de edad; el 15,1%, entre los 20 a 24 años de edad y el 11,5%, entre los 12 a 14 años de edad. En los **hombres**, el 74,7% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad; el **15,4%** entre los **12 a 14 años de edad** y el 9,6%, entre los 20 a 24 años de edad. En las **mujeres**, el 69,8 % se inició entre los 15 y 19 años de edad; el 21,3%, entre los 20 a 24 años de edad y el **7,1%**, entre los **12 a 14 años de edad**.

Por **grupos de edad**, se observa que el **mayor porcentaje** de jóvenes de 15 a 19 años de edad tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad, con el 80,5% y el **19,5%**, entre los **12 a 14 años de edad**. (...).

PERÚ URBANO

Según áreas geográficas, en el área urbana, el 71,8% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad; el 15,7%, entre los 20 a 24 años de edad y el **11,3%**, entre los **12 a 14 años de edad**.

Observamos en los datos por sexo, que, en los hombres, el 74,0% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el **16,0%**, entre los **12 a 14 años de edad**. Asimismo, en las mujeres, el 69,4% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el 22,9%, entre los 20 a 24 años de edad.

PERÚ RURAL

En el área rural, difiere el comportamiento: se observa que en su mayoría el 74,4% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los

15 a 19 años de edad; el **12,5%**, entre los **12 a 14 años de edad** y el 11,9%, entre los 20 a 24 años de edad.

En los hombres, el 77,1% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el **11,9%**, entre los **12 a 14 años de edad**. En las mujeres, observamos que el 71,8% se inició entre los 15 a 19 años de edad y el 13,6%, entre los 20 a 24 años de edad.

Lima Metropolitana

(...), tenemos otro panorama: el 73,3% tuvo como promedio de inicio de la relación sexual entre los 15 a 19 años de edad; el 15,7%, entre los 20 a 24 años de edad y el **10,0%**, entre **12 a 14** años de edad.

A nivel de sexo, en los hombres, el 75,9% se iniciaron entre los 15 a 19 años de edad y el **15,0%**, entre los **12 a 14** años de edad.

De la misma forma en el 2012:

Según la ENDES 2012 (Encuesta Demográfica y de Salud Familiar), un 8,5% de las mujeres de 25-49 manifestó haber tenido relaciones sexuales antes de cumplir los 15 años y un 41,0% antes de los 18 años.

En la investigación “Sexo, Prevención y Riesgo” realizada en el Perú por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (2008) en jóvenes hombres y mujeres de 12 a 19 años de edad y sus madres, se encontró que un 21,2% (276 mujeres) de las mujeres y 41,1% (455 varones) de los varones adolescentes de 15 a 19 años reportaron haber tenido alguna vez relaciones sexuales. Los valores más altos se reportaron en Iquitos 30% para mujeres y 60% para

varones. *Entre las edades de 12 a 14 años, el 4% de mujeres y el 6% de varones reportaron haber tenido relaciones sexuales.*¹⁴⁵

Ahora bien, pasamos a realizar el contraste de los cuadros (interpretaciones) con nuestras hipótesis.

4.1.1 Sobre la hipótesis general

El legislador ha establecido el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes, en 14 años de edad; pero la realidad jurídico – social imperante demuestra la existencia de encuentros sexuales consentidos por los adolescentes de 13 años, lo cual se encuentra establecido mediante casos judiciales en concreto, estadísticas de edad promedio de inicio de la relación sexual, realizada por el propio Estado peruano a través del INEI (SENAJU - DINDES) en el año 2011, así como también se hace el reconocimiento expreso en los artículos 46° y 389° del Código Civil peruano.

Nuestra hipótesis inicial general a través de los resultados estadísticos, obtenidos mediante una encuesta realizada en el distrito del Tambo (AA.HH Justicia, Paz y Vida) - Huancayo, se encuentra totalmente probada, dado a que los resultados arrojan, que el 35% (74.2) por ciento de mujeres, tuvo su primera relación o inicio sexual a la edad de entre 13 a 15 años de edad y el 20% (42.4) por ciento de varones, tuvieron su primera relación sexual entre los 13 a 15 años de edad. Haciendo un total del 55% de personas que se iniciaron sexualmente a entre los 13 a 15 años de edad.

145 PLAN MULTISECTORIAL PARA LA PREVENCIÓN DEL EMBARAZO EN ADOLESCENTES 2013-2021, P.13

Asimismo, queda demostrado que bajo su propio estudio – encuesta, realizado en el año 2011 como ya describimos líneas arriba el Estado Peruano (INEI – además de las estadísticas mostradas a lo largo de la investigación) ha establecido que existen porcentajes importantes de la población nacional que inician su vida sexual entre los 12 a 14 años de edad, lo cual concuerda con nuestra hipótesis general al encontrarse los 13 años en el rango establecido líneas precedentes.

Además, lo más resaltante y base de nuestra presente tesis son los artículos 46° y 389° del Código Civil Peruano, en razón de que el segundo párrafo del Artículo 46° prescribe:

“Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo (...)”

Descripción de la cual debe siempre hacerse la siguiente interpretación:



Es decir, que como indicamos en el gráfico, se le reconoce una libertad sexual a partir de los 13 años de edad, toda vez que indica que una vez cumplidos los 14 años y nacido el hijo podrá realizar ciertos actos civiles como por ejemplo reconocer a sus hijos, pero esto último es para

temas civiles y no penales, por ende hemos de señalar que para el caso penal se reconoce y establece una libertad de ejercicio del bien jurídico libertad sexual (que no es otra cosa que lo prescrito en el artículo 20 inciso 10 del Código penal).

Interpretación que se desprende del artículo (concordado) 389° del Código Civil en su parte *in limine*, prescribe: “(...) o también cuando los padres sean menores de 14 años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los 14 años, podrá reconocer a su hijo”.

Lo descrito líneas arriba lleva intrínsecamente consigo, el reconocimiento de una libertad sexual a los 13 años y una vez cumplidos los 14 años de edad podrá tener algunos derechos civiles como el reconocer a su hijo. Por lo tanto, vemos de manera clara, que desde ya nuestro Código Civil reconoce un ejercicio libre de su sexualidad a los adolescentes de 13 años.

4.1.2 Sobre la primera hipótesis específica

La diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años), es que en el primer caso no puede producirse engaño alguno para que el adolescente de su consentimiento (viciado) a tener acceso carnal (relaciones sexuales), ya que de darse dicho engaño se configuraría el delito de seducción (Art. 175°), vulnerando el bien jurídico libertad sexual (proceso de formación de la voluntad); mientras que en el segundo caso dicha acción no es punible y por lo tanto no se vulnera el bien jurídico *in comento*.

Esta hipótesis, encuentra su fundamento y lo probamos a través de lo prescrito por el artículo 175° del Código Penal vigente, en el cual se señala: “El que 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 14 años y menos de dieciocho años* será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.”

Por lo tanto, hemos demostrado que la libertad sexual de los adolescentes y la libertad sexual de los mayores de edad, no son lo mismo, en virtud de que en el primer caso se protege a través del artículo 175°, el proceso de formación de la voluntad del menor y por ende este no sea engañado, que su consentimiento esté libre de vicios con los cuales se vulnera su libertad sexual; cuestión muy diferente lo que ocurre con los adultos de quienes a diferencia de los adolescentes, se supone ya alcanzaron un desarrollo psicológico (y fisiológico) para poder autodeterminarse sexualmente, además de un desarrollo cognitivo (ya sea empírico o científico) de información adecuada para el ejercicio de su libertad sexual, así como también el hecho de que a un adulto “ya no podría engañársele”, por lo cual el control social de ultima ratio (derecho penal) ya no prohíbe dicha “seducción”, más por el contrario está permitido, lo que es evidente con la “*vis grata puellas*”, que no es otra cosa que un nivel de seducción que implica no propiamente violencia física, pero si la una fuerza sutil usada ya sea por el varón o la mujer de forma que a ambos agrade, guste les sea grato a nivel afectivo – pasional.

4.1.3 Sobre la segunda hipótesis específica

Se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, modificando el mismo para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando; es decir, fijando la edad del consentimiento sexual (*libre disposición del bien jurídico*) en 13 años de edad, esto respecto del artículo 170° inciso 6 y punibilizando la acción en el artículo 173° inciso 2 a partir de los 12 años de edad del menor.

Ahora bien esta última hipótesis a manera de propuesta, la planteamos de modo correlativo a las anteriores hipótesis; es decir, que es la consecuencia lógica del os ya estructurado a lo largo de todo lo que aquí propugnamos, se acontezca con una modificación, en razón de que el ser normativo vigente no ha sido fijado de forma tal que cubra o llene todos los vacíos normativos y sobre todo sin tomar en cuenta los artículos 46° y 389° del Código Civil, además de que la peor omisión que ha tenido el legislador (del Estado peruano) es de no haber tenido en cuenta sus propios datos estadísticos realizados por el INEI, donde se establece que hay una incidencia de que los adolescentes de 13 años ya han tenido su inicio sexual a dicha edad y no como se encuentra fijado actualmente (14 años), que si bien podríamos decir ha sido un gran avance para el reconocimiento de la libertad sexual en adolescentes, no ha logrado cerrar el tema en función a que no tomo las medidas y los instrumentos legales existentes que dan por establecido la edad de 13 años como inicio de las relaciones sexuales. Por lo ya advertido, esta hipótesis también queda probada con los planteamientos mostrados.

4.2 Aporte y toma de postura

Nuestro aporte es jurídico – social; es jurídico por cuanto ayudamos a una mejor comprensión de en cuanto y al como a de fijarse la edad del consentimiento en 13 años (mas no en 14 años), para lo cual estableceremos los requisitos para hacer valido el consentimiento y por ende ejercicio del bien jurídico libertad sexual de los adolescentes de 13 años en adelante; y es social porque ante todo hemos de hacer primar la realidad que nuestros adolescentes viven actualmente (y desde ya hace muchos años atrás).

Disponibilidad del bien jurídico.- A partir de lo afirmado sobre el fundamento del consentimiento, se deduce con claridad que solo concierne a los bienes jurídicos individuales; es decir, a los bienes relativos a la misma persona de quien consciente [...] en el presente caso libertad sexual del adolescente de 13 años de edad]. Por lo tanto, la libertad de disposición está limitada por el carácter personal del bien jurídico en cuestión; pero, así mismo, tanto por la importancia de este mismo bien como por los principios fundamentales del orden jurídico, en particular el respeto a los derechos humanos.

Capacidad para consentir.- Para que el consentimiento sea eficaz, quien lo exprese debe ser una persona capaz. Si bien existe unanimidad sobre la necesidad de este requisito, las opiniones divergen en razón a la diversidad de maneras como es concebido y se acepta o no distinguirlo del acuerdo. En la perspectiva que hemos adoptado, en la medida en que se admita que no hay que practicar esta distinción y se considere que el elemento de la teoría del delito que queda excluido con el mismo es la tipicidad es conveniente considerar que la capacidad de comprensión debe ser apreciada de acuerdo con el carácter de cada tipo penal. Cuestión respecto de la capacidad de

comprensión que es otorgada por el legislador mediante el artículo 46° y 389° del Código Civil, por lo cual hablamos de un reconocimiento de libertad sexual a los adolescentes de 13 años de edad como ya indicamos anteriormente.

Manifestación del consentimiento.- La voluntad de autorizar la intervención del sujeto activo de la acción perjudicial debe ser exteriorizada por cualquier medio o mediante actos concluyentes.

Momento del consentimiento.- La injerencia en los bienes jurídicos ajenos solo puede ser autorizada por el titular del bien jurídico antes de que el autor intervenga, no es admisible un consentimiento a posteriori.

Contenido del consentimiento.- El titular del bien jurídico debe expresar su conformidad respecto a la intervención del tercero sobre la base de una información suficiente y exacta sobre los alcances de esta. Así, él debe tener pleno conocimiento de la naturaleza de la acción consentida, de los peligros que conlleva, así como de los efectos que producirá. Esto implica que sea consciente de la situación en la que se encuentra. Respecto a lo acotado el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00008-2012 (proceso de inconstitucionalidad), ha indicado que los adolescentes cuentan con la información necesaria respecto de su sexualidad, así como la capacidad para autodeterminarse y por ende comprender lo que implica mantener relaciones sexuales, tanto como sus efectos. Además, en específico el artículo 46° y 389° del Código penal le reconocen al adolescente libertad sexual.

Y consentimiento libre.- El consentimiento, debe ser dado con plena libertad. Es decir, que no debe haber sido obtenido mediante engaño o coacción (Art.175° CP).

Ahora bien, durante la realización de la presente investigación también hemos señalado, que lo que propugnamos va acorde a la solución de un problema tanto jurídico, como social, en virtud a que la norma vigente castiga con pena de cárcel a los que tienen acceso carnal con los menores de 14 años (13) con o sin su consentimiento (artículo 173° inc.2), en base a que se ha fijado o establecido la edad del consentimiento para el ejercicio de la libertad sexual en 14 años y no en 13, como debería de ser en función al artículo 46 y 389° del Código civil (como volvemos hacer hincapié) ya que es dicha normativa, que reconoce libertad sexual a los adolescentes de 13 años en adelante, y no como el legislador y el TC, han señalado, desconociendo de esta forma la normativa civil vigente que establece que los adolescentes de 13 años de edad pueden ejercer su libertad sexual.

Asimismo, más que una cuestión en la que debamos de definir propiamente las capacidades tanto fisiológicas como psicológicas del adolescente en referencia, aquí debemos de tener en cuenta las estadísticas del INEI, las cuales indican que los menores de 13 años ya se han iniciado sexualmente o tenido su primera relación sexual, es decir lo que debe primar es la realidad existente y de no hacerlo, como viene ocurriendo actualmente, lo que se genera es la vulneración de dicha libertad (personal de libre disposición), que como ya esgrimimos es legalmente aceptada por nuestro Código Civil vigente, que el legislador ha omitido, de la misma forma que vemos que los requisitos para la eficacia del consentimiento en la presente caso concreto se cumplen.

4.2.1 Propuesta

Actualmente el segundo párrafo (concordado con el primero) del artículo 170° inciso 6 del Código Penal prescribe (Ley N° 30076):

“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 (...).

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

6.- Si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad”.

Nuestra propuesta es que debe modificarse y decir:

6.- Si la víctima tiene entre trece (13) y menos de dieciocho (18) años de edad.”

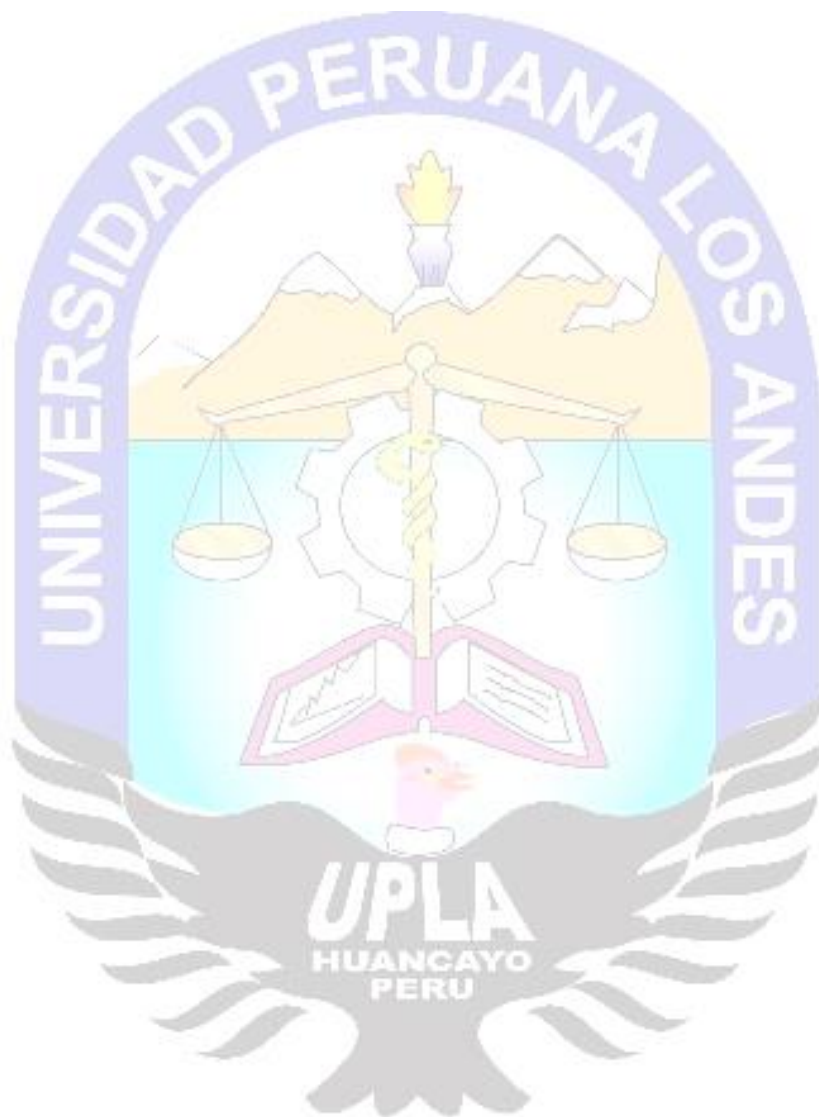
Asimismo, para que no existan contradicciones entre lo dispuesto por el artículo precedente y el artículo 173° inciso 2 de la ley vigente (30076) que señala:

“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, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:(...).

2.- Si la víctima tiene entre diez (10) años de edad, y menos de catorce (14), la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.”

Nuestra propuesta es que debe modificarse y decir:

2.- Si la víctima tiene entre diez (10) años de edad, y menos de trece (13), la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.”



CONCLUSIONES

- Tanto en el acuerdo plenario N° 1-2012, en la STC EXP.N°00008-2012-PI/TC y la misma ley 30076 se perdió la oportunidad de coadyuvar en la solución de casos como el acceso carnal de un mayor de edad (18 años) con un menor de edad de 13 años, 11 meses y 29 días en los cuales se verifique que efectivamente existió acuerdo (consentimiento) valido. Los casos límites deben de legislarse en razón de que los adolescentes (no solo los que se encuentran en el rango de edad cronológica de 14 y menores de 18) de 13 años 11 meses y 29 días ejercen su sexualidad; entonces sería poco atinado solo legislar los límites comunes y no ver los casos en los que los adolescentes (como titulares del bien jurídico libertad sexual) de 13 años (es decir el intervalo entre los 13 y 14 años; esta última, la edad que se ha fijado como edad para la libre disposición del bien jurídico libertad sexual) también ejercen (o podrían darse los casos) su sexualidad. El legislador no se ha preocupado de forma consciente, estructurada o siquiera avizorado que es lo que pasaría de producirse estos casos; ya que al parecer legisla accediendo solo a las presiones sociales (coyunturales) o jurídicas, pero no legisla de forma pensada, razonada lógicamente y mucho menos piensa en la política criminal que es a través de la cual debe estructurar la ley (de modo que el destinatario de la norma no solo se sienta motivado por esta, sino que también con su aceptación legitime la misma, en razón de que está dirigido para éste) de manera que no deje vacíos ni lagunas legales, que a posteriori solo causan problemas. Toda vez que la función del legislador es delicada y sobre todo en derecho penal, porque es a través de este que de seguro se limitará el derecho a la libertad de una persona; la cual se verá vulnerada y desconfiada de sus propias leyes

estatales (ya que todo lo que hace su Estado es mostrarle incertidumbre a la hora de legislar, mas no le brinda seguridad jurídica).

- El Estado y sobre todo el legislador debe dejar de ser como un ciego que solo espera que alguien lo ayude a caminar y debe presentarse como uno que está dispuesto a usar sus demás sentidos; es decir este solo está legislando lo que se le pone o muestra a la vista; mas no está aplicando los principios y reglas del derecho penal; que son la base para la configuración no solo de bienes jurídicos, los cuales tiene que ser no solo eficientes sino también eficaces; ósea que sus efectos se vean reflejados en la motivación, fundamentación y argumentación lógica-jurídica y no simplemente se deje llevar por la presión ya sea social o jurídica. Razón está por lo que debe de buscarse (no solo las soluciones más obvias) los problemas ubicados en todo su contexto para poder lograr una prevención general y especial, estableciendo los presupuestos adecuados para la posterior subsunción de los hechos al tipo, en el que se encuentre un encuadramiento solido (tipicidad).
- El concepto de libertad sexual de los adolescentes debe asumirse como bien jurídico y no como derecho fundamental (tanto en el acuerdo plenario N° 1-2012 y en la STC EXP.N°00008-2012-PI/TC); ya que desde una perspectiva político-criminal y un análisis constitucional, limitan al legislador en el establecimiento de normas penales, tomado desde el contexto que el derecho penal no protege en su amplitud todos los derechos fundamentales sino tutela la protección de bienes jurídicos específicos, brindando protección a estos, a razón de su naturaleza penal y no en extenso para todos los derechos.
- El derecho es cambiante y por lo tanto evoluciona, no es estático, de la misma forma los bienes jurídicos cambian, de forma tal que buscan siempre proteger

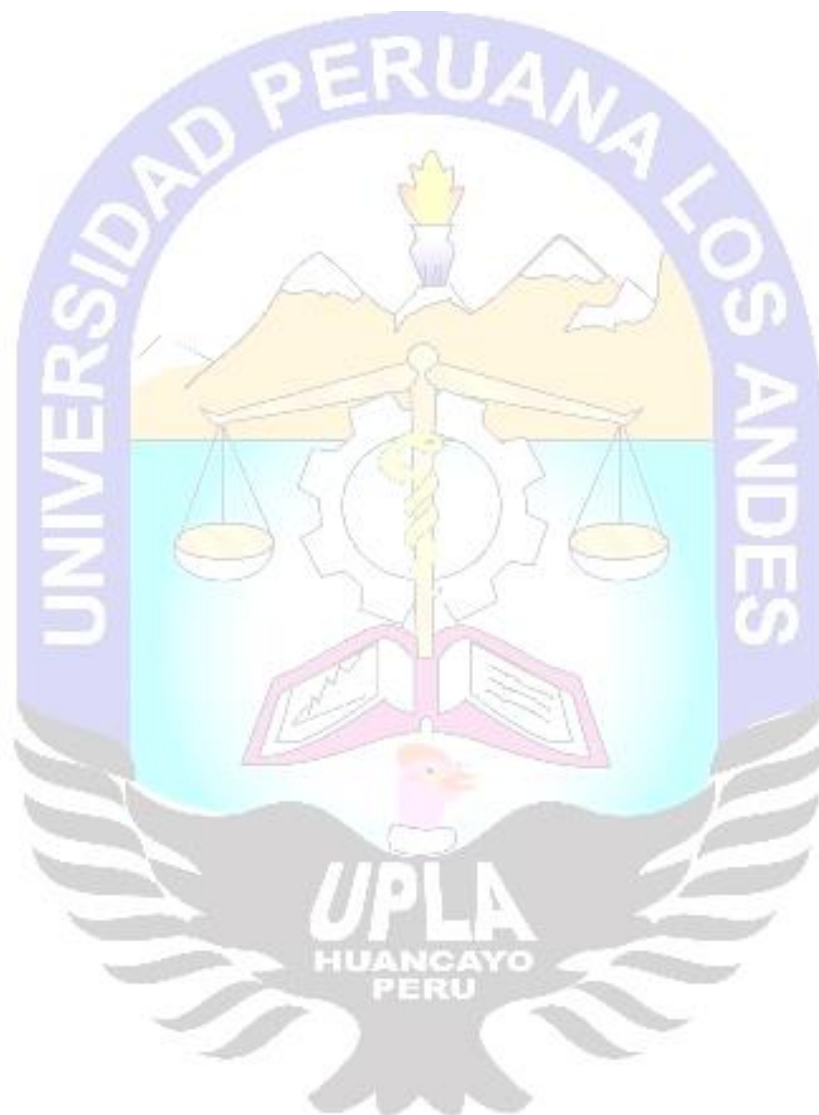
los intereses vitales para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico por el derecho penal. Es decir, el bien jurídico debe ser comprendido como un "contenido" (valor-interés-algo) conforme a los cambios que se produzcan en los objetivos y la autocomprensión de la sociedad jurídica; y no puede ser tomado por sí mismo como un dato preexistente; sino solamente como una "circunstancia" que puede ser criticable, continuamente analizada y por ende presto a cambiar su contenido.

- Esto (en contra partida al fundamento que establece el TC, cuando refiere que la libertad sexual es un derecho fundamental) como concepción de que el bien jurídica libertad sexual (en el caso que nos ocupa del adolescente) deriva o está vinculado al derecho fundamental libre desarrollo de la personalidad; pero no es un derecho fundamental en sí mismo; sino, más bien (en específico y por su naturaleza penal) un bien jurídico tutelado penalmente.
- Si la libertad sexual importa un bien jurídico de alcance esencialmente individualista del ser humano – Adolescente por ende es disponible por aquel, esto quiere decir que dicha voluntad sexual ha de verse resquebrajada únicamente cuando el agente logra acceder sexualmente a su víctima a través de medios vedados (violencia o amenaza) o prohibidos tendientes a viciar la voluntad del sujeto pasivo (seducción); como el uso de la violencia física, la amenaza o el aprovechamiento de una posición de ventaja frente al agraviado. Entonces, el legislador ha establecido la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes de manera deficiente y excluyente, sin tomar en cuenta la realidad probada que los adolescentes inician su vida sexual a la edad de 13 años (ENCUESTA INEI - 2011), así como dejando de lado la normatividad civil vigente (artículos 44° y 389°) que también demuestra que

debe ser establecido en 13 años de edad (la libre disposición del bien jurídico en cuestión – Art. 20 inc. 10).

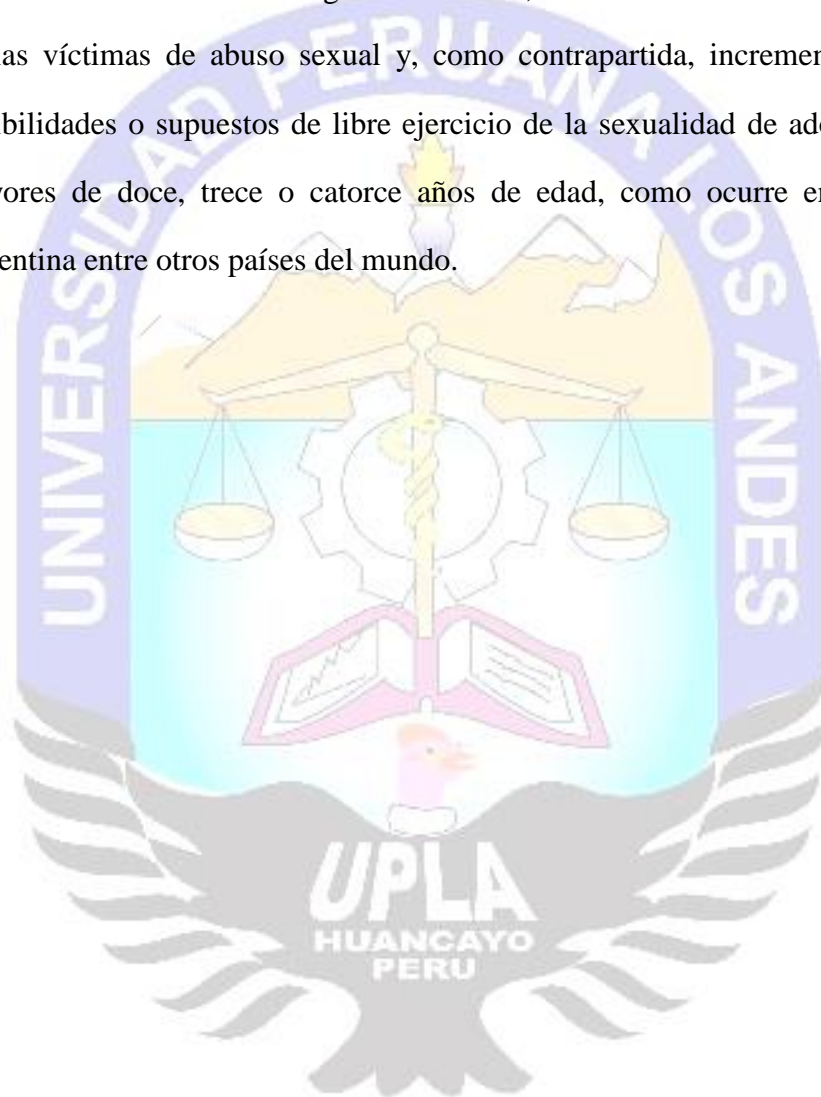
- Finalmente, citando a María Raguz Zavala, no hay porque establecer el inicio sexual, o más bien dicho que los adolescentes hagan libre disposición de su libertad sexual a temprana edad (13 o 14), la solución real no está en punibilizar una conducta; que de por sí, no vulnera bien jurídico alguno, en razón que el sujeto pasivo o víctima no se siente como tal (vulnerado en su libertad sexual o en el caso de los adolescentes de 13 años en su indemnidad sexual), toda vez que el derecho penal es el control social formal de ultima ratio, y solo criminaliza las conductas más reprobables, cuestión diferente que debe de establecerse en la conducta o supuesto de hecho criminalizado en el presente caso, esta debe ser resuelta por los controles sociales informales, como la familia la escuela y porque no establecerse políticas sociales de educación social y planificación familiar más inclusivas. Sobre todo, incidir en la educación sexual, que es el vértice o camino que llevara a los adolescentes en general a abstenerse o retardar el inicio sexual en ellos, y de acontecerse este, poder realizarlo con la mayor protección y responsabilidad adecuada. Esto en razón de que se encuentra en el común de nuestra sociedad el pensar que los adolescentes no son responsables y menos son capaces de comprender el hecho de ejercer su sexualidad y menos las consecuencias que eso acarrea; argumento o manera de pensar poco lógico e incluso irracional, desde el punto en que debemos de responder a la pregunta ¿Cómo exigirles el hecho de ser responsables y comprender que es una relación sexual y las consecuencias que esto conlleva?, si ni siquiera se les da o imparte una educación sexual en los hogares y se realiza de forma deficiente en los colegios, peor aún existen políticas de salud sexual y reproductiva pobres ineficientes, además de poco

eficaces. Dicho lo anterior, debemos de concluir que es desde estos sectores que debe de enfocarse el problema del inicio sexual de los adolescentes (*familias, escuelas y políticas públicas de salud sexual y reproductiva*) y dejar el delito en si (*propiamente – con violencia y amenaza*) para el derecho penal (*ultima ratio*).



SUGERENCIAS

- ✓ Al momento de legislar, se debe también tomar en cuenta que en un mundo globalizado, del cual nuestro país es parte, las condiciones que aseguran un mayor acceso a la información, como el Internet, permiten la existencia de adolescentes cada vez más informados, que *relevan* al Estado de una mayor tutela a su indemnidad o intangibilidad sexual, reduciendo cada vez más la edad de las víctimas de abuso sexual y, como contrapartida, incrementando las posibilidades o supuestos de libre ejercicio de la sexualidad de adolescentes mayores de doce, trece o catorce años de edad, como ocurre en España, Argentina entre otros países del mundo.



CONSIDERACIONES ÉTICAS

Existe un sector doctrinario que sostiene que el Derecho penal cumple una función ético-social consistente en la defensa de los principales valores éticos de la sociedad, garantizando el “mínimo ético” imprescindible para el desarrollo de la vida social, de modo que el Derecho penal desempeña una “significativa función configuradora de las costumbres”. Para esta corriente, el Derecho penal, al sancionar determinadas acciones delictivas (homicidio, lesiones, violaciones, etc.), no protege inmediatamente bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad sexual, etc.) sino que garantiza un respeto a tales bienes jurídicos, esto es, fomenta en los ciudadanos la idea de que tales bienes de Protección Jurídico Penal de la Libertad Sexual no deben ser lesionados. Se trata, pues, de una función pedagógica de enseñanza educación o fomento de la “cultura” del respeto a los valores éticos de la sociedad. Mediatemente, esto es, protegiendo esos valores éticos, se protegen también bienes jurídicos. Pero esta doctrina no se libra de consideraciones críticas que la hacen inoperante, puesto que en último extremo lleva a inaceptables conclusiones, como la de confundir el Derecho penal con la moral o la ética social.

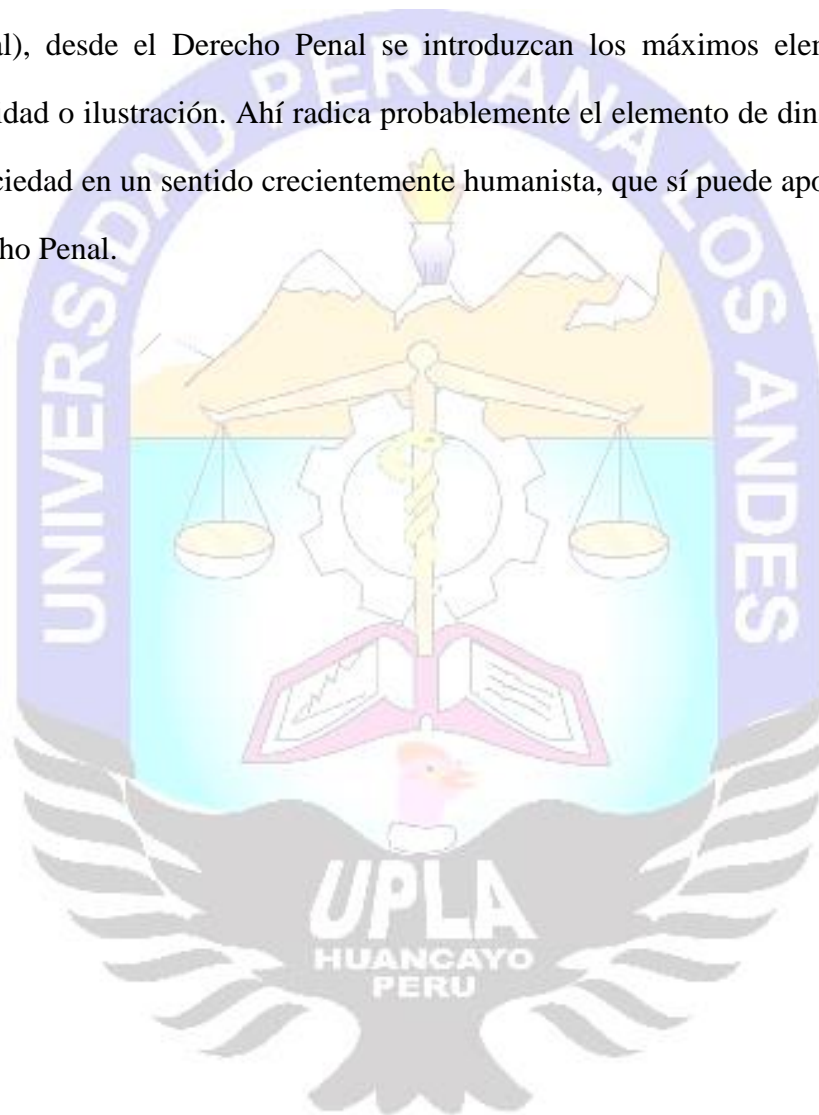
Otra corriente doctrinal argumenta que al Derecho penal le compete una función “promocional”, debiendo promover actitudes en el seno de la sociedad, no tanto para satisfacer determinadas necesidades sociales cuanto para promover la actitud de respeto y de alarma frente a esas conductas. “Esta supuesta función promocional guarda evidente similitud con la función ético-social: ambas asignan al Derecho penal una función pedagógica de fomento del respeto a determinados bienes o valores jurídicos” (*Polaino Navarrete, ob.Cit, p- 105*).

Así, el Derecho Penal se constituiría en un instrumento al servicio del desarrollo social, por lo que cuando se invoca la “función promocional” del mismo, se quiere dar a entender que el Derecho penal no debe limitarse a consolidar el statu quo (modelo conservador), sino que ha de actuar como poderoso instrumento de cambio social. En esta perspectiva, el Derecho penal, afirma Stratenwertch (*citado por García-Pablos de Molina, Ob. cit., p. 99*), no puede limitarse a cumplir el papel de protector o conservador de las opiniones y representaciones del ciudadano medio en un momento concreto; *no puede ser una traba del cambio y el progreso*, sino un importante factor que incida de forma activa en el orden social. Si el Derecho Penal se conformase con proteger el orden ético-social en su concreta configuración histórica acabaría perdiendo su capacidad de respuesta a los problemas reales, su iniciativa.

No parece, sin embargo, corresponda al Derecho Penal resolver la tensión que toda sociedad viva experimenta entre las fuerzas que pretenden conservar el statu quo y las que intentan o promueven el cambio social. El poder de decisión y la iniciativa necesaria pertenece a las instancias sociales, no al Derecho Penal.

Es de apreciar entonces que el Derecho Penal *encauza* el cambio social, no lo dirige ni lo impulsa. Su naturaleza subsidiaria, como “ultima ratio” y el principio de “intervención mínima” se opone a la supuesta “función promocional” que en vano algunos le asignan. El Derecho Penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio consenso social, pero no puede ser el instrumento que recabe o imponga consenso (la intervención penal no es una intervención “promocional”, sino “mínima”, “subsidiaria” y “fragmentaria”. En tal sentido, resultará mala política la que dinamiza el cambio social apelando a leyes penales). Como afirma Silva Sánchez (*ob. cit. p. 54*), al Derecho Penal no le compete (ni tampoco posee la fuerza para ello) transformar los

principios de organización de la sociedad; por eso se rechazó muy mayoritariamente la denominada “función promocional del mismo”. Más bien, el Derecho Penal debe reflejar el orden social, de modo que su legitimación, deriva de la legitimación de las normas cuya vigencia asegura. Otro Derecho Penal distinto, necesariamente disfuncional, sencillamente no sería viable. Lo que sí es posible y deseable es que dentro del marco de lo funcional (cuyo abandono sería, por lo demás, el germen de la desaparición del modelo jurídico-penal existente y su sustitución por otro funcional), desde el Derecho Penal se introduzcan los máximos elementos de racionalidad o ilustración. Ahí radica probablemente el elemento de dinamización de la sociedad en un sentido crecientemente humanista, que sí puede aportarse por el Derecho Penal.



REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. ARAZAMENDI NINACONDOR, L. "*La investigación Jurídica*", Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima - Perú, 2010, pp. 163 a 164.
2. ABANTO VÁZQUEZ, Manuel A., "*Acerca de la Teoría de bienes Jurídicos - Doctrina*" Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Artículo, Trujillo - Perú, 2005. pp.3 a 11
3. ARCE GALLEGOS, M. "El Delito de Violación Sexual", ED. ADRU, Arequipa - Perú, Mayo-2010.p. 88.
4. ACUERDO PLENARIO N° 01-2012-CJ-116(Publicado: 26-07-2012), p. 7
5. AROCENA, Gustavo A., "Interpretación Gramatical De la Ley Penal", Jurista Editores, Lima, 2006. p.30
6. BOBBIO, Norberto, "*Igualdad y Libertad*", Paidós, Barcelona1993. p.100
7. BOOTTKE, Wilfried, "Sexualidad y Delito: Las Víctimas de los Delitos Sexuales", Mendoza, 2003. p.68
8. BERNAL PULIDO, Carlos, "*El Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. p.115
9. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, "Lecciones y Materiales para El Estudio del Derecho Penal", Tomo I, Editorial Iustel, Madrid - España, p.16
10. BAJO FERNÁNDEZ, M. "*Manual de Derecho Penal*", Editorial Ceura, Tomo I, Madrid-España, 1991, p.198

11. BERND SCHÜNEMANN: *“El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos, 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. 38, Bogotá, p. 21
12. Beatriz RIVERA DE TARRAB y Dr. Ricardo GUERRERO MORALES, *“Desarrollo integral del Adolescente”*, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (México), Censo 1990. p. 6
13. BRAMONT ARIAS, LA. y GARCÍA CANTIZANO MC. *“El Delito Informático en el Código Penal Peruano”*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p.233
14. BRAMONT ARIAS TORRES L., *“Manual de Derecho Penal - Parte General”*, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, p.92
15. BUTLER BOWDON, Tom, *“50 Clásicos de la Psicología”*, ED. Sirio S.A., Barcelona – España, 2007. pp. 82 a 83
16. CANCHO ALARCÓN, Rafael E., *“La Inconstitucionalidad del Artículo 173.3, del CP en la STC EXP. N° 00008-2012-PI/TC: Entre la Legitimación del Acuerdo Plenario N°1-2012/CJ-116 y El Desprecio a la Funcionalidad del Principio Constitucional de Protección de Bienes Jurídicos”*, T.44., Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2013. pp.31 a 40
17. CASTILLO ALVA, José L., *“Tratado de los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2002. p.298
18. CARO CORIA, Dino C., *“Aspectos Jurisprudenciales de la Tutela Penal de la Libertad e Indemnidad Sexuales”*, Editorial San Marcos, Lima - Perú, 2003, p.491

19. CARO CORIA, Dino C., "Problemas de Interpretación judicial en los Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexuales" en Cathedra "Espíritu del Derecho, Año III, N°5, Diciembre-Lima, 1999. p.216
20. CARO CORIA, DC. y SAN MARTIN CASTRO, C. "Delitos contra La Libertad e Indemnidad Sexuales, Aspectos Penales y Procesales", Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, p. 67
21. CARRERA PALAO, Rosa, "Medicina Legal", ED. A.F.A. – Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-15225, Lima – Perú, 2009. p. 260
22. 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, p.56
23. CÓDIGO CIVIL, Artículo 241° inc. 1 "Impedimentos Absolutos" (ley 27201 del 14/11/1999), Ed. Octubre, Jurista Editores, 2010. p.85
24. CÓDIGO PENAL Peruano de 1991 (vigente), "*Artículo 173.3 Violación Sexual de Menor de Edad*", Jurista Editores. Ed. Abril 2010, Lima –Perú, 2010, p.157
25. Constitución Política del Perú de 1993, Jurista Ed. Lima – Perú, 2010.
26. CORNAGLIA A. y OLIVA TC. "*Abuso Sexual de Menores Criminal Plaga*", Alveroni Ed., Argentina, 2011.
27. DIEZ RIPOLLES, José L., "*La Protección de la Libertad sexual*", Bosch,Barcelona, 1985.p.23

28. DIEZ RIPOLLES, José L., "*La Racionalidad de las Leyes Penales*", Editorial Trotta, Madrid-España, 2003. p. 162
29. Diario Oficial El Peruano, Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116°, Lima-Perú, jueves 26 de julio de 2012. pp. 1 a 9.
30. "*Estudio de la Constitución Política* de 1993, T.5, Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Ed., Lima-Perú, 1999, p. 112
31. FERRAJOLI, L. "*Diritto e ragione: Teoría del garantismo pénale*, 3ra. Ed. Rome Bari - Italia, 1996. Traducción Española: Derecho y Razón. Teoría Del Garantismo Penal", Madrid-España, 1995. p. 869
32. FERRE OLIVE, Juan C., "*Derecho Penal Colombiano - Parte General*", Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2010. p.73
33. GARCÍA CANTIZANO, MC. "*Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública*", Actualidad Jurídica, Lima-Perú, 1999, p.42
34. GÁLVEZ VILLEGAS, TA. "*Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal*", Jurista Editores., Ed. Agosto 2012, pp.187 a 188
35. GÁLVEZ VILLEGAS, T. y DELGADO TOVAR, W., "*Derecho penal - Parte Especial*", Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 383 a 385
36. HURTADO POZO, J. y PRADO SALDARRIAGA, V. "*Derecho Penal Parte General*", 4ta. Ed., Editorial Idemsa, Perú, 2009. p. 14

37. HURTADO POZO, J. y PRADO SALDARRIAGA, V. *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, T. I, 4ta. Ed., ED. IDEMSA, Lima- Perú, 2011, pp.296-297.
38. HUGO VIZCARDO, SJ. *“El Estado Actual de la Protección de la Libertad e Indemnidad Sexuales en la Perspectiva de la Doctrina, La Jurisprudencia y Los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema”* Gaceta Penal y Procesal Penal N° 38, 1ra. Ed., Editorial El Búho, Surquillo - Lima – Perú. pp. 26 - 27
39. HUGO VIZCARDO, Silfredo J., [TESIS] "Estado actual de la política criminal peruana aplicada a la protección de la indemnidad sexual, en relación al específico caso de relaciones sexuales o análogas consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad", Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Escuela de Post Grado, Lima-Perú, 2011. pp.259 a 260
40. HASSEMER *“Einführung in die grund lagen des strafrechts”*, 2da. Ed. Munich-Germany, 1990. p.92
41. IGLESIAS DIZ J.L, Doctor en Medicina – Pediatra Acreditado en Medicina de la Adolescencia. Ex Facultativo Especialista de Área de Pediatría del CHUS (Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela). Ex Profesor Asociado de Pediatría. USC (Universidad de Santiago de Compostela) *“Desarrollo del adolescente: aspectos físicos, psicológicos y sociales”*, 2013. pp. 88 a 93
42. JESCHECK/WEIGEND, 1996, HURTADO POZO, J., Ob.cit, p.476.
43. KILLIAS M. y BERNARD DENEREAZ, *“Precis de Droit Penal General”*, 2da. Ed., Berne, 2001.

44. LEY N° 28704 (05/04/2006) "*Ley que modifica los 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*".
45. Ley Orgánica del Poder Judicial, Artículo 22° Carácter Vinculante de la Doctrina Jurisprudencial.
46. MUÑOZ CONDE, F. "*Derecho Penal Parte Especial*", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia - España, 1990, p. 201
47. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, "*Consideraciones Dogmáticas Sobre Los Tipos Penales de Agresiones Sexuales Violentas y Análisis de su Doctrina Jurisprudencial*", Revista Peruana de Ciencias penales, 2004. P.270
48. MUÑOZ CONDE, Francisco, "*Derecho Penal Parte Especial*", ED. Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 1990. p.201
49. MUÑOZ CONDE, Francisco, "*Derecho Penal Parte Especial*", Editorial Tirant lo Blanch, 13ava ED., Valencia-España, 2001. p.201
50. MAURACH, REINHART/ ZIPF, HEINZ, STRAFRECHT, AT, T.1, GRUNDLEHREN DES STRAFRECHTS UND AUFBAU DER STRAFT, 8. AUFLGE, HEIDELBERG/KARLSRUHE
51. NOGUERA RAMOS I., "*Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*", Editora Jurídica Grijley, Lima, 2011, pp. 39 a 42
52. NINO CARLOS S. "*Consideraciones Sobre La Dogmática Jurídica*", México, 1974. p. 9 y ss.
53. OLMEDO CARDENETE. "*Introducción al Derecho Penal*", Ara Editores, 2007, p. 53

54. ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, "*Consideraciones Sobre La Reforma de los Delitos Sexuales*", en Revista peruana de ciencias Penales, N° 15, Julio, Lima-Perú, 2004. p.333
55. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "*Los Delitos Sexuales: Análisis Dogmatico, Jurisprudencial y Criminológico*", Editorial Ideas Solución S.A.C., Lima-Perú, 2014. pp.198
56. PEÑA CABRERA, Raúl, "*Tratado de Derecho Penal. Parte General*", Editorial Grijley, Lima-Perú, 1997. 162
57. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "*Análisis de la Sentencia Recaída en el EXP. N° 00008-2012-P/TC que Declaró Inconstitucional el Artículo 173.3 del CP*", T.44, Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2013. pp.13 a 25
58. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "*Derecho Procesal Penal*", Editorial Colex, Madrid - España, 2000. p.149
59. PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., "*Las relaciones Sexuales Consentidas de los Adolescentes de Entre 14 y 18 Años de edad Según El Tribunal constitucional Peruano*", T.44, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2013.pp.80 a 82
60. PRADO SALDARRIAGA, V. "*Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*", Lima – Perú. 1999, p. 17 y ss.
61. Quintanilla Ceja, José A., "*La Adolescencia...Peter Blos, Jean Piaget y Robert Havighurst*", Universidad Autónoma de Durango - Maestría en Psicología Clínica, Abril, 2012:
62. RAGUZ María, "*Salud sexual y reproductiva y el desarrollo de las mujeres: el rol de los hombres*", Revista de Psicología de la PUCP. Vol. XVlll, 1, 2000. p.114

63. RAMOS NOGUERA, Ivan, "Delitos Contra la libertad e Indemnidad Sexual", Grijley Ed., Lima-Perú, 2011. pp. 283 a 294
64. REYNA VF y FARLEY F., "El cerebro adolescente - Mente y Cerebro", 2007. pp 56 a 63
65. ROXIN, Claus, "Iniciación al Derecho Penal de Hoy", traducción e Muñoz Conde y Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p.122
66. ROXIN, Claus, "La Protección de bienes Jurídicos como Tarea del Derecho Penal", Universidad de Lima, 2004. p. 128
67. R.N. N°700-2008-La Libertad, en Gaceta Penal y Procesal Penal, T.1, Julio 2009. p.146
68. SALINAS SICCHA, Ramiro, "Derecho Penal, parte Especial", Editorial Iustitia, 5ta. ED., 2012
69. SALINAS SICCHA, R., "Derecho Penal Parte Especial", vol. II, Editorial Grijley. 4ta. Ed., Noviembre-2010, Lima-Perú. p.735
70. SALINAS SICCHA, R. "Los delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano", 2da. Ed., Jurista Editores, Lima- Perú, 2008. pp.41 a 43.
71. SERRANO GÓMEZ, "Derecho Penal Parte Especial. Delitos Contra las Personas", Editorial Dykinson, Madrid-España, 1996. p. 216
72. SERRANO GÓMEZ A. y SERRANO MAILLO A., "Derecho Penal Parte Especial", 10ma. Edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 215
73. SASTRE ARIZA S. "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", en Doxa N° 274, p.581 y ss.

74. SCHUNEMANN, Bernd, "Cuestiones Básicas del Derecho Penal en los Umbrales del Tercer Milenio", Idemsa-Lima, 2006. p.23
75. SCHULTZ, "*Wandlungenim International em Strafrecht Derachweiz*" en *gedacht-nisschrift fur h. Munchen*, p. 37 y SS.
76. SÁNCHEZ MERCADO, Miguel A., "La Reforma del Artículo 173° del C.P. Peruano (Ley 28704), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2009.
77. STC Exp. N°00008-2012-PI/TC (12/12/2012), se declara inconstitucional el art. 173° inc. 3) por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores entre 14 años y menos de 18.
78. STC EXP. N° 0030-2005-AI/TC, fundamentos jurídicos 47-48.
79. SENTENCIA C-876/11. (Noviembre 22 de 2011) MENORES DE CATORCE AÑOS Y MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS FRENTE A CONDUCTAS DE ABUSO SEXUAL-Medida diferenciada/MENORES DE CATORCE AÑOS Y MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS FRENTE A CONDUCTAS DE ABUSO SEXUAL-Protección constitucional
80. TANNER JM. "Growth at Adolescence", 2nd.ed. Charles C. Thomas, Springfield; 1962.
81. TRAZEGNIES GRANDA, F. "*Pensando Insolentemente*", Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima –Perú, 2001, pp.153-154
82. TOZZINI, Carlos, "Garantías Constitucionales en el Derecho Penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 2005. p.80

83. VILLAVICENCIO TERRERO, F. *“Derecho Penal Parte General”*, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2009, pp.94-95
84. VILLA STEIN, Javier. *“Derecho Penal Parte General”*, 3ra. Ed., Editorial Grijley, Lima-Perú. p. 92
85. VILLA STEIN, Javier, *“Derecho Penal Parte Especial”*, T.I-B, Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1998. p.191
86. VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge E., *“Delitos Contra la Libertad y el Pudor Sexual”*, Fórum Pacis, Bogotá, 1993. p. 17

Internet

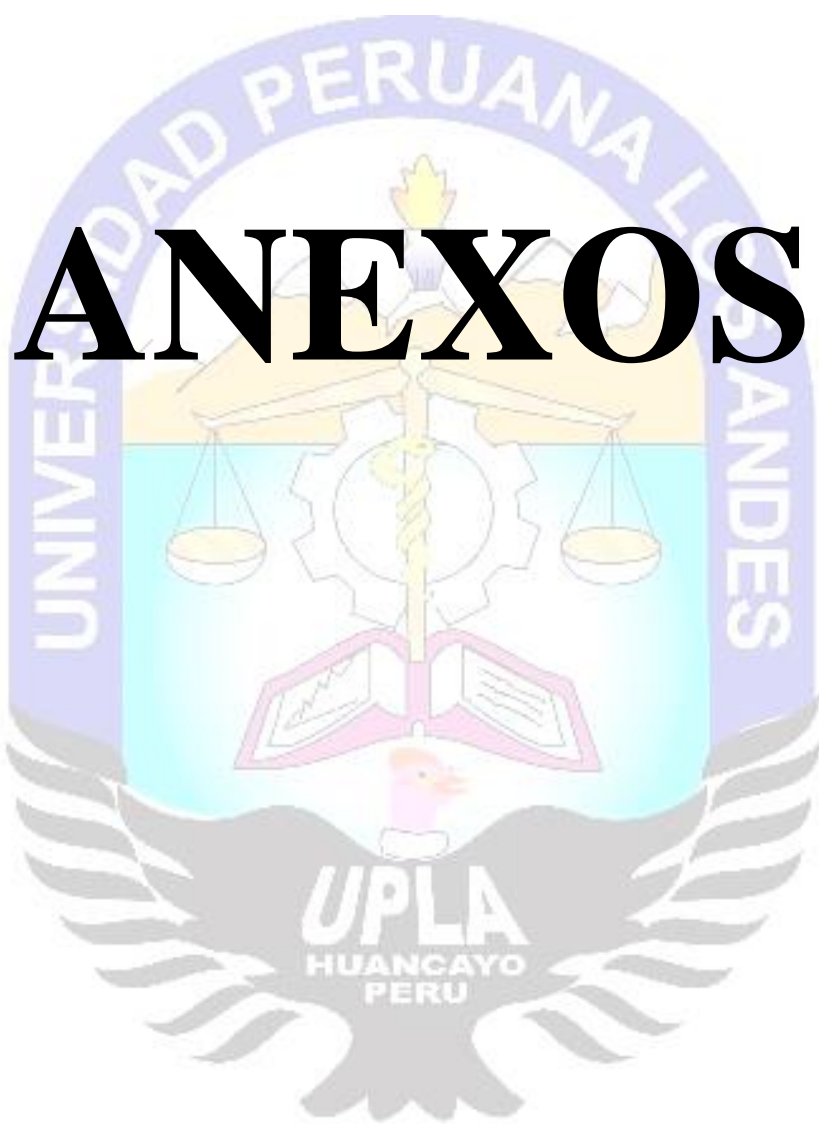
87. Ver el diario oficial *“El Peruano”* del 10 de agosto de 2007. Sección Actualidad: <http://www.elperuano.com.pe/edc/2007/08/10/act4.asp> y adicionalmente el diario *“El Comercio”*, en la edición del día 9 de agosto de 2007: <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/olecultimas/2007-0809/olecultimas0418600.html>. Ambos revisados en octubre 2007.
88. <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR174/ResumenEjecutivo%2Epdf>.
89. CNJ- CONAJU, *Estado. Procesos y desafíos de las juventudes rurales en el Perú*. Lima, 2005: http://www.conaju.org.pe/sec_publicaciones_home.php, rev. oct.07 y adicionalmente en el portal del Ministerio de Educación, SNJ- Secretaria Nacional de la Juventud, sección publicaciones.
90. En este sentido se declaraba que para el 2004 “se ha triplicado el número de adolescentes (menores de 13 años) que ya se han iniciado sexualmente”, diario *“La República”* del 04 de julio de 2004, coinciden con la información manejada

por la ONG Manuela Ramos, según la cual el 14%, de la población adolescente de Ayacucho ya está embarazada, el 23% en Huancavelica y el 36% en Ucayali. Embarazo adolescente: Políticas públicas con equidad de género. Sección cifras. Manuela Ramos: <http://www.manuela.org.pe/Camp8Marzo.asp>

91. “En las grandes ciudades el 20% de nacimientos hospitalarios corresponde a mujeres de 10 a 19 años” en “Riesgos en el recién nacido de madre adolescente en el Hospital Hipólito Unánue de Tacna” en *Revista Diagnostico*, Vol. 39, N° 1, Ene.-Feb. 2000.
92. “El inicio temprano en promedio (14 años)”, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima”, en *Revista Médica Herediana*, UPCH, Lima, 1999. p. 58:
93. <http://www.fihudiagnostico.org.pe/revista/numeros/2000/enefeb00/35-40.htm>
94. BLITCHTEIN-WINICKI, Dora y otros, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol.63 N° 4, UNMSM, 2002, p.259-261.
95. En el artículo “*Responsabilidad de todos. Madres adolescentes*”, sostiene que “en el Perú, 12 de cada 100 adolescentes son madres”, en diario oficial “*El Peruano*”. Sección opinión, del miércoles, 6 de diciembre de 2006.
96. “*El Peruano*” edición del 10 de agosto de 2007, sección Actualidad, donde se hace referencia a dos investigaciones efectuadas con jóvenes y adolescentes, patrocinadas por el Fondo Mundial en el programa denominado “objetivo 1 VIH”, para “Prevenir la transmisión de VIH y SIDA mediante la disminución

de las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)”, presentadas el día 9 de agosto en el auditorio del Cuerpo Médico del Hospital Nacional Arzobispo Loayza.

97. “La República”, en el artículo “los adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio”, edición del 9 de agosto de 2007, reiterado en el artículo “unos 80 mil tendrían VIH”, de la edición del 10 de agosto de mismo año.
98. “El Comercio”, “Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio”, edición del 09 de agosto de 2007.
99. Artículo modificado por el Art. 1 de la Ley 28704 del 05-04-2006, en los casos de los delitos previstos en este artículo 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. De acuerdo al art. 3 de la ley 28704.
100. EXP. N° 1135-2003-Apurimac, Sala penal Transitoria. Siendo coherentes con la doctrina y los precedentes jurisprudenciales, este caso juzgado es un típico ejemplo de delito de acceso sexual sobre menor consumado. Sostener lo contrario, como lo hace el supremo tribunal, es un infeliz desatino.
101. Extraído el 14 Junio, 2005, de <http://www.psicovision.com/lic%20deibem.htm>
102. Ardovin, Bustos & Jarpa. (1998). "*La jerarquía de necesidades según Maslow*", Extraído el 14 Junio, 2005, de http://www.geocities.com/linds_castillo/20101.html
103. Santos y Vargas. (2001). *Hostos*. Puerto Rico: Instituto Hostosiano U.P.R. Extraído el 15 Junio, 2005.
104. <http://www.rrp.upr.edu/iehostos/cienciapedagogiaprologo1.htm>



ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: “LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO DE LOS ADOLESCENTES DE 14 Y MENORES DE 18 AÑOS Y LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL (TIPO BASE)”.			
PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿De qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los 13 años de edad?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Explicar, de qué manera el legislador establece la edad de 14 años para el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes (modificación del Art.170° del CP – Ley 30076), si la realidad y la normatividad civil vigente demuestran que debe ser establecido en los 13 años de edad.</p>	<p>El legislador ha establecido el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes, en 14 años de edad; pero la realidad jurídico – social imperante demuestra la existencia de encuentros sexuales consentidos por los adolescentes de 13 años, lo cual se encuentra establecido mediante casos judiciales en concreto, estadísticas de edad promedio de inicio de la relación sexual, realizada por el propio Estado peruano a través del INEI (SENAJU - DINDES) en el año 2011 y ENDES en el 2012, así como también se hace el reconocimiento expreso en los artículos 46° y 389° del Código Civil peruano.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE El legislador ha establecido el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes en 14 años de edad.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE Pero la realidad jurídico – social imperante demuestra la existencia de encuentros sexuales consentidos por los adolescentes de 13 años, lo cual se encuentra establecido mediante casos judiciales en concreto, estadísticas de edad promedio de inicio de la relación sexual, realizada por el propio Estado peruano a través del INEI (SENAJU - DINDES) en el año 2011 y ENDES en el 2012, así como también se hace el reconocimiento expreso en los artículos 46° y 389° del Código Civil peruano.</p>
PROBLEMAS ESPECIFICOS	OBJETIVOS ESPECIFICOS	HIPOTESIS ESPECIFICAS	VARIABLES
<p>1. ¿Cuál es la diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años)?</p>	<p>1.- Explicar, cuál es la diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años).</p>	<p>1.- La diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años), es que en el primer caso no puede producirse engaño alguno para que el adolescente de su consentimiento (viciado) a tener acceso carnal (relaciones sexuales), ya que de darse dicho engaño se configuraría el delito de seducción (Art. 175°), vulnerando el bien jurídico libertad sexual (proceso de formación de la voluntad); mientras que en el segundo caso dicha acción no es punible y por lo tanto no se vulnera el bien jurídico <i>in comento</i>.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE La diferencia entre el bien jurídico libertad sexual de los adolescentes y el bien jurídico libertad sexual de los mayores de edad (18 años).</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE Es que en el primer caso no puede producirse engaño alguno para que el adolescente de su consentimiento (viciado) a tener acceso carnal (relaciones sexuales), ya que de darse dicho engaño se configuraría el delito de seducción (Art. 175°), vulnerando el bien jurídico libertad sexual (proceso de formación de la voluntad); mientras que en el segundo caso dicha acción no es punible y por lo tanto no se vulnera el bien jurídico <i>in comento</i>.</p>

<p>2. ¿De qué manera se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando?</p>	<p>2. Explicar, de qué manera se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando.</p>	<p>2.- Se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076, modificando el mismo para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando; es decir, fijando la edad del consentimiento sexual (<i>libre disposición del bien jurídico</i>) en 13 años de edad, esto respecto del artículo 170° inciso 6 y punibilizando la acción en el artículo 173° inciso 2 a partir de los 12 años de edad del menor.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE Se mejoraría el “ser” normativo vigente – Ley 30076.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE Modificando el mismo para establecer un “deber ser” que se ajuste a la realidad y normatividad que se viene suscitando; es decir, fijando la edad del consentimiento sexual (<i>libre disposición del bien jurídico</i>) en 13 años de edad, esto respecto del artículo 170° inciso 6 y punibilizando la acción en el artículo 173° inciso 2 a partir de los 12 años de edad del menor.</p>
--	---	---	--

