

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**



**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA
LEY 28704 EN LA LIBERTAD SEXUAL DE LOS
ADOLESCENTES DE LA CIUDAD DE PISCO - ICA, 2005-2008.**

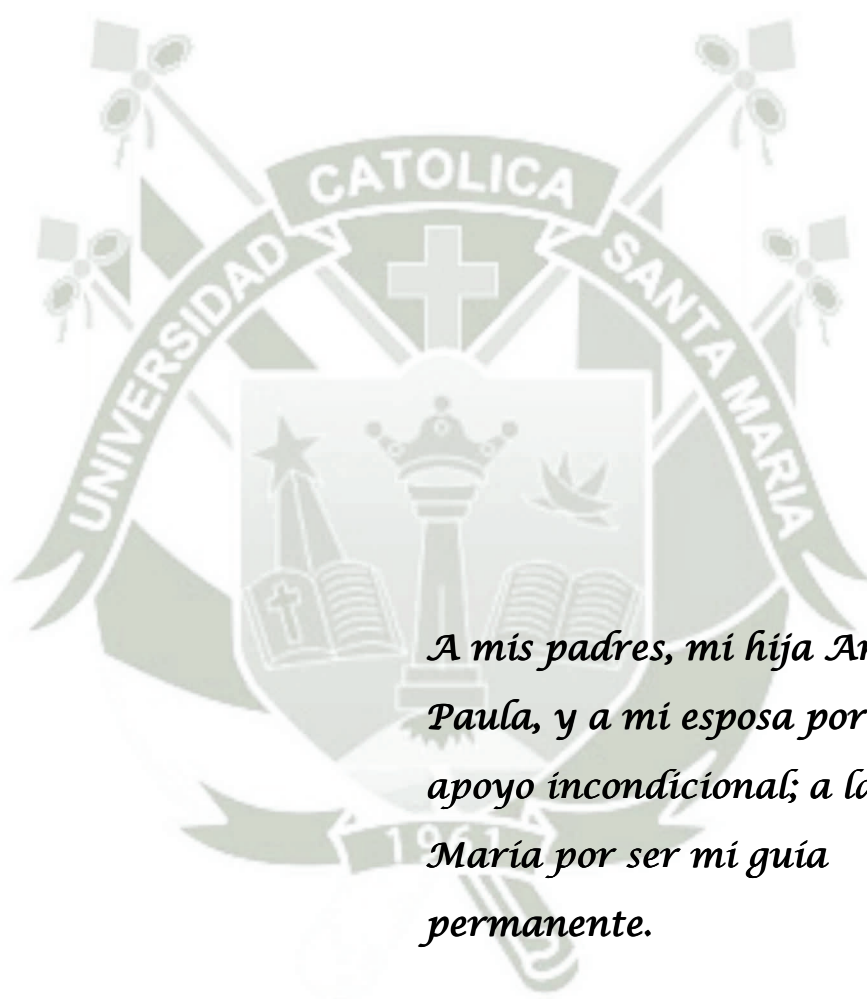
**Presentado por el Magíster:
Renzo Manuel Medina Chávez
Para obtener el Grado Académico
de Doctor en Derecho**

AREQUIPA – PERÚ

2012

“... La respuesta de las sociedades a las crecientes necesidades de salud reproductiva de los adolescentes debería basarse en información que ayude a éstos a alcanzar el grado de madurez necesario para adoptar decisiones en forma responsable. En particular, deberían facilitarse a los adolescentes información y servicios que les ayuden a comprender su sexualidad y a protegerse contra los embarazos no deseados, las enfermedades de transmisión sexual y el riesgo subsiguiente de infecundidad. Ello debería combinarse con la educación de los hombres jóvenes para que respeten la libre determinación de las mujeres y compartan con ellas la responsabilidad en lo tocante a la sexualidad y la procreación...”

Bases para la acción, derechos reproductivos y salud Sexual y reproductiva. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. 1994



*A mis padres, mi hija Ana
Paula, y a mi esposa por su
apoyo incondicional; a la Virgen
María por ser mi guía
permanente.*

INDICE

INTRODUCCIÓN	01
RESUMEN	03
ABSTRACT	05
CAPÍTULO I	
Resultados de la Investigación	
1. Cuadros y gráficos de resultados	06
2. Análisis de Casos	19
3. Sentencias relevantes	55
CAPÍTULO II	
Capacidad y consentimiento de los adolescentes	
1. Situación de los adolescentes en el Perú	58
2. Niño y adolescente	66
3. Capacidad	69
4. Derechos Sexuales y Reproductivos	76
5. Derecho al acceso de servicios de salud sexual y reproductiva	83
6. Consentimiento de los adolescentes para sostener relaciones	91
CAPÍTULO III	
Libertad sexual en el ámbito penal	
1. Libertad sexual e indemnidad sexual del adolescente	96
2. Reformas del Código Penal	110
3. Regulación de la edad penal	114
4. Análisis de la Ley 28704	117
5. Jurisprudencia y acuerdos plenarios	124
6. El Tribunal Constitucional peruano y las relaciones sexuales	135
CONCLUSIONES	138
SUGERENCIAS	139
BIBLIOGRAFÍA	140
ANEXOS	144

INTRODUCCIÓN

Las relaciones sexuales entre los adolescentes, ha sido y es un tema muy debatido, ya que se ha producido una transición muy marcada en su regulación, ya que de la ausencia de penas ante el ejercicio de éste derecho, se pasó a sancionarlo severamente, con penas que van hasta los 30 años de pena privativa de la libertad efectiva, situación que ha sido criticada por todos los sectores de la población, en especial aquellos ligados a la defensa de los derechos de los adolescentes, los mismos que han pasado de una situación irregular a una de protección integral, en la que constituyen como sujetos de derechos y en ese sentido, respecto a la capacidad en los adolescentes, es que se les reconozca de manera gradual

La presente investigación lleva como enunciado: Consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley 28704 en la Libertad Sexual de los adolescentes de la ciudad de Pisco, 2005-2008; a partir de ésta investigación se pretende establecer que ocurre con el ejercicio de la libertad sexual en los adolescentes de la ciudad de Pisco, a través del estudio de los casos presentados en esta ciudad por violación sexual, en aplicación de la ley 28407.

Los objetivos planteados para la investigación fueron los siguientes:

- Determinar las consecuencias de la aplicación de la Ley 28704 en la libertad sexual en los adolescentes en el periodo 2005-2008 en la ciudad de Pisco.
- Establecer la congruencia legal de la ley 28704 respecto de normas relacionadas a los adolescentes.
- Precisar la importancia de la diferenciación normativa entre la libertad sexual y la indemnidad sexual.
- Precisar las tendencias normativas en cuanto a la capacidad de los adolescentes.

La investigación se encuentra dividida en tres capítulos. En el primero de ellos se encuentran plasmados los resultados de la investigación realizada en los expedientes relacionados a la materia en los que se ha tomado en cuenta, la edad, motivos de la denuncia, así como la pena impuesta.

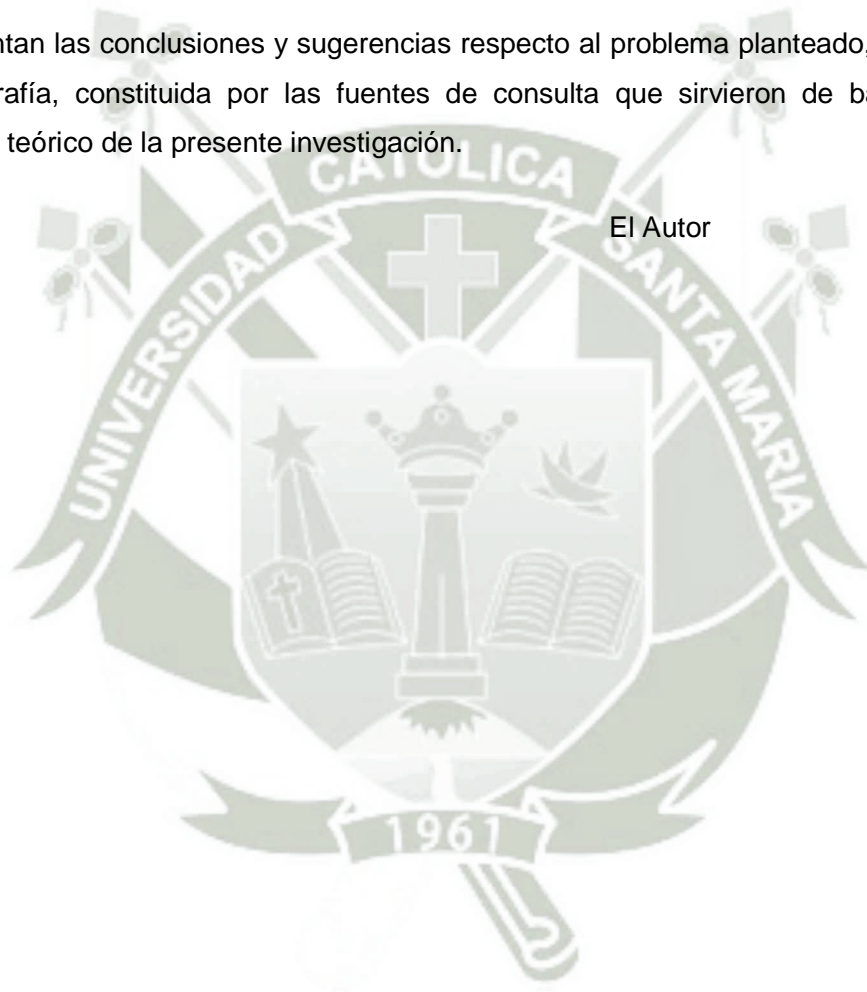
En el segundo capítulo, se encuentra la información que sirve de sustento a la situación actual de los adolescentes en el Perú, tomando en cuenta el desarrollo del tema de la capacidad, la misma que es un elemento muy importante a fin de fundamentar el derecho

de los adolescentes a la libertad sexual, reconocida en documentos nacional e internacionales., pero desconocida en la norma penal a través de la ley 28407.

En el tercer capítulo se realiza una revisión de la situación normativa respecto a las relaciones sexuales de los adolescentes a nivel penal, teniendo en cuenta las diferentes normas dictadas al respecto, así como el análisis de la jurisprudencia, que ha permitido, de alguna manera, la despenalización de las relaciones sexuales entre adolescentes, teniendo en cuenta las características de ésta población.

Se presentan las conclusiones y sugerencias respecto al problema planteado, seguido de la bibliografía, constituida por las fuentes de consulta que sirvieron de base para el desarrollo teórico de la presente investigación.

El Autor



RESUMEN

En la actualidad mucho se habla de la libertad sexual de los adolescentes, a raíz de las últimas modificatorias de la norma, en cuanto, se deja de reconocer esa libertad sexual. La presente investigación se encuentra encaminada al estudio de la aplicación de la libertad sexual de los adolescentes en la ciudad de Pisco, Ica, con la finalidad de precisar que ha ocurrido en el período 2005-2008.

Se revisaron los expedientes relacionados a denuncias formuladas respecto a la materia, e la ciudad de Ica. Antes de la penalización de las relaciones sexuales, las penas eran suspendidas, ya que en la mayoría de casos, no superaban los cuatro años de pena privativa de la libertad. De los casos revisados, se puede apreciar que dentro de los principales motivos de las denuncias, se encuentran los económicos, así como el abandono y embarazo de las adolescentes. La edad promedio de las “víctimas” se encuentra entre los 14 y 16 años de edad y de los “agresores” entre los 18 y 21 años. Casi en la integridad de los casos, los implicados mantienen una relación sentimental de enamorados, o en todo caso, son convivientes, con la aprobación de los propios padres, a pesar de ello, y evidenciado el consentimiento, se debe poner en marcha el aparato judicial a fin de procesar a una persona que, con anuencia de un menor, e incluso de sus padres, sostuvo relaciones sexuales.

A la dación de la Ley que penaliza las relaciones sexuales entre los adolescentes, las penas se materializan entre los 25 y 30 años de pena privativa de libertad, lo que definitivamente causa que, en muchos casos, los enamorados sean coaccionados por los padres a fin de no ser denunciados. Nuestra legislación retrocede nuevamente a la corriente de la situación irregular en cuanto a la protección de menores, desconociendo la libertad sexual de los adolescentes y enmarcándolos como sujetos incapaces y por tanto relacionando su sexualidad a la indemnidad sexual, concepto que en la actualidad no puede ser tomado en cuenta como bien jurídico tutelado en el caso de los adolescentes, ya que es incongruente con la normativa nacional e internacional que regula la materia.

De manera posterior, se hace efectiva la aparente función legislativa de los jueces, quienes, a través de una sentencia en Arequipa, evalúan la constitucionalidad de la norma en cuestión, puesto que es contraria al propio ordenamiento civil y a normas de carácter internacional que reconocen la libertad sexual de los adolescentes y por ende la

preocupación que debe existir en los Estados, no debe encontrarse centrada en perseguir penalmente a los adolescentes, limitando el ejercicio de sus derechos, sino por el contrario, deben implementar los servicios que permitan una ejercicio responsable de su libertad sexual, teniendo en cuenta que se ha pasado, en cuanto a la regulación de derechos de los menores, de la situación irregular a la protección integral, en la que los menores son sujetos de derechos, con reconocimiento de una capacidad progresiva de acuerdo a su madurez.



ABSTRACT

Today much is said about sexual freedom of adolescents, following recent amendments to the rule, as is allowed to recognize that sexual freedom. The present investigation is aimed to study the application of the sexual freedom of adolescents in the city of Pisco, Ica, in order to clarify that occurred in 2005-2008.

We reviewed the records relating to complaints regarding the matter, and the city of Ica. Clearly, before the criminalization of sexual relations, their sentences were suspended, as in most cases, not exceeding four years of deprivation of liberty. You can see that within the main reasons for complaints, are the economic as well as neglect and teenage pregnancy. The average age of the "victims" is between 14 and 16 years old and "aggressors" between 18 and 21. Almost in the integrity of the cases, those involved maintain a relationship of love, or at least, are living together, with the consent of their parents, despite this, and disclosed the consent should be placed on the appliance court to prosecute a person with the consent of a minor engaged in sexual intercourse.

In the giving of the law that criminalizes sex between teenagers, the penalties are realized between 25 and 30 years imprisonment, which definitely cause the lovers are coerced by parents in order not to be reported. Our legislation goes back again to the current irregular situation regarding child protection, ignoring the sexual freedom of adolescents and framing them as incompetent subjects and therefore their sexuality relating to the sexual concept, which currently can not be taken into account as a legally protected interest in the case of adolescents, since it is inconsistent with national and international regulations governing the subject.

So later, it becomes apparent effective legislative function of the judges, who, through a sentence of Arequipa, evaluate the constitutionality of the law in question, since it is contrary to civil order itself and international standards that recognize the adolescent sexual freedom and hence the concern that must exist in the States, ara not prosecute teenagers, but rather, to implement services that allow a responsible exercise of this right, considering that it went, regarding the regulation of rights of minors, of the irregular situation to full protection, in which children are subjects of rights, recognition of a progressive capacity according to their maturity.

CAPÍTULO I

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO REFERIDOS AL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DEL ADOLESCENTE EN LA CIUDAD DE PISCO-ICA, DURANTE EL PERIODO DEL 2005 AL 2007

Con el objeto de determinar comparativamente la realidad de las adolescentes que se hayan iniciado en sus relaciones sexuales, frente a las que han sido objeto de indemnidad sexual, se ha establecido los siguientes cuadros, de tal manera que su interpretación nos lleve a considerar la protección al derecho que tienen los adolescentes de determinar su libertad sexual.

Se trabajó con 28 casos, entre los años 2005-2006, los mismos que fueron consultados en el Ministerio Público de la ciudad de Ica. Al ser el universo reducido no se aplicó muestra ni muestreo.

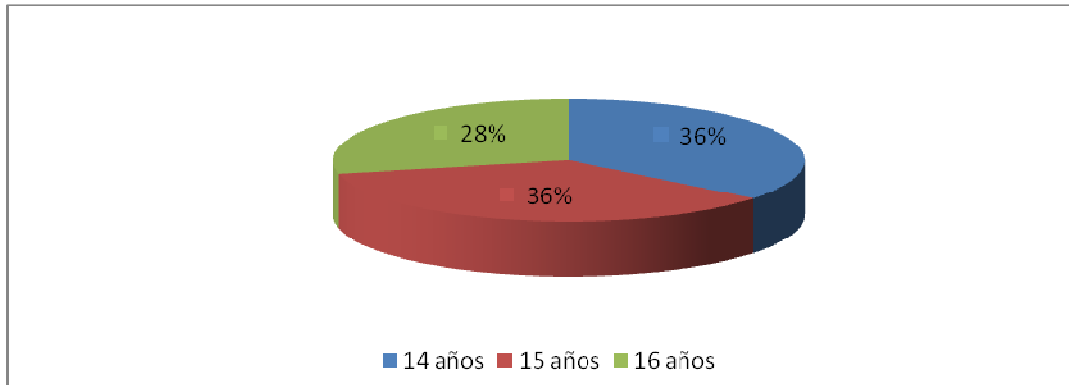
CUADRO Nº 1

EDAD DE LA MENOR

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
14 AÑOS	10	36%
15 AÑOS	10	36%
16 AÑOS	08	28%
TOTAL	28	100%

FUENTE: DSA/2005-2007

GRÁFICO N° 1
EDAD DE LA MENOR



FUENTE: DSA/2005-2007

La mayor parte de caso se encuentra centrada en el límite de la edad establecido por la ley, es decir 14 años de edad, pocos son los casos que se presentan de 15 ó 16 años. Éstos resultados coinciden con el análisis realizado acerca de la edad de inicio sexual en el Perú que fluctúa entre los 13 y 16 años.

Si bien nuestro tipo penal no es del todo claro o, mejor dicho, no convence a la totalidad de nuestros juristas, y en mayor medida lo referido a la inmadurez de la víctima, pues, de igual forma, existe una fuerte discusión acerca de que si la mujer casada, viuda o divorciada podía ser o no sujeto pasivo de este delito. La gran mayoría de la doctrina se inclina por la segunda opción, afirmando que el estado civil de estas personas impide imaginar su inexperiencia sexual y un posible engaño que pueda perjudicar su libertad sexual. En nuestro país, estas opiniones fueron recogidas por la doctrina debido a la existencia, tal como lo indicamos anteriormente, del elemento normativo "conducta irreprochable" en el Código derogado, el mismo que implicaba, entre sus diferentes significados, castidad. Sin embargo, la discusión sigue en pie, puesto que es difícil pensar en una mujer (o un hombre) con tales características (casada, viuda o divorciada) que no tenga un mínimo de experiencia en sus relaciones sociales para poder ser inducidas a error.

Estos supuestos no deben ser juzgados apriorísticamente, puesto que, en ocasiones, una mujer o un hombre casado, viudo o divorciado, entre catorce y dieciocho años de edad, pueden verse inducidos a error. Pensemos en la posibilidad de aquel hombre que, con la finalidad de tener relaciones sexuales, promete a una viuda que va a mantener económicamente a ella y a sus hijos, incumpliendo a sabiendas su promesa. De igual manera, deben resolverse los casos en que medie una retribución económica, como, por ejemplo, la prostituta que al ser engañada por el cliente con la promesa de pago realiza el acto sexual. En este caso, la conducta del cliente estaría encajando perfectamente en el delito de seducción, por cuanto el tipo no exige ninguna condición a la víctima. Asimismo, el bien jurídico no hace ninguna distinción sobre qué personas van a beneficiarse con su protección. Una posición de tal naturaleza debe estar no sólo despojada de todo prejuicio, sino sustentada en la propia descripción típica y en el bien jurídico que se protege. Es así, como podemos apreciar que para cada caso en concreto es necesaria una valoración muy objetiva del engaño vertido sobre la víctima, así como analizar las circunstancias particulares que puede poseer ésta.



CUADRO Nº 2

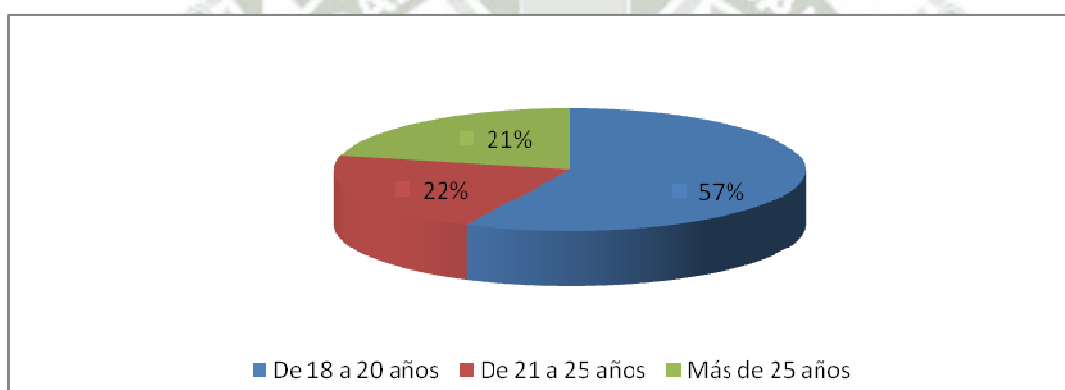
EDAD DEL AGRESOR

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De 18 a 20 años	16	57%
De 21 a 25 años	06	21%
Más de 25 años	06	22%
TOTAL	28	100%

FUENTE: DSA/2005-2007

GRÁFICO Nº 2

EDAD DEL AGRESOR



FUENTE: DSA/2005-2007

De los resultados obtenidos, no podemos hacer referencia a relaciones de enamoramiento, porque la mayor parte de los casos se presenta en relaciones de características particulares, como es el caso del adulto de 45 años que sostiene relaciones sexuales con la menor de 14, a cambio de ser “ayudada económicamente”.

Casi en su totalidad, los casos están referidos a relaciones sexuales propias entre enamorados. Es parte de nuestra realidad que la iniciación sexual se produzca en ésta etapa, con la aceptación de ambas personas, teniendo en cuenta las cifras que se han encontrado y que se presentan en el Capítulo II de la presente investigación.

Un sector de juristas peruanos apoya la posición referida a que el delito de seducción debe seguir existiendo en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, otro sector cree que esta una figura no tiene razón de ser, y que, muy por el contrario, simplemente debería excluirse. Así, pues, al querer encontrar alguna referencia en una legislación muy similar a la nuestra es que decidimos comparar este tipo penal con la legislación argentina y realmente nos sorprendió el no encontrar, en ningún caso, algún delito que tenga como móvil la figura del “engaño”.



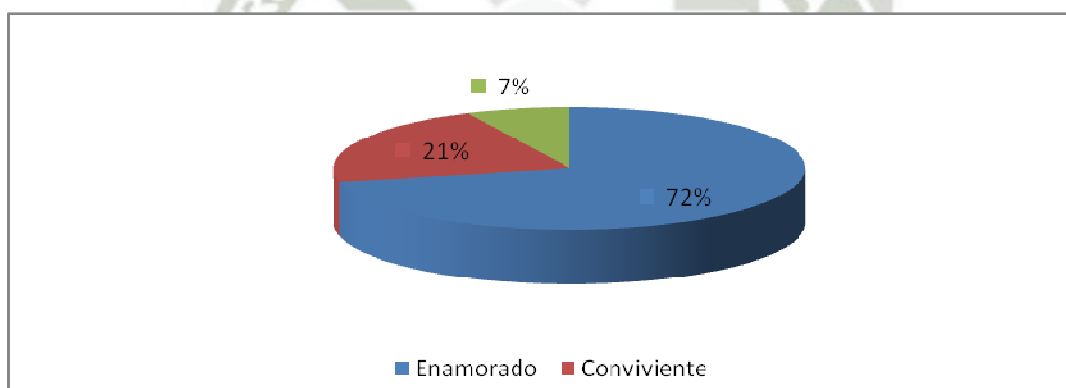
CUADRO N° 3

RELACIÓN ENTRE AGRESOR Y AGRAVIADA

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Enamorado	20	72%
Conviviente	06	21%
Otros	02	7%
TOTAL	28	100%

FUENTE: DSA/2005-2007

GRÁFICO N°3



FUENTE: DSA/2005-2007

La mayor parte de los adolescentes sostienen relaciones sexuales con personas con las que tienen alguna relación de pareja, ya sea de convivencia o en todo caso de enamorados. Es evidente que en ambos casos, existe un consentimiento por parte de éstos a mantener relaciones sexuales, situación que se ve reflejada al momento que se toman las referencias de los menores, cuando se ha producido la denuncia por parte de sus progenitores o de algún familiar, en las cuáles afirman rotundamente que no fueron forzados a mantener relaciones sexuales.

En el caso de la convivencia, en nuestro país, es muy frecuente, en determinadas comunidades, que ésta se inicie a temprana edad, por motivos culturales e incluso económicos.

Los resultados obtenidos no hacen sino confirmar las estadísticas, que respecto a la relación sexual entre adolescente existe, en cuanto el inicio es a temprana edad y en líneas generales se mantienen con la pareja o conviviente.



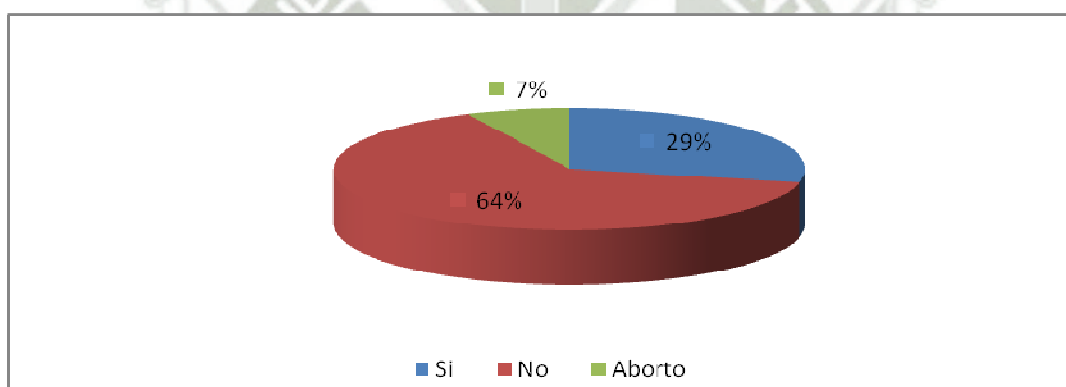
CUADRO N°4

EXISTENCIA DE EMBARAZO

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	08	29%
No	18	64%
Aborto	02	7%
TOTAL	28	100%

FUENTE: DSA/2005-2007

GRÁFICO N°4



FUENTE: DSA/2005-2007

De los casos estudiados, en cuatro de ellos se produce el embarazo de la adolescente, produciéndose la denuncia ante la situación de abandono de la misma.

A la fecha se vienen implementado programas que permitan que los adolescentes tengan acceso a métodos anticonceptivos y que sean educados en el ejercicio de una sexualidad responsable, no sólo por que las cifras de embarazo en adolescentes se incrementa año con año, sino también en lo que respecta a la prevención en la transmisión de enfermedades sexuales.

Lamentablemente, por la normativa existente, existe temor por parte de los adolescentes de acudir en busca de ayuda profesional al momento de iniciar sus relaciones sexuales, por el temor de ser denunciados por delito de violación sexual, poniendo en riesgo su salud y en todo caso promoviendo una sexualidad insegura que pueda traer como resultado un embarazo no deseado y el abandono de la menor.



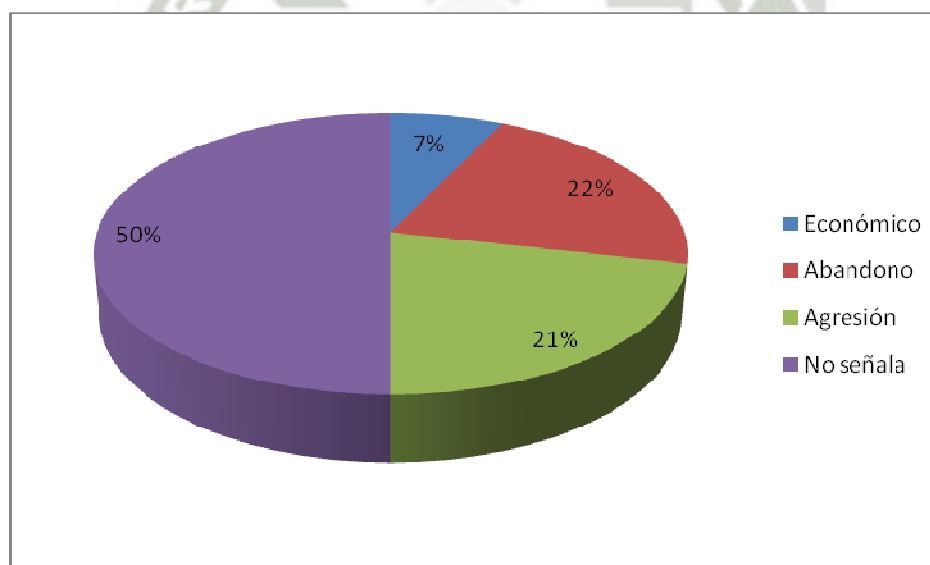
CUADRO N°5

MOTIVO DE LA DENUNCIA

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Económico	02	7%
Abandono	06	22%
Agresión	06	21%
No señala	14	50%
TOTAL	28	100%

FUENTE: DSA/2005-2007

GRÁFICO N°5

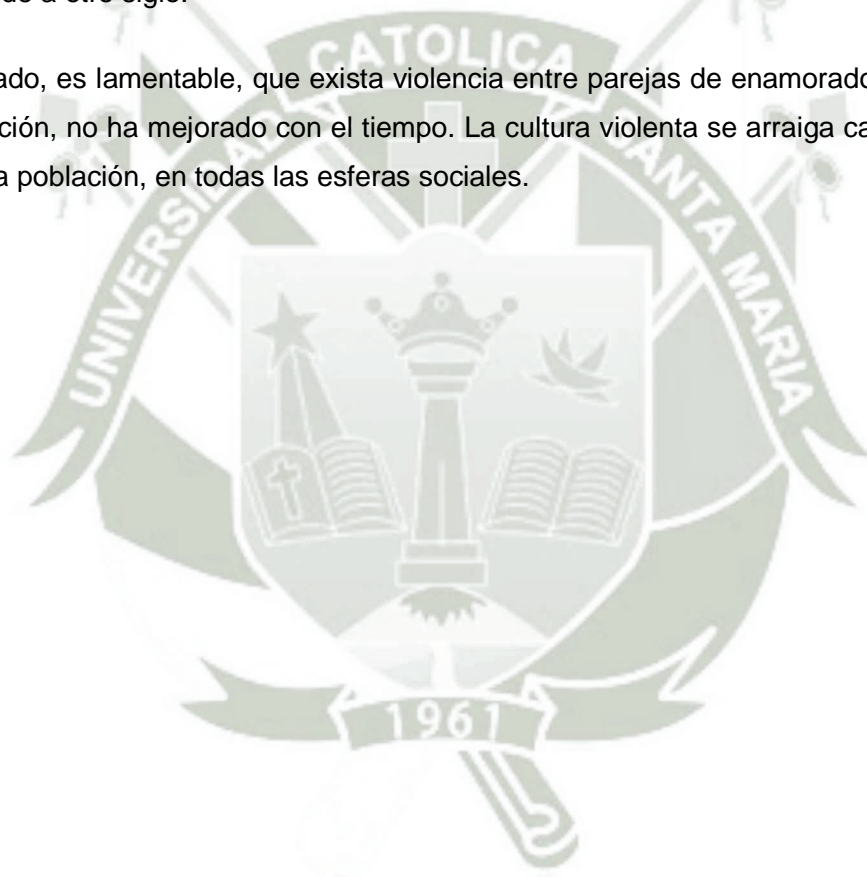


FUENTE: DSA/2005-2007

En la mayor parte de denuncias presentadas, de los instrumentos que contiene el expediente no se aprecia una causal específica de porqué se procede a denunciar los hechos.

Cabe destacar que un porcentaje lo hace por motivos económicos, es decir, el hecho que quien sostuvo relaciones sexuales con la adolescente se niega a ceder, en algunos casos, a chantajes de la familia y en otros la negativa de contraer matrimonio con la menor. En realidad, en algunos sectores de nuestra población, se mantiene la tendencia de que si la familia se da cuenta que la adolescente tiene relaciones sexuales, debe contraer matrimonio, con la finalidad de evitar mancillar su honra, situación que de hecho corresponde a otro siglo.

Por otro lado, es lamentable, que exista violencia entre parejas de enamorados, Y es que ésta situación, no ha mejorado con el tiempo. La cultura violenta se arraiga cada vez más en nuestra población, en todas las esferas sociales.



CUADRO N°6

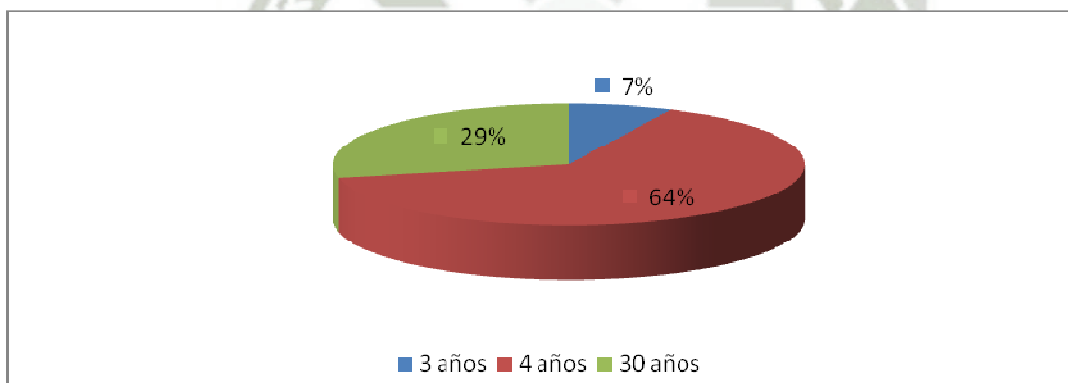
PENA IMPUESTA

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
3 años	02	7%
4 años	18	64%
30 años	08	29%
TOTAL	28	100%

FUENTE: DSA/2005-2007

GRÁFICO N° 6

PENA IMPUESTA



FUENTE: DSA/2005-2007

La comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable genera la inmediata reacción del Estado poniendo en ejercicio su facultad punitiva (ius puniendi). Obviamente, la comisión de un delito produce como consecuencia opcional también la posibilidad de imponer una medida de seguridad o resarcimiento civil del daño que conlleva el delito.

Así, en nuestro Código Penal, el artículo IX del Título Preliminar prevé que “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”, concordante con lo consagrado en el artículo 139 Inc.22 de la Constitución Política del país

Materialmente la pena consiste en una privación de bienes jurídicos o derechos del penado. “Es la sanción previamente establecida para la violación de un precepto legal”¹.

Las penas van desde los dos años hasta los cuatro años, todas ellas con calidad de suspendidas, debiendo los sentenciados, en todos los casos, cumplir con determinadas reglas de conducta, como: no frecuentar lugares de dudosa reputación, no ausentarse del domicilio señalado en autos sin autorización del Juzgado, comparecer en forma mensual y obligatoria al Juzgado, con la finalidad de informar y justificar sus actividades ilícitas, debiendo firmar puntualmente el libro de asistencia correspondiente. Es claro que ninguno de los procesados tiene cárcel efectiva, sin embargo el fijamiento de la normas de conducta significa una limitación en su desenvolvimiento adecuado, y pero aún la generación de antecedentes penales los cuáles impiden el conseguir un trabajo, peor aún en el caso de aquellos que van a ser padres a raíz de los hechos.

Lo más grave se produjo a la introducción de la norma, por la cual, los menores o parejas de las adolescentes eran sentenciados a treinta años de prisión efectiva.

¹ BETTIOL, Giuseppe (1965), *Derecho Penal: Parte General*, Bogotá: Temis, p. 635.

2. ANÁLISIS DE CASOS REFERENTES A LAS RELACIONES SEXUALES DE LOS ADOLESCENTES

CASO N°: 01

Expediente: 2004-233

Antecedentes

Menor de 14 años que sostiene relaciones sexuales con un varón de 24 años de edad.

A nivel Policial

- Denuncia de la madre por relaciones sexuales contra la voluntad de la menor. No tiene conocimiento acerca de embarazo de la menor.
- El investigado manifiesta que existe convivencia por el espacio de 36 meses, es decir 3 años, manteniendo relaciones con el consentimiento de la menor y a sabiendas de la madre. Desconoce la edad y el hecho que mantener relaciones sexuales con una menor constituye delito. Manifiesta que hubo promesa de matrimonio “como cualquier hombre enamorado”. Afirma que la menor estuvo en estado de gestación y que abortó.
- Menor declara que las relaciones sexuales han sido producto de la violencia y en repetidas oportunidades. La menor afirma que faltan exámenes para corroborar su estado de gestación

Ministerio Público

- Se procede a formalizar denuncia penal en contra del denunciado, por delito contra la libertad sexual, seducción
- Se solicita se trabe embargo preventivo sobre los bienes del denunciado, hasta por la suma de S/300.00

A Nivel Judicial

- Se apertura instrucción por el Delito de Seducción, con Mandato de Comparecencia

- No registra Antecedentes Penales ni policiales
- Instructiva: Ha mantenido relaciones sexuales voluntarias con la menor, habiendo convivido en la casa de sus padres por espacio de tres años. Manifiesta que la denuncia proviene por no haber accedido a los requerimientos económicos de la madre de la menor (S/. 600.00)
- Referencial: no obra en el expediente
- Acusación: Seducción basado en las relaciones sexuales con menor mediante engaño (promesa de formalizar matrimonio). Solicita se le imponga Pena Privativa de Libertad de dos años y una Reparación Civil de S/.500.00
- Sentencia:
 - o Dos años de Pena Privativa de la Libertad condicional, período de prueba un año (reglas de conducta)
 - o Reparación Civil de S/.300.00

No hay apelación

Análisis

Claramente se puede apreciar que la denuncia proviene por las relaciones sexuales consentidas por ambas personas, llegando incluso a la convivencia y es que en nuestro país es muy común que en los estratos sociales bajos la convivencia se inicie a muy temprana edad, incluso los 13 años.

El procesado manifiesta su desconocimiento acerca de que mantener relaciones sexuales con una menor de edad constituye delito ello debido a que la mayoría de los implicados, no supera el grado de instrucción secundario.

Se presenta un hecho que es corolario en la mayor parte de casos y es el factor económico. En el presente caso se hace referencia al hecho que es la madre de la menor quien hace estos requerimientos y al no ser cumplidos se procede a la denuncia. Esta situación resulta muy común, ya que lamentablemente la ley ha dado un camino a fin de forzar a los varones o a otorgar cantidades de dinero o contraer matrimonio con quien fue su enamorada con la finalidad de verse envueltos en un proceso judicial, que si bien es cierto no tiene una pena efectiva, les genera Antecedentes Penales, lo cual los limita en ciertos aspectos de su vida como es el caso de encontrara trabajo.

En este caso, la agraviada no se ha hecho presente en el proceso judicial ni aún su madre, para constituirse como Parte Civil.

En cuanto a la sentencia, el Juez fundamenta su fallo, en que el “engaño” de que fue objeto la víctima se encuentra presente en la promesa de matrimonio realizada por el procesado a la víctima y la convivencia en la casa de los padres de la menor. Se fija una pena de dos años. Como podemos apreciar es claro que la persecución de delitos de éste tipo lo único que ocasiona es activar la maquinaria judicial con la consiguiente carga procesal, ante casos en los que los adolescentes ejercen su sexualidad, situación que no debe ser penada, al constituir un derecho propio de ellos, reconocido por la Convención de los Niños, norma que se toma como punto de partida de la norma especializada en menores.

Peor aún en este caso la menor se encuentra en estado de gestación y el seguimiento de éste proceso lo único que puede ocasionar es la dejación de la misma por parte del procesado o la limitación en la generación de recursos ante los antecedentes penales y las normas de conducta fijadas.

Consideramos que en este caso la pena resulta excesiva, teniendo en cuenta que se pudo imponer sólo la de prestación de servicios comunitarios, por las circunstancias del caso analizado.

CASO N°: 02

Expediente: 2006-345

Antecedentes

Menor de 15 años que sostiene relaciones sexuales con varón de 28 años

A nivel Policial

- Se recibe la manifestación del investigado quien afirma haber sido enamorado de la menor por el espacio de tres meses y que en ese lapso ha mantenido relaciones sexuales en hotel, ya que la menor le manifestaba su deseo de no regresar a su casa, con el consentimiento de la menor, hasta en tres oportunidades sin haber tomado bebida alcohólica alguna. Que tiene pareja en la actualidad y cuatro hijos, tres en el primer compromiso y uno en el actual. Manifiesta que no usó ningún método anticonceptivo.
- Se presenta la madre de la menor ratificándose en su denuncia, habiendo conocido los hechos por su hija. Afirma que su hija ha sido conducida a los hoteles bajo engaños. Que en diciembre del 2005 (los hechos se producen en octubre del 2005) el investigado se compromete a ser enamorado de su hija a lo que acceden junto a su esposo. En mayo del 2006 el investigado se lleva a la menor a vivir a la casa de su madre, habiendo quedado en estado de gestación, habiendo sido abandonada por el demandado.
- La menor en su manifestación confirma la versión del investigado en cuanto ha mantenido relaciones sexuales sin haber sido forzada, amenazada o violentada hasta en tres oportunidades, días en los que no regresó a su casa permaneciendo por la mañana en la casa de una amiga y por las noches con el investigado. Posteriormente amplía su manifestación afirmando haber sido engañada por el investigado quien le había prometido a sus padres casarse con ella, por eso accede a irse con el a Chíncha, posteriormente al regresar es dejada en la casa de la hermana, de donde salió con sus pertenencias dejándola abandonada.

Ministerio Público

- Se procede a denunciar al investigado por el delito de Seducción previsto en el artículo 175 del Código Penal

A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra del denunciado por el delito de Seducción, con mandato de detención. Pese a no haber sido solicitada por el Fiscal se traba embargo en los bienes del inculpado hasta por la suma de S/2000.00
- Se ingresa al denunciado al Penal Tambo de Mora de Chincha.
- Se recibe la inestructiva del denunciado quien afirma que tenía conocimiento de la edad de la menor al momento de sostener relaciones sexuales con ésta, que a la fecha se encuentra embarazada por haber convivido con ella. Que eran enamorados y que incumplió su promesa de matrimonio por falta de solvencia económica.
- Se amplía la instrucción
- Se apela del auto Apertorio en razón que el denunciado a firma que los hechos ocurrieron en octubre del 2006, fecha en la cual la pena no era mayor de tres años de pena privativa de la libertad y que las relaciones sexuales fueron con el consentimiento de la menor y hasta incluso de sus padres, la misma que es concedida. Posteriormente el denunciado se desiste de dicha apelación
- La madre de la menor se constituye en parte civil del proceso
- Se formula Acusación Fiscal en contra del denunciado solicitando la pena Privativa de libertad por cinco años y una Reparación civil de S/.3000.00
- La menor rinde declaración informativa acerca del nacimiento de su hijo y del proceso de alimentos iniciado al acusado, el mismo que ha terminado por conciliación de las partes en la suma de S/.100.00 comprometiéndose a reconocer al menor.
- En la Sentencia se fija una pena de cuatro años con carácter de condicional, fijándose como período de prueba el término de tres años. Se fija una Reparación Civil de S/.3000.00

Análisis

A través de este caso, se pretende analizar una situación que resulta preocupante, es decir que las menores sostienen relaciones sexuales sin cuidado alguno, lo que acredita que no existe una educación sexual en la casa ni mucho menos en la escuela. Igualmente este caso representa la irresponsabilidad de algunos varones en el ejercicio de su

sexualidad, en cuanto pese a tener carga familiar, con la que seguramente ni cumplen a nivel de necesidades básicas a través de una pensión de alimentos, continúan manteniendo relaciones sexuales in utilizar método anticonceptivo alguno, provocando embarazos no deseados o hijos en estado de abandono.

Se hace la salvedad, ya que éstas situaciones se presentan a diario, con la presencia de madres que lo único que quieren es que los hijos de sus hijas sean reconocidos o que se les otorgue una asistencia médica o por último que sus hijas se vayan a vivir con el padre del hijo en espera. Ante la negativa de los varones se producen las denuncias, ya que nuestro código penal fijó este tubo de escape, como un medio de “venganza” por la falta de asistencia económica o el abandono de la menor en estado de gestación.

Esta es la única sentencia en la que se hace una adecuada fundamentación y adecuación del tipo penal a los hechos. Se han tratado dos extremos importantes:

- Que se ha sometido a práctica sexual a una menor de quince años de edad; y que para acceder al acto sexual ha empleado el fraude, el engaño, burlándose de la buena fe de la víctima, bajo el compromiso del matrimonio;
- En consecuencia se alude que el acusado ha incurrido en el delito de seducción contenido en el artículo 175 del código Penal

Se ha logrado determinar a través de la valoración de los hechos: que se ha sostenido relaciones sexuales haciendo creer a la menor que se trataba de un hombre solo, cuando en realidad éste tenía dos compromisos, con tres hijos y un hijo respectivamente y de las edades de los menores se puede deducir que mantenía relaciones sexuales con sus anteriores parejas, manteniendo convivencia con una de ellas al momento de seducir a la menor, presentándose ante ésta como una persona con aptitud para formalizar y sostener una relación sin impedimento o carga obligacional. Inmediatamente luego de la denuncia el procesado prometió matrimonio a la menor, conviviendo con ella por espacio de un mes para luego abandonarla, dejándola en estado de gestación.

En cuanto a la imposición de la pena se toma en cuenta la edad del procesado, su conducta de hacer vida en común con varias féminas simultáneamente, habiendo embarazado a la menor; en cuanto a la Reparación Civil se fija de acuerdo al daño causado afectando la intangibilidad de la menor, agravada con su estado de gestación.

No se pronuncia sobre los alimentos puesto que éstos ya han sido fijados en Proceso Judicial.

La pena y la Reparación Civil resultan adecuadas para el delito. Sin embargo en el Acto de Lectura de Sentencia el Sentenciado se reserva su derecho, por lo que se infiere no encontrarse de acuerdo con el fallo.



CASO N°: 03

Expediente: 2005-269

Antecedentes

Relaciones Sexuales sostenidas por una menor de 16 años con un varón de 46 años. En este caso se produce la concurrencia material de delitos, por la presencia de un aborto no consentido.

Ministerio Público

- El fiscal Provincial formula denuncia penal en contra del investigado, por el delito de Seducción y de aborto no consentido, debido a las relaciones sexuales mantenidas por la menor, con el denunciado provenientes de una relación amorosa con promesa de matrimonio. La menor a raíz de las relaciones sexuales queda en estado de gestación por lo que el denunciado la lleva a un inmueble donde le hace tomar una pastilla e introducirse dos pastillas por la vagina, provocándole un aborto a la menor la misma que debe ser conducida al hospital.

A nivel Judicial

- Se apertura Instrucción en contra del denunciado. No se dicta Mandato de Detención en razón a tres hechos:
 - o No existe Prueba suficiente de los actuado para la sindicación del procesado
 - o La pena no supera los cuatro años
 - o No existe peligro procesal ya que el denunciado tiene un trabajo estable

Se dicta Mandato de comparecencia Restringida debiendo el denunciado cumplir con ciertas medidas de conducta, debiendo otorgar una Caucción Económica de S/.300.00

- Se formula Acusación contra el denunciado por la Comisión del Delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud, Aborto no consentido, solicitando una pena privativa de la libertad de tres años y una Reparación civil de S/.1000 y resuelve no ha lugar a formalizar acusación por el delito de Seducción.

- La Acusación es elevada en consulta y la Fiscalía Superior Mixta opina que la Acusación debe ser por el Delito contra la Libertad Sexual Seducción y se le imponga la pena Privativa de la Libertad de de tres años y una Reparación Civil de S/. 5000.00
- En la Sentencia se fija como pena una Privativa de la libertad condicionada por espacio de tres años, la misma que se suspende con carácter de condicional. Fijándose un período de prueba de dos años y una reparación de S/.3000.00

Análisis

En este caso la diferencia de edad entre el procesado y la víctima refleja claramente el tipo del delito de seducción, puesto que existe la creencia de la menor en que la persona es soltera, que va contraer matrimonio con ella, manteniéndola en engaño al ocultarle su verdadero estado civil, ya que éste es casado.

En cuanto al aborto no consentido, este es el único caso en que se presenta la concurrencia de delitos, ya que en los casos analizados anteriormente, las 0 menores que se encuentran en gestación tienen a sus hijos, con todos los problemas que esta situación genera.

Pese a la edad del procesado se puede apreciar la irresponsabilidad al mantener relaciones sexuales con una menor sin utilizar método anticonceptivo alguno, lo que consideramos que agrava la situación, teniendo en cuenta que se trataba de una persona casada, que no podía asumir responsabilidades de este tipo.

Lamentablemente se debe señalar nuevamente el problema de la inadecuada formación sexual de nuestros adolescentes, que si bien es cierto tienen derecho a ejercer su sexualidad, pero ésta debe ser una sexualidad responsable, de tal manera que se eviten situaciones como las analizadas a través de los casos presentados.

CASO N° : 04

Expediente: 2006-129

Antecedentes

Menor de 14 años que sostiene relaciones sexuales con varón de 19 años

A Nivel Policial

- Se recibe la Declaración de la madre de la menor quien manifiesta que su hija desapareció luego de salir de su domicilio para dirigirse a una fiesta y que la encontró en la casa del padrastro del investigado, siendo recuperada con intervención de la Policía quienes le dieron un oficio para el reconocimiento médico legista.
- La menor en su referencial afirma haber asistido a la fiesta y que por haberse retirado a altas horas de la noche y por temor a ser castigada se quedó en el domicilio de su enamorado. Que ha mantenido relaciones sexuales en varias oportunidades por voluntad propia. Que su enamorado quiere una relación seria y que desea seguir estudiando y teniendo su enamorado con autorización de su madre.

Ministerio Público

- Procede a formular denuncia por el delito de Seducción, mandando se trabe embargo sobre los bienes del denunciado.

A Nivel Judicial

- Se abre instrucción en contra del denunciado por el delito de Seducción ordenándose Mandato de Comparecencia. Se ordena se trabe embargo preventivo por la suma de S/.1000
- El Ministerio Público es de la opinión que se acuse denunciado, por el delito de Seducción, solicitando se le imponga una pena privativa de la libertad de dos años y una Reparación civil de S/200.00. Se declare Reo Ausente al acusado

Análisis

Este es el único caso en el que el investigado y luego acusado no se ha presentado en ninguna de las etapas del proceso por lo que se le declara Reo ausente. Al respecto el código de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

Artículo 318.- Si hasta el fin de la instrucción el delincuente no pudiese ser habido, siempre que a juicio del juez resulte establecida la existencia del delito y la culpabilidad del encausado, el juez dictará las requisitorias necesarias para la aprehensión del acusado.

En los autos se pondrá copia de la requisitoria y se elevarán al Tribunal.

Si bien es cierto a lo largo del séquito del proceso no se ha logrado acreditar que el ahora acusado sea el autor del delito de seducción, sin embargo el Fiscal opina que sea declarado Reo Ausente así continuar con el proceso.

En este caso se ha formulado la Acusación conforme lo establecido en el CPP:

Artículo 319.- Recibidos los autos contra el reo ausente por el Tribunal, pasarán al Fiscal, y éste formulará la acusación. El Tribunal, después de renovar las órdenes para su captura y mandarlo llamar por edictos que expresen los delitos que le son imputados por la acusación fiscal reservará el proceso hasta que el acusado sea habido.

Se fija día y hora para la Audiencia

Artículo 320.- Tan luego como se presente o se aprehenda al acusado, el Tribunal fijará día para la audiencia. En esta audiencia solo se examinarán a los testigos y peritos que voluntariamente se presenten, requiriéndose únicamente el examen del reo y los informes del Fiscal y de la defensa. El Tribunal puede fallar por el sólo mérito de la instrucción si no se actúan nuevas pruebas.

En cuanto a la Audiencia y Sentencia

Artículo 321.- Si en la instrucción figurasen acusados presentes y ausentes, el Tribunal nombrará para el juicio oral defensor para los ausentes. La sentencia absolutoria puede comprender a los ausentes; pero la condenatoria sólo puede comprender a los presentes, reservándose respecto de los ausentes. Si éstos se presentan o son aprehendidos después de expedida la sentencia contra los presentes, el Tribunal citará para la audiencia en que debe juzgarlos; en la cual únicamente se leerá, la instrucción, el acta de los debates orales, la sentencia contra los reos que estuvieron presentes y la resolución

de la Corte Suprema si la hubiese; se examinará al acusado, se oirán los informes del Fiscal y del defensor y se fallará sin más trámite.

Si en la instrucción figurasen acusados en cárcel y acusados libres, la audiencia se realizará con los que concurran, considerándose como ausentes a todos los que no concurran al acto oral; y la sentencia que se pronuncia podrá absolver a los inasistentes o reservar el proceso respecto de ellos, hasta que sean habidos. Si alguno de los acusados que no concurrió al acto oral se presenta posteriormente, o es detenido, se procederá como dispone el párrafo anterior de éste artículo.



CASO N°: 05

Expediente: 2006-82

Antecedentes

Menor de 16 años que sostiene relaciones sexuales con varón de 18 años.

A Nivel Policial

- Se recibe la referencial de la menor en la que sostiene que ha sostenido relaciones sexuales por su propia voluntad hasta en cuatro oportunidades. Que las relaciones fueron anteriores a la fuga de la menor y que sus padres desconocían de la relación que mantenía con éste. Había decidido retirarse a convivir con su pareja debido a los malos tratos recibidos en su hogar por parte de su madre y hermano. A la fecha se encuentra con un mes y medio de gestación.
- El investigado en su manifestación corrobora lo sostenido por su conviviente en cuanto se encuentran conviviendo por espacio de mes y medio y que desea formalizar su convivencia cuando la menor llegue a la mayoría de edad.

Ministerio Público

Se formula denuncia por el delito de Violación de la Libertad Sexual, se solicita se trabaje embargo hasta por el monto de S/500.00

A nivel judicial

- Se abre instrucción en contra del denunciado por el Delito de Seducción², en la Vía Sumaria se dicta Mandato de Comparecencia y se trabaje embargo hasta por la suma de S/.500.00.
- El Fiscal apela del Auto Apertorio indicando la modificación que se ha producido el 5 de abril del 2006 respecto del artículo 173 del Código Penal.

Análisis

² Es necesario mencionar que existe una seria contradicción entre la denuncia y el Auto Apertorio, puesto que en la Denuncia se formula por el delito de Violación Sexual, a raíz de la modificatoria del artículo 173 del Código Penal, del 5 de abril del 2006, cuya entrada en vigencia es a partir del 6 de abril del 2006 y el Juez denuncia por el delito de Seducción.

Este caso es muy representativo de los problemas que ha generado la dación de la Ley 28704, la misma que haría que en el caso de autos se siga un proceso en la vía ordinaria, con Mandato de detención, y se condene por delito a violación de la Libertad sexual por haber sostenido relaciones sexuales entre convivientes.

Cabe destacar que aparentemente el Juez está tomando en cuenta la fecha de la primera relación sexual la misma que se ha producido en el mes de abril, por lo que ha decidido que el tipo penal es el de Seducción con mucho acierto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que no ha mediado violencia, que existe convivencia y que la menor se encuentra en estado de gestación.



CASO N° :06

Expediente: 2006-070

Antecedentes

Menor de 15 años que ha sostenido relaciones sexuales con varón de 21 años.

Denuncia

- Los padres de la menor denuncian por delito de Violación de la Libertad Sexual, Violación de la Libertad Personal, contra el Patrimonio, contra la vida el cuerpo y la salud. Afirman que su hija desapareció encontrándose en la casa de unos tíos del denunciado. Que al encontrar a la menor afirma haber sido agredida por el denunciado, habiendo conducido a la menor a otro domicilio. Los denunciantes llegan a llevarse nuevamente a su menor hija a su domicilio, lugar en el que se presenta el denunciado indicando que la menor era su pareja.
- Se reciben las manifestaciones del padre de la menor, del denunciado y de la agraviada.
- El denunciante sostiene los hechos que ha manifestado en su denuncia. En cuanto a la menor manifiesta que es cierto que se ha ido con su ex enamorado haciendo mención de hasta tres lugares donde ha permanecido con éste. Manifiesta haber tenido relaciones sexuales por su voluntad, ya que iban a ser convivientes. Por otro lado el denunciado manifiesta ser falsas todas las imputaciones, que conoce a la menor y la edad que ésta tiene, habiendo sostenido una relación amorosa pero no relaciones sexuales.

Ministerio Público

- El Fiscal Provincial decide no haber mérito a formalizar la denuncia por los delitos de violación de la libertad personal, contra el patrimonio y lesiones culposas.
- Se denuncia por el delito de violación de la libertad sexual, por haberle prometido convivir con ella.
- Solicita se traben embargo sobre los bienes libres del denunciado hasta por el monto de S/.300.00

A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra del denunciado por el delito de Seducción, lo que da lugar a una apelación de dicho auto apertorio por parte del fiscal, por lo que se emite un nuevo auto apertorio de instrucción, por el delito contra la Libertad Sexual de Menor, en Vía Ordinaria, con mandato de comparecencia restringida, al no existir peligro procesal, fijándose normas de conducta y con una Caución Económica por S/.500.00. Se traba el embargo preventivo hasta por la suma de S/.1000.00
- La menor en su referencial manifiesta que se ratifica en el contenido de su manifestación a nivel policial y que conoce al denunciado hace tres años habiendo sostenido una relación sentimental por espacio de año y medio. Ha mantenido relaciones sexuales por primera vez con él de manera voluntaria y que han convivido durante dos semanas.
- En la Instructiva el denunciado manifiesta que ha mantenido relaciones sexuales con la menor en dos oportunidades, que si ha convivido con ella por espacio de dos semanas y que sus padres posteriormente aceptaron su enamoramiento, pero que luego se la han llevado a vivir a Ayacucho. Afirma que desconocía la edad de la menor, pero que sus intenciones hacia ella son las mejores.
- El padre de la menor se constituye en Parte civil y solicita que se varíe el Mandato de Comparecencia por el de Detención

Análisis

Existe un error sustancial, ya que se apertura instrucción por el Delito de Seducción, el mismo que a la fecha de los hechos no era aplicable al caso materia de análisis teniendo en cuenta que la modificatoria del 5 de abril ya se encontraba en vigencia.

En este caso, aún no se denota el perjuicio que va sufrir el denunciado, puesto que el Juez con mucho acierto ha dispuesto tan sólo el Mandato de Comparecencia teniendo en cuenta que no hay peligro procesal, sin embargo es claro que al finalizar el séquito del proceso se deba condenar al denunciado por haber ejercido libremente su sexualidad con una menor de edad.

Este caso refleja lo comentado líneas arriba en cuanto este delito es utilizado por los padres como una mecanismo de venganza en cuanto no se encuentran de acuerdo con la

“pareja” elegida por sus menores hijas. Igualmente el denunciado afirma desconocer la edad de la menor y esto resulta cierto en algunos caso teniendo en cuenta que al iniciar una relación sexual muchas veces no se presta atención a este dato o resulta irrelevante o también se da el caso que las menores, aprovechando de sus características personales, fingen tener una edad superior a la real.

Existe un Derecho constitucional al libre desarrollo uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, que implica diversos aspectos de la personalidad: de orden religioso, psicológico, formativo y por supuesto de carácter sexual. El libre desarrollo enmarca dentro de las condiciones necesarias que deban ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona. En este sentido cada norma legal que intenta regular el orden social debe respetar en estricto sentido los mandatos de orden constitucional.

“La reserva de la ley para la restricción o limitación de un derecho fundamental debe basarse en criterios razonables, por lo que no es posible mediante una norma penal o de otro tipo restringir el derecho del adolescente a desarrollar su personalidad en todos los ámbitos”³.

Este ha sido uno de los aspectos más criticados de la Ley en mención puesto que resulta totalmente contradictorio otorgar por un lado capacidad a los adolescentes para realizar ciertos actos, que antes se encontraban destinados únicamente a los “adultos” (valga decir los mayores de 18 años) como es el caso de poder recocer a sus hijos, sin embargo esta ley limita un derecho más simple como es el de decidir tener una pareja y mantener con ésta relaciones sexuales, provocando en muchos casos que en el caso de existir un embarazo los menores deban desaparecer con la finalidad de evadir el proceso penal, con las consiguientes consecuencias negativas para la adolescente como su menor hijo.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido: “...no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que aquellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”⁴

³ PEÑA CABRERA Freyre, Alonso, La Reforma político criminal de los delitos sexuales, vía Ley N° 28704, sancionada el 5 de abril del 2006, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 108, p. 189

⁴ Sentencia N° 2868-2004-AAT/TC del Tribunal Constitucional

CASO N°: 07

Expediente: 2006-393

Antecedentes

Menor de 14 años que sostiene relaciones sexuales con varón de 19 años.

A nivel Policial

- Se recibe la manifestación de la menor quien afirma que ha mantenido relaciones sexuales con el investigado, por propia voluntad ya que éste es su enamorado. Que cada vez que ha tenido relaciones sexuales su enamorado le ha prometido que nunca la iba a dejar, que siempre iba a estar conmigo y que me iba a llevar con él. Que en varias oportunidades los actos sexuales se llevaban a cabo cuando la menor salía rumbo al colegio llevando ropa de calle en su mochila, regresando a su domicilio como si hubiera asistido al colegio.
- El investigado manifiesta que ha mantenido relaciones sexuales con la menor en el domicilio de su tía, cuando no había nadie y otras veces en hotel y que siempre ha sido por propia voluntad de la menor, que efectivamente lo hacían en el horario que la menor debía asistir al colegio.
- La tía de la menor se encuentra a su cargo por ausencia de su madre desconociendo el paradero del padre quien ni siquiera la ha reconocido. Es su hija la que le comunica que su sobrina se encontraba en malos pasos, por lo que decide apersonarse al colegio donde se entera que otra persona, quien es la hermana del investigado fue al colegio haciéndose pasar por ella y es en este momento que conoce que la menor ha dejado de asistir en varias ocasiones al colegio y preguntada la misma confesó haber tenido relaciones sexuales en varias oportunidades. La tía desconocía el hecho de que su sobrina tenía enamorado.

Ministerio Público

Se formaliza denuncia penal por el delito contra la Libertad Sexual., se solicita se traben embargo preventivo sobre los bienes del denunciado que garantice el pago de la reparación civil de la agraviada. Se aplica el contenido del artículo 170 inciso 4 del Código Penal.

A nivel Judicial

- Se abre instrucción por el delito contra la Libertad Sexual en la vía ordinaria, artículo 173 del Código Penal, ordenando mandato de Detención e Internamiento en el Penal Tambo de Mora y se trabe embargo preventivo hasta por la suma de S/.1000.00.
- En su declaración inductiva el denunciado confirma los hechos sostenidos en su manifestación a nivel policial, es decir acepta haber mantenido relaciones sexuales con la menor, por su voluntad, provenientes de una relación de enamorados. Que su intención es casarse con la menor.
- La menor en su declaración referencial confirma lo manifestado a nivel policial en cuanto el denunciado es su enamorado y que ha tenido relaciones sexuales por su voluntad, que desea que salga libre a fin de seguir con dicha relación.
- Se presentan a rendir declaración testimonial tres testigos: la hermana y sobrina del denunciado y la persona con quien trabaja. Las tres personas indican que conocen de la relación sentimental, que el denunciado es un joven responsable que trabaja y estudia y que debe estar libre ya que la denuncia ha sido planteada por cólera de la tía de la menor
- El denunciado solicita que el tipo penal a aplicarse es el artículo 170, en el que se debe tomar en cuenta la edad cronológica de la menor agraviada, sin embargo los hechos se adecúan al tipo penal del artículo 173 inciso 3, del Código Penal.
- El Juez revoca el Mandato de Detención, amparándose en el Principio de Inmediación y Observación el mismo que a través de la observación de las pruebas ha podido determinarse que las relaciones sexuales han sido voluntarias, no existiendo la violencia o grave amenaza que exige el tipo penal de la violación sexual, presupuestos que no se dan en este caso aún cuando el numeral de la citada norma modificada no lo exige. Se toma en cuenta que por cartas presentadas durante el proceso se concluye que era la menor quien incitaba al denunciado a ir a su domicilio por lo que no existe un aprovechamiento de la soledad de la menor. Se toma en cuenta igualmente la edad del denunciado en cuanto al momento de la comisión del delito cuenta con tan solo 18 años, indicando el Sr. Juez que a esa edad no hay una comprensión absoluta de la gravedad o delito de tener relaciones sexuales con una menor. Se toma en cuenta que por los hechos el denunciado no evadirá la acción de la justicia, teniendo domicilio, trabajo y lugar de estudios conocidos, por lo que se ordena Mandato de Comparecencia Restringida y se fija como caución la suma de S/200.00.

- La Fiscalía Superior Mixta formula Acusación sustancial por del Delito contra la Libertad Sexual solicita se le imponga 20 años debiendo abonar la suma de S/.2000.00.
- Se sentecnia a 30 años de prisión efectiva

Análisis

De la referencial de la menor podemos deducir que se sigue haciendo referencia al tipo de Seducción, ya que se habla de promesas.

Al momento de aperturarse la instrucción se dicta Mandato de Detención, pese a que no se cumplen todos los supuestos procesales señalados en el artículo 135 del Código Procesal Penal, pero posteriormente con mucho acierto el Juez Penal, a solicitud de la parte, revoca dicho mandato y ordena el mandato de Comparecencia Restringida.

La disfuncionalidad de la familia es uno de las razones por las que los adolescentes buscan el cariño y la comprensión que no tienen en su hogar con terceras personas iniciando relaciones sentimentales y luego sexuales muchas veces con consecuencias negativas, como es el caso de embarazos no deseados.

Pese a los actuados del proceso, la Fiscalía Superior, opina que se debe acusar y condenar al denunciado por 20 años y una Reparación de S/.2000.00, situación que resulta excesiva, teniendo en cuenta que en todo momento la menor ha manifestado su consentimiento y su deseo de continuar con la relación. Si bien es cierto no interesa en este tipo penal el consentimiento de la víctima la referencial de ésta así como las declaraciones del denunciado sólo dejan entrever que toda norma que restringe derechos, resultan excesivas en su aplicación, en cuanto existen potestades constitucionales a las libertades, violando preceptos constitucionales.

CASO N°: 08

Expediente: 19-2007

Antecedentes

Menor de 15 años que sostiene relaciones sexuales con varón de 18 años.

A Nivel Policial

- Se recibe a manifestación del investigado quien afirma que ha mantenido una relación sentimental con la menor por espacio de ocho meses, durante los cuales mantuvieron hasta en cuatro oportunidades por voluntad de ambos, no habiéndole dado bebidas o sedantes. Que sabe que mantener relaciones sexuales con menores es delito pero que la agraviada le había dicho que tenía 17 años. Terminaron la relación porque la agraviada le indicó que regresaría con su anterior enamorado. Pone de conocimiento que en varias oportunidades la menor se ha intentado quitar la vida por problemas en su casa, ya que vive con su padrastro. Que se ha practicado aborto en una oportunidad desconociendo donde lo hizo.
- La madre de la menor manifiesta que su hija fugó de la casa por espacio de dos días, luego de los cuáles tuvo conocimiento que había mantenido relaciones sexuales con el investigado.
- En su referencial la menor afirma que ha mantenido una relación sentimental con el investigado conocida por las familias de ambos; que ha mantenido relaciones sexuales hasta en cinco oportunidades en su mototaxi. Que una vez la ha sedado para mantener relaciones sexuales contra natura. En la ampliación la menor manifiesta que las relaciones sexuales contra natura habían sido por voluntad propia y que en dos oportunidades trató de quitarse a vida. La primera vez que mantuvo relaciones sexuales con el investigado éste tenía 17 años.

Ministerio Público

- El Fiscal Provincial formula denuncia por Delito contra la Libertad Sexual, violación de menor de edad. Se trabe embargo sobre los bienes del denunciado.

A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra del denunciado por el Delito contra la Libertad Sexual ordenándose mandato de Comparecencia Restringida. Se ofrezca Caución Económica por la cantidad de S/.500.00; se trabe embargo preventivo por la suma de S/.1000.00
- Se recibe la declaración Instructiva del denunciado quien se ratifica en el contenido de se manifestación policial. Afirma que en una oportunidad la menor salió embarazada y que perdió al bebé al haber tomado veneno. Que sus relaciones han sido de mutuo acuerdo; que conoce que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años.
- La menor no se presenta para rendir su referencial.

Análisis

A la lectura inicial del caso, podemos imaginarnos que hay un sector de personas que desconocen a qué edad es que se adquiere la mayoría de edad, pero a medida que se avanza en la revisión nos damos cuenta, con mucha alegría que esto no es así, porque sería lamentable y creemos que aún ocurre, que haya sectores de la población que se encuentran en este ámbito.

En este caso se considera que con mucho acierto no se ha dictado Mandato de Detención en contra del denunciado.

Es importante destacar en este caso, la evidente disfunción familiar del hogar de la menor lo que la ha llevado a intentar quitarse la vida en varias oportunidades. Por ello es importante que el Estado y la familia, de manera conjunta desplieguen sus esfuerzos para adoptar medidas para una formación integral de los niños y adolescentes, desde luego en el ámbito sexual informando y orientando oportuna y debidamente para el desempeño racional de sus potestades sexuales.

Un adolescente mayor de 14 años debido a su desarrollo bio-sico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad, debido a ello, ha de ser libre para decidirle momento y la persona con quien entablará relaciones de carácter

sexual. Consideramos por ello que nuestra legislación permite el matrimonio entre adolescentes de 16 años bajo ciertas prerrogativas, considerando una edad núbil para casarse y fundar una familia.⁵



⁵ Se considera edad núbil la edad legal para el matrimonio, pero en sentido lato lo es la edad de la pubertad, en el caso de la mujer a la monarquía (GIBERTI, Eva: solamente reproducirse, la edad núbil, documento en internet, www.rima.wcb.com)

CASO N°: 09

Expediente: 2007-95

Antecedentes

Menor de 15 años de edad que sostiene relaciones sexuales con varón de 21 años

A nivel Policial

- La menor en su referencial manifiesta que su agresor es el hermano de su madre, con la que vive en la actualidad ya que sus padres se encuentran separados, el mismo que contra su voluntad ha practicado el acto sexual hasta en cinco oportunidades, aprovechando la ausencia de su madre, la misma que se dedica a la venta de emolientes y que al comunicárselo a su madre ésta le dijo que le llamaría la atención, ante la actitud de su madre decide comunicarle los hechos a su padre quien efectúa la denuncia.
- La madre de la menor refiere que le ha propinado un palazo al investigado al conocer los hechos pero que a la fecha desconoce su paradero

Ministerio Público

- El Fiscal Provincial formula denuncia por Delito contra la Libertad Sexual, violación de menor de edad, en su agravante por ser el denunciad familiar de la víctima, correspondiéndole Cadena Perpetua conforme lo establece el artículo 173 inciso 3 del Código Penal. violación de menor de edad. Se trabe embargo sobre los bienes del denunciado hasta por la suma de S/.4000.00

A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra del denunciado por el Delito contra la Libertad Sexual ordenándose mandato de Detención e Internamiento. Se trabe Embargo Preventivo hasta por la suma de S/1000.00

Análisis

Este es el único caso, en el que definitivamente si habría lugar a una sanción como la propuesta por la Ley N° 28704, por existir violencia y amenaza sobre la menor. Es claro que resulta erróneo por parte de la norma el no tomar en cuenta el consentimiento de la víctima, en cuanto hay una gran diferencia entre ejercer libremente la sexualidad y ser sometido a trato sexual contra la voluntad, situación que debió ser tomada en cuenta por nuestros legisladores.

Se puede mencionar que es muy lamentable que este caso se presente con mucha frecuencia, en que son los propios familiares de la víctima quienes aprovechando de la situación de éstas, es decir a sabiendas que se quedan solas por razón del trabajo de la madre o el padre, abusan sexualmente bajo amenaza dirigida en la mayor parte de los casos contra la familia.

En el ámbito de los delitos sexuales, los grupos de presión mediáticos ejercen una influencia decisiva en la decisión definitiva de la conducta prohibida. Son las asociaciones de feministas, los activistas de derechos humanos, las ONG que defienden los intereses de los menores, que defienden paradigmas que no siempre se encuentran conforme los postulados punitivos del código Penal. Debe precisarse, que no debe ser entendido como u postura que aboga por el tratamiento penal benevolente hacia los criminales sexuales. En definitiva, el contenido del injusto penal sexual manifiesta una alta dosis de ofensividad que merece una respuesta penal sumamente enérgica. Al momento de legislar en materia penal, no se puede actuar con base en emociones o sentimientos de contenido subjetivo, sino con la objetividad y parsimonia que esta actividad amerita

Es evidente que el caso materia de análisis no es uno aislado y como este deben existir muchos a nivel nacional, por ello consideramos importante una adecuada distinción por parte de nuestro legislador entre un ejercicio libre de la sexualidad y una relación sexual forzada, situación que ha sido superada a través de la despenalización de las relaciones sexuales con adolescentes, en las que se exige el consentimiento.

CASO N° :10

Expediente: 2007-105

Antecedentes

Menor de 16 años de edad que sostiene relaciones sexuales con varón de 26 años

A nivel Policial

- El investigado manifiesta que ha sostenido una relación sentimental por espacio de un año y medio durante os cuáles han tenido relaciones sexuales hasta en siete oportunidades. La última vez la madre de la menor lo citó en su casa y lo abofetearon siendo conducido por su voluntad a la comisaría. Que conocía la edad de la menor pero que las relaciones sexuales han sido con consentimiento de ambos no existiendo amenaza o promesa alguna de por medio.
- La madre de la menor afirma que el día de los hechos su hija dejó de asistir al colegio y que al regresar a su casa es cuando se entera e lo ocurrido. Sostiene que todo ha sido por amenaza y que su hija por ser menor de edad no puede prestar consentimiento para mantener relaciones sexuales. Que el investigado en todo momento ha hostigado a su hija yéndola a buscar a su colegio en varias oportunidades.
- La menor manifiesta que conoce al investigado desde el 2003, pero que en esa época no ocurrió nada que es recién en el 2005 que se hacen enamorados y sostienen relaciones sexuales en año 2006. Las relaciones sexuales fueron en siete oportunidades en la casa del investigado. Que su madre se enteró porque la buscó en el colegio y no la encontró. Reconoce no estar preparada sentimentalmente para mantener relaciones sexuales que se encuentra arrepentida pero que todo fue con su consentimiento, ya que pensaba casarse en un futuro con su enamorado y que éste la apoyaría en sus estudios. Su familia no acepta al investigado, pero que o que hizo no fue por contradecir a su madre.

Ministerio Público

- El Fiscal Provincial formula denuncia por Delito contra la Libertad Sexual, violación de menor de edad. Se trabe embargo sobre los bienes del denunciado por la suma de S/.500.00

A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra del denunciado por el Delito contra la Libertad Sexual ordenándose mandato de Comparecencia Restringida. Cumpla con pagar la cantidad de S/.1000.00 por Caución Económica y se trabe Embargo Preventivo por la suma de S/.1000.00.
- En su instructiva e denunciado manifiesta los hechos que hizo conocer en su momento en su manifestación policial, agregando que no es aceptado por la familia de la agraviada por ser una persona de origen humilde y ellos son acomodados y que su relación no ha sido esporádica, teniendo sentimiento sinceros hacia la agraviada y afirma que las relaciones que ha tenido con la agraviada han sido por amor y si merezco alguna sanción la aceptaré.
- La madre de la menor se apersona al proceso solicitando se le tenga como Parte Civil y se varíe el mandato de Comparecencia por el de Detención.
- Se apela del Auto Apertorio aseverando que la medida de Comparecencia resulta irita para los que atentan contra la Libertad Sexual de los menores.
- La menor en su referencial manifiesta que ella dio por concluida la relación con el denunciado por que su madre se oponía a dicha relación. Que ha sido forzada a tener las relaciones sexuales y que por miedo a que no se le dijera a su madre accedía a las solicitudes de denunciado quien la acosaba buscándola en su colegio y llamándola a su celular. Que ella nunca lo ha llamado salvo para pedirle devueltos unos discos compactos al tener intenciones e terminar con éste por haberse enterado que tenía un hijo.

Análisis

Este es el único caso en el que existe diferencia representativa entre la edad de la agraviada con la de su “agresor”, y en el séquito del proceso la menor manifiesta haber sido amenazada en algún momento a fin de mantener una relación que ella daba por terminada. Sin embargo claramente se puede apreciar que existe influencia por parte de

su madre con la finalidad que el procesado, que no es aceptado por ésta reciba una sanción ejemplar y así poder alejarlo de la menor.

El Derecho Penal se encuentra en la obligación de recoger una realidad sociológica a fin de delimitar el ámbito de lo punible, en orden a estimar un consentimiento válido. De tal manera que el criterio cronológico no puede coincidir con el del ámbito privado, es decir los 18 años, pues ingresarían al ámbito de lo punible conductas socialmente adecuadas. El despertar sexual no puede ser equiparado con la capacidad contractual o con el derecho de voto, pues es el manifiesto de una actividad inherente a la persona humana.



CASO N° :11

Expediente: 2007-165

Antecedentes

Menor de 16 años que sostiene relaciones sexuales con varón de 19 años

A Nivel Policial

- Se recibe la referencial de la menor quien afirma que ha sostenido relaciones sexuales con el investigado, el mismo que ha sido su enamorado, por espacio de nueve meses, luego de los cuales incluso llegó a convivir con éste por espacio de cinco días en el domicilio del investigado con anuencia de la madre de la agraviada. Posteriormente éste la botó de su casa dejándola en estado de gestación de 5 meses.

Ministerio Público

- El Fiscal Provincial formula denuncia por Delito contra la Libertad Sexual, violación de menor de edad. Se trabe embargo sobre los bienes del denunciado.

A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra del denunciado por el Delito contra la Libertad Sexual ordenándose mandato de Detención. Se notifique al denunciado par que señale bienes libres por la cantidad de S/.2000.00.
- Se recibe la referencial de la menor la misma que afirma que ls relaciones sexuales las ha tenido por propia voluntad sin haber recibido promesa alguna. Que a la fecha tiene un hijo de catorce días de nacido.
- Por su parte la madre de la agriada declara que desconocía de l relación y e entera a raíz del embarazo de su hija, momento en el cual se fuñe a vivir a la casa del denunciado aviniéndose producido una pela entre éstos y a partir de ese día desconocen su paradero.

Análisis

El legislador a través de la penalización de las relaciones sexuales entre adolescentes pretende proteger los jóvenes entre 14 y 18 años al margen de la edad de las mismas y de la clase de relaciones que se practiquen. Se olvida que el Derecho Penal no puede sustituir una adecuada educación sexual o la moral familiar., como tampoco puede neutralizar el efecto invasivo de los medios de comunicación en el tratamiento de la sexualidad o cambiar los condicionamientos culturales que promueven un aprendizaje sexual temprano.

El Derecho Penal no tendría que intervenir cuando la persona ha decidido desarrollar uno de los ámbitos más importantes de su personalidad y de su vida en relación a su sexualidad. Sin embargo el código Penal peruano lo hace a través de la penalización de las relaciones sexuales de los adolescentes a través de penas que resultan excesivas para situaciones en las cuáles los jóvenes son personas que estudian, trabajan y en muchos casos son el sostén de su familia, truncando su desarrollo social y económico.

En el precepto establecido no se requiere de violencia o amenaza sobre la víctima, basta que un sujeto mayor de edad tenga interacción sexual con una persona entre 14 y 18 años para que el tipo penal quede configurado. Así que no interesa que el menor haya prestado su consentimiento válido, aún cuando tenga 17 años con 11 meses y 364 días.

En este caso claramente se puede apreciar que el dispositivo lo único que va lograr en su aplicación es la limitación de derechos, sobretodo en el caso del menor que está por nacer, porque es evidente que no va ser reconocido y por tanto no va tener acceso a una pensión de alimentos. Lo mismo va ocurrir en el caso de la agraviada que no va tener acceso a una pensión de alimentos, porque es evidente que el denunciado ha evadido la acción de la justicia su desaparición es definitiva.

CASO N° 12

Expediente: 2007-259

Antecedentes

Relaciones sexuales de menor de 14 años con varón de 18 años.

A Nivel Policial

- Se recibe la denuncia de los tíos de la menor, quienes viven con ella. La tía manifiesta que la menor fue llevada a la fuerza por su enamorado, teniéndola en su poder contra su voluntad a raíz de la denuncia formulada.
- En su referencial la menor afirma que mantiene relaciones amorosas con el investigado y que ha mantenido relaciones sexuales hasta en dos oportunidades por propia voluntad y que igualmente por propia voluntad se ha ido con el investigado a la casa de la madre de éste. Se recibe la referencial de la menor por la supuesta fuga, en la cual afirma que no existió ya que ella sólo se fue un día con su enamorado. Nuevamente menciona que ha mantenido relaciones sexuales con el investigado, en la primera oportunidad éste tenía 17 años y en la segunda ya había cumplido los 18 años y que conocía de su edad; lo único que desea es no ver a éste seguir con sus estudio, pero que tampoco se le imponga pena alguna.

Ministerio Público

Se formula denuncia penal por el delito contra la Libertad Sexual, previsto y penado en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal

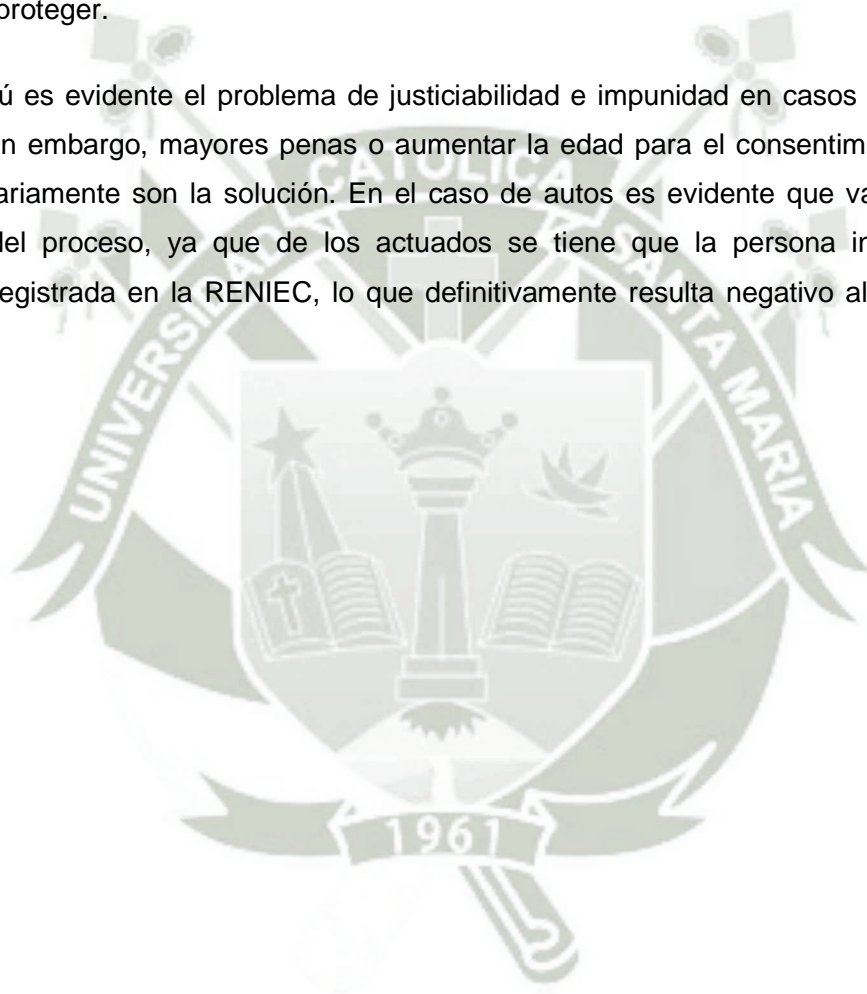
A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra el denunciado por el delito contra la Libertad Sexual dictándose Mandato de Detención e Internamiento. Se ordena se trabaje embargo preventivo hasta por la suma de S/.3000.00.
- Se ordena la ubicación y captura del encausado

Análisis

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

En el Perú es evidente el problema de justiciabilidad e impunidad en casos de violencia sexual. Sin embargo, mayores penas o aumentar la edad para el consentimiento sexual no necesariamente son la solución. En el caso de autos es evidente que va existir una evasión del proceso, ya que de los actuados se tiene que la persona inculpada no aparece registrada en la RENIEC, lo que definitivamente resulta negativo al séquito del proceso.



CASO N° 13

Expediente: Octubre 2007

Antecedentes

Menor de 15 años que ha sostenido relaciones sexuales con varón de 19 años, existiendo convivencia entre ambos.

A Nivel Policial

- En su referencial la menor afirma encontrarse en la Comisaría ya que su tía ha denunciado a su conviviente por haberla intentado matar y sostener relaciones sexuales con ella desde hace seis meses, tiempo que coincide con el de la convivencia en la casa de la madre del investigado. Que es la hermana de éste quien encuentra acude en su auxilio ya que estaba siendo ahorcada hasta casi matarla por su conviviente, siendo esta la primera vez que es maltratada. Que su madre conoce los hechos, y que si bien es cierto no está de acuerdo la menor decidió seguir con la convivencia ya que su pareja le daba todo y por la situación que vivió en su casa ya que su padrastro le hacía tocamientos indebidos y su madre no hacía nada al respecto. Afirma que las relaciones sexuales con el investigado fueron con consentimiento.
- En su manifestación el investigado afirma conocer a la menor y sostener una relación convivencial y que en algunas oportunidades le ha dado unos lapsos, pero que ese día sólo a sujetaba del cuello a fin de evitar que ésta tirara las cosas de su madre.
- La madre de la menor afirma que conoce que el investigado es conviviente de su menor hija y que en su pueblo es costumbre que los padres arreglen la situación de convivencia de sus hijos y que ella tuvo a su hija a los 14 años. Que desconoce que su hija hay sido objeto de maltrato

Análisis

Este es uno de los pocos casos en los que existe convivencia de por medio entre el agresor y la víctima. Es el único caso en el que se toma conocimiento de la violencia física que se ejerce sobre una menor de 15 años. No es materia de análisis de la presente

investigación la violencia ejercida a las adolescentes, pero se considera que no es un caso aislado, teniendo en cuenta que los índices de violencia familiar se incrementan día a día en todos los estratos y edades.

Este caso refleja la situación de nuestro país, en las zonas rurales, las parejas se inician en la convivencia a muy temprana edad y son los padres los que en muchas ocasiones llegan a “arreglos” sobre dichas convivencias. En este caso se ha tomado conocimiento de los hechos a raíz de la violencia ejercida en contra de la menor.

Igualmente podemos mencionar que para las parejas en estos entornos, resulta muy natural el ejercicio de la violencia en sus parejas tal como lo declara el investigado, que sólo le dio unos lapsos y que si se encontraba ahorcando, fue para evitar que tire las cosas de su madre.

Se destaca que nuevamente la disfuncionalidad de la familia es la que lleva a las menores a iniciar convivencia a una edad temprana, muchas veces huyendo de situaciones que pueden ser nefastas como es el caso de la violación propiamente dicha, ya que la menor hace referencia a que era tocada indebidamente por su padrastro, situación que seguramente no era tomada en cuenta por su madre.

El presente caso refleja también la dependencia económica de la mujer hacia el varón, ya que aparentemente la menor ha tratado de solucionar su problema viviendo con el investigado teniendo que soportar situaciones que resultan denigrantes. En este caso es evidente que las relaciones sexuales son consentidas producto de la convivencia con la menor y que la denuncia lo único que puede traer consigo es que el investigado violento a la menor o en todo caso la abandone.

CASO N° : 14

Expediente: 2007-288

Antecedentes

Menor de 14 años que ha sostenido relaciones sexuales con varón de 18 años

A Nivel Policial

- Se recibe la manifestación de la madre de la menor quien afirma que su hija ha sido objeto de violación sexual producto de la cual se encuentra estado de gestación desconociendo si el agresor sostenía relación alguna con su menor hija. Que ha tomado conocimiento de los hechos ya que notó un cambio en su hija por ausencia de su período menstrual. Que sabe que el investigado le ha dicho a su hija para hacerla abortar.
- Por su parte la menor en su referencial manifiesta que hace un año y siete meses es enamorada del investigado y que ha mantenido relaciones sexuales en una sola ocasión y por voluntad propia

Ministerio Público

- El Fiscal Provincial formula denuncia por Delito contra la Libertad Sexual, violación de menor de edad.

A nivel Judicial

- Se apertura instrucción en contra del denunciado por el Delito contra la Libertad Sexual ordenándose mandato de Detención e Internamiento. Se trabe Embargo Preventivo hasta por la suma de S/3000.00

Análisis

Nuevamente en este caso nos encontramos ante una adolescente en estado de gestación producto de una relación sexual sin protección, y seguramente sin una adecuada información ni del hogar ni del colegio.

El investigado no ha concurrido a la policía por lo que se ha dictado Mandato de Detención y es seguro que el menor que va nacer no será reconocido por su padre.

Por lo menos con la regulación del delito de seducción la pena a imponerse no ameritaba la pena efectiva, cosa que no va ocurrir en este caso donde el mínimo fijado es de 25 años, por lo tanto se trata de pena efectiva. Lo que ha tratado nuestro legislador es endurecer las penas para los violadores. Tal proceder viene de la errónea creencia que se tiene que las penas más duras van a evitar la comisión de los delitos de esta naturaleza..

Si una persona entre los catorce y menor de 18 años, entre el no poder y poder decidir libremente el tener trato sexual con persona del mismo o de diferente sexo, se debe exigir el consentimiento de ésta. Es por ello que se sostiene que el legislador al expedir este precepto olvidó el concepto y alcances del consentimiento, como causa de atipicidad de las conductas.⁶



⁶ JACOBS Günther, Derecho penal del enemigo, p. 165

3.- SENTENCIAS RELEVANTES QUE DEBEN SER TOMADAS EN CUENTA

- Expediente: 2005-202
 - Proceso seguido con Reo en Cárcel
 - Hechos incriminados: La menor sube al vehículo del investigado el mismo que se ofrece llevarla a su domicilio sin embargo la lleva a un lugar desolado y la somete a trato sexual contra su voluntad.
 - Defensa: el procesado manifiesta que la menor es su enamorada y que las relaciones sexuales fueron con su consentimiento.
 - Pruebas: declaración de la menor, Certificado Médico Legal y la Partida de Nacimiento
 - El colegiado considera que las relaciones sexuales devienen de una relación amorosa por no haber una diferencia abismal de edades, teniendo en cuenta que del informe de la Empresa Telefónica del Perú se tiene que el celular del agraviado recibió llamadas del celular del padre de la menor, por lo que se deduce que era la menor quien efectuaba dichas llamadas y bajo el principio de proporcionalidad de la pena y los fines de ésta, es decir preventiva, protectora y resocializadora; fija una pena de cuatro años con carácter de suspendida con el carácter de condicional, fijándose un plazo de prueba de tres años y una reparación civil por la suma de S/.1000.00

Análisis

Una lectura inicial de la Sentencia haría parecer que el juzgador no actuó correctamente sin embargo consideramos que se ha efectuado una adecuada valoración de la prueba, en tanto el consentimiento de la víctima no resulta relevante en la comisión de éste delito, por lo que mal haría el juzgador en tomarlo en cuenta más aún que resulta negativo al procesado.

En el ámbito de la política criminal, los delitos sexuales despliegan efectos sumamente sensibles en la población, sobre todo cuando la víctima es un niño o adolescente, efectos que se manifiestan en el clamor ciudadano por una mayor penalización⁷

⁷ PEÑA CABRERA, Alonso, Ob. Cit., p. 201

Se considera que la decisión asumida por el juez constituye un adecuado precedente para el juzgamiento de posteriores casos referidos a la materia, en los cuales las relaciones sexuales sean producto de una relación sentimental y con pleno consentimiento de las partes, tomando en cuenta la situación del encausado el mismo que no cuenta con antecedentes penales.

La racionalidad legislativa en materia criminal no solo supone sujetar la intervención del Derecho Penal a los principios compaginados en la Ley fundamental, sino también de preservar la unidad del ordenamiento jurídico, a fin de evitar dicotomías insalvables, pues los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, también lo son en el resto del ordenamiento jurídico. La ley 28704 ha significado el despojo del derecho sexual a los mayores de 14 y menores de 18 años, a pesar de que dichas relaciones se configuran en un ámbito de libertad de pleno consentimiento por las partes.

- Expediente: 2006-327
- Se abre instrucción contra el denunciado y se ordena su detención e internamiento en el Penal de Tambo de Mora.
- El denunciado sostuvo relaciones sexuales con la menor de 14 años hasta en dos oportunidades sin el consentimiento de la misma, habiendo resultado embarazada, es por ello que el Sr. Fiscal en su Acusación solicita 25 años de pena Privativa de la Libertad y S/.1000.00 por concepto de Reparación Civil. Sin embargo la menor en su referencial policial manifiesta que el sentenciado le decía palabras bonitas por lo que accedió a mantener relaciones sexuales; en cuanto a si mantenían relaciones amorosas, dos testigos afirman haberlo visto juntos en varias ocasiones, constándoles que mantenían una relación de enamorados.
- Considera absurda la normatividad contenida en la Ley 28704, ya que atenta contra la realidad de nuestro país en razón que los adolescentes inician su vida sexual a temprana edad más aún en los pueblos de la serranía del Perú, en los cuales se dan a partir de los doce años. Se hace mención a la pena tipo, dentro de ésta al Principio de Prohibición del Exceso de Proporcionalidad e intervención Mínima; a los atenuantes genéricos o especiales, referentes circunstanciales en cuanto el inculcado sólo ha cursado el primer año de Educación Secundaria, lo que refleja sus carencias sociales

y culturales. Tiene en cuenta la situación familiar del encausado en cuanto es casado y tiene un menor hijo asimismo no tiene antecedentes penales ni policiales y no sufre alteraciones mentales, se le impone una pena de cuatro años sus pendida con el carácter de condicional fijándose un período de prueba de dos años y una Reparación Civil de S/.500.00

Análisis

Como se puede apreciar, hay una sobrecriminalización y no existe la proporcionalidad en esta represión; sin embargo tratándose de casos concretos, no existe uniformidad de criterios y aún teniendo en cuenta la limitada vigencia de la ley (un año aproximadamente).

Es necesario resaltar que existen sectores de la población peruana que creen que la severización de las penas es la solución para corregir conductas aberrantes en la sociedad.

Como se ha visto, antes de la modificación efectuada por la Ley N° 28704, una persona que sometía sexualmente a un menor entre catorce y menos de dieciocho años, sin violencia o grave amenaza, ni con engaño ni abuso, era absolutamente impune, con lo cual –en opinión de algunos– el Estado no protegía la indemnidad sexual que reconoce a los menores de edad. Sin embargo, hay que resaltar que el legislador, al promulgar la Ley N° 28704, no ha tenido en cuenta lo dispuesto por el artículo 175 del Código Penal, ni tampoco lo establecido por el Código Civil en materia de matrimonio de menores de edad, lo que ha generado algunas contradicciones en el sistema jurídico nacional.

CAPÍTULO II

CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO EN LOS ADOLESCENTES

1. SITUACIÓN DE LOS ADOLESCENTES EN EL PERÚ

En el Perú hoy en día el 36% de la población está conformada por niños, niñas y adolescentes (de 0 a 17 años), lo que significa que hay más de 10 millones de menores en el país.⁸

Como indicó el Director Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe en la presentación del informe:

La adolescencia es un período crucial en el que tenemos la posibilidad de consolidar los avances que hayamos logrado en la primera infancia, pero también es una época en la que se corre peligro de perder todo el terreno conquistado...es durante esa segunda década de existencia cuando las desigualdades y la pobreza se manifiestan de manera más descarnada. Los adolescentes que viven en situación de pobreza o marginalidad tienen menos probabilidades de pasar de la educación primaria a la secundaria y corren mayor peligro de ser objeto de explotación, abuso y violencia, especialmente si se trata de niñas...⁹

Uno de los principales problemas que se presentan en la adolescencia son las relaciones sexuales, las mismas que se inician cada vez con mayor anticipación.

En el Perú, el 40% de adolescentes menores de 15 años tiene relaciones sexuales de forma regular y, de ellos, solo el 38% utilizó algún método anticonceptivo en su último encuentro íntimo, según resultados de la Encuesta Global de Salud Escolar 2010¹⁰.

De acuerdo con el estudio, el 46,7% de alumnos del segundo al cuarto año de secundaria, que alguna vez tuvo relaciones sexuales, respondió que su primera vez fue antes de

⁸UNICEF (2011): *Estado de la niñez en el Perú*, p. 93

⁹Consulta en Internet: <http://www.unicef.org/peru/spanish/> realizada el día 13 de diciembre del 2011

¹⁰ Ministerio de Salud (2011), *Encuesta global de Salud Escolar*, Lima, p 47 y ss.

cumplir los 14 años y el 9,1% confesó haberlo hecho con dos o más personas en su vida¹¹.

GRÁFICO N°1

EDAD DE INICIO DE RELACIONES SEXUALES



FUENTE: INEI-2009

La edad de inicio de relaciones sexuales de los adolescentes se produce en un gran porcentaje antes de los 18 años, en un 39.2% en el año 2009, cifra que ha ido en aumento en relación a los periodos presentados en los resultados de INEI.

En efecto, la realidad de nuestro país indica que el inicio de la actividad sexual es en muchos casos a edad temprana. Así de acuerdo a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, ENDES Continua 2009, el promedio de la edad de inicio de las relaciones sexuales en las mujeres es 17 años para el caso de adolescentes del área rural. Así, también se puede identificar que la mayoría de las relaciones sexuales en adolescentes es por decisión de ambos y que además gran porcentaje de estas relaciones no fueron planeadas.

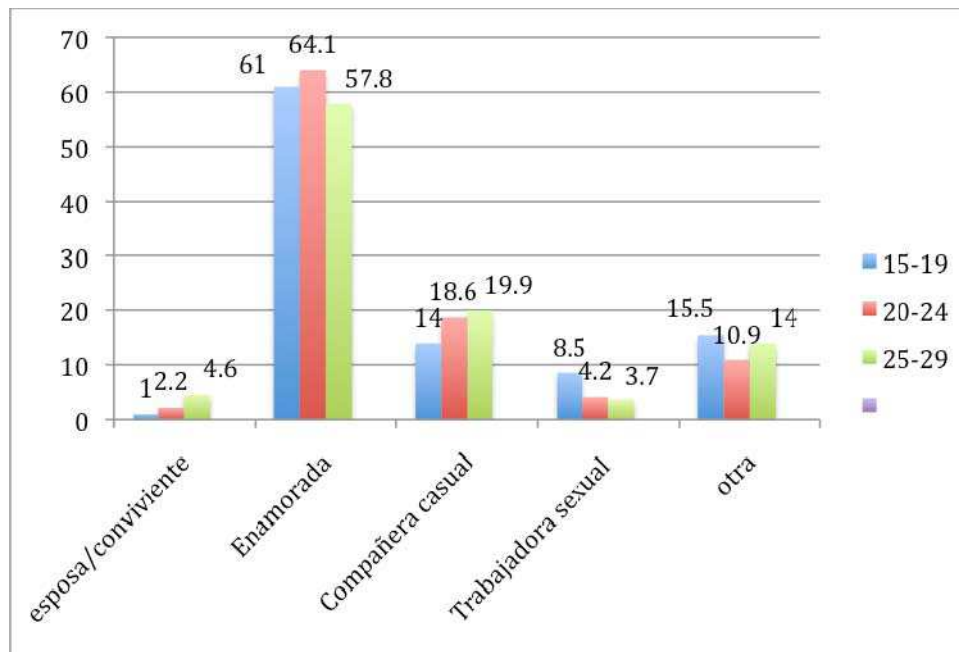
Más aún, si se hace una breve revisión del Derecho Comparado sobre el límite de edad para la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual se apreciará que la tendencia es a disminuir la edad. En ese sentido, el Código Penal español así como el

¹¹ Id.

argentino establecen el límite en 13 años, mientras que los códigos chileno, colombiano y mexicano establecen la frontera en 12 años.

GRÁFICO N°2

¿CON QUIÉNES SOSTIENEN RELACIONES SEXUALES LOS ADOLESCENTES?



Fuente: INEI 2009

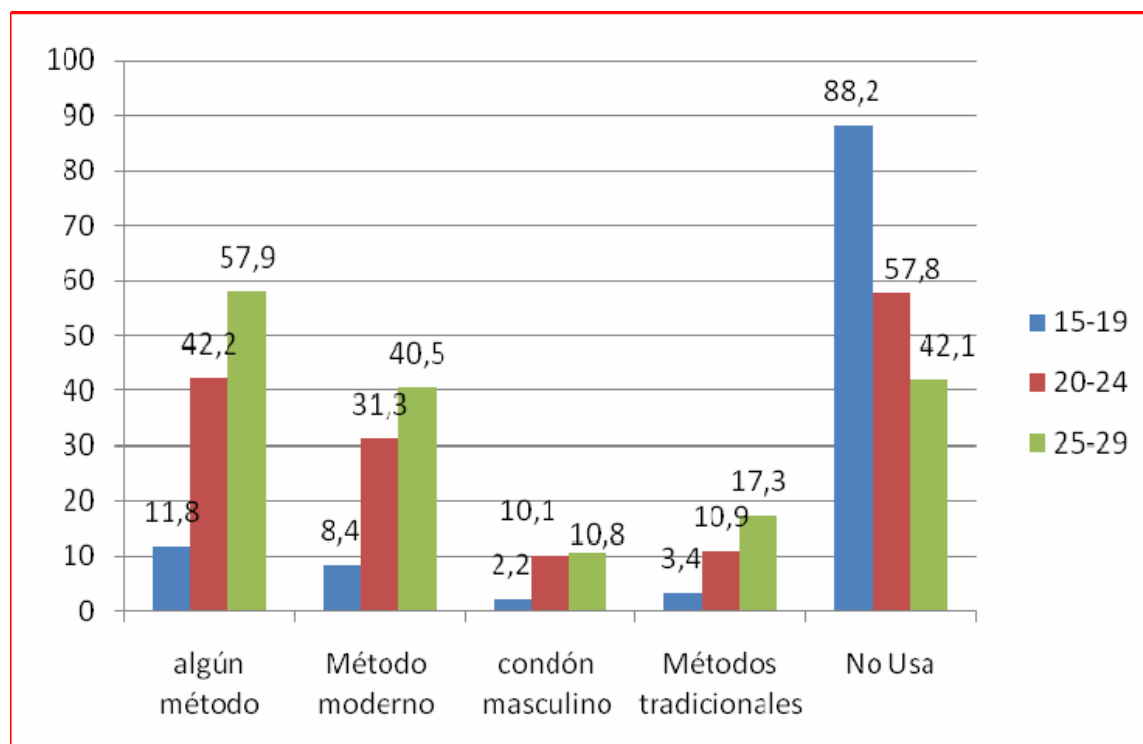
Las relaciones sexuales se producen, en el caso de los adolescentes, como resultado de una relación sentimental de enamorados o en todo caso como los denominados compañeros casuales, que no son otra cosa que aquella relación que los adolescentes denominan “choque y fuga”, es decir una relación sexual de una noche o de manera esporádica sin mantener relación sentimental alguna. No se puede dejar de mencionar que existe un sector de adolescentes, que mantiene relaciones sexuales con trabajadoras sexuales, exponiéndose al contagio de enfermedades de transmisión sexual.

En nuestro país se han realizado diversos estudios respecto de la Adolescencia, fuera de los informes elaborados por instituciones como la Defensoría del Pueblo, MIMDES, quienes manifiestan su preocupación por temas como el embarazo adolescente, producto en la mayoría de los casos de una inadecuada educación sexual. Por ejemplo en el caso

de la utilización de métodos anticonceptivos por parte de los adolescentes se encuentra lo siguiente en un informe respecto a la situación de los escolares en nuestro país:

GRÁFICO N°3

MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS UTILIZADOS POR LOS ADOLESCENTES



Fuente: INEI 2009

En la mayoría de casos, los adolescentes no utilizan métodos anticonceptivos, ello por dos razones: por un lado el temor de asistir a consulta en centros especializados, por temor a ser denunciados por el delito de violación y por otro, la ausencia de información en cuanto a una sexualidad responsable. Resulta alarmante que un porcentaje demasiado bajo utilice el condón como método de anticoncepción, ello teniendo en cuenta que es uno de los métodos más seguros no sólo en la evitar el embarazo sino en la prevención de ETS, más aún si contrastamos los resultados de con quiénes se mantiene relaciones sexuales, ya que como se indicaba líneas arriba, hay un sector que lo hace con desconocidas o con trabajadoras sexuales.

Es evidente que los adolescentes mantienen relaciones sexuales, siendo uno de los principales inconvenientes las circunstancias en las que las llevan a cabo exponiéndose no sólo al embarazo, sino a contraer enfermedades de transmisión sexual¹². Igualmente se han hecho diversas publicaciones al respecto, así el Diario Perú21 reporta las siguientes cifras, que resultan alarmantes, teniendo en cuenta que el índice se ha ido incrementando, más aún en zonas rurales. Es evidente que las jóvenes de estas zonas, tienen menor acceso a la información y en otros casos, es evidente que los embarazos se dan a temprana edad por un uso cultural y de costumbres de los propios pueblos a los que pertenecen. En otros casos, las madres transmiten el temor ante el uso de métodos anticonceptivos.



Fuente: Diario Perú21, 6 de marzo del 2011

“Un estudio del Hospital Nacional Docente Madre Niño San Bartolomé a gestantes y madres provenientes de diversos distritos de Lima y del Callao dio cuenta de que sólo el 35% de mujeres adolescentes utiliza o exige a su pareja algún método anticonceptivo durante su primera relación sexual, el otro 65% no lo hace. Con respecto a los principales motivos de las adolescentes para no utilizar un método anticonceptivo en su primera experiencia sexual, el médico detalló que la primera justificación es que ellas no piensan que pueden salir embarazadas (33.72%), seguido por que

¹² Así lo reporta el informe del MIMDES, en el que se señala que los adolescentes no acuden a los servicios del MINSA, en cuanto a Planificación Familiar y prevención de ETS, poniendo en grave riesgo su integridad. Una de las razones por las que ocurre ésta situación se debe a la ausencia de formación sexual, o al desconocimiento de los adolescentes que pueden hacer uso de éstos servicios sin la anuencia de sus padres.

la relación sexual se desarrolla sin previa planificación (28.49%), y por el desconocimiento de los métodos anticonceptivos (12.79%).” 10 Esta es una muestra que grafica lo que puede estar sucediendo a nivel nacional¹³

Debido a la grave situación de las adolescentes, se trata de implementar políticas de prevención primaria, es decir aquellas dirigidas a evitar el embarazo adolescente, por las consecuencias de orden físico psíquico que ocasiona, sobretudo en la menor, la que muchas veces incluso es discriminada por su situación. Al respecto se ha implementado el Plan Multisectorial de Prevención del Embarazo Adolescente 2011-2021, liderado por el MIMP (antes MIMDES), el mismo que tiene por Establecer las pautas que deberán cumplir las diferentes instancias involucradas de los sectores públicos y privados a nivel nacional para disminuir el embarazo no planificado en adolescentes en el país

Diferencias de fecundidad en adolescentes por área de residencia

Área de residencia	Ya son madres	Embarazadas con el primer hijo
Urbana	8,4	2,3
Rural	18,4	3,8

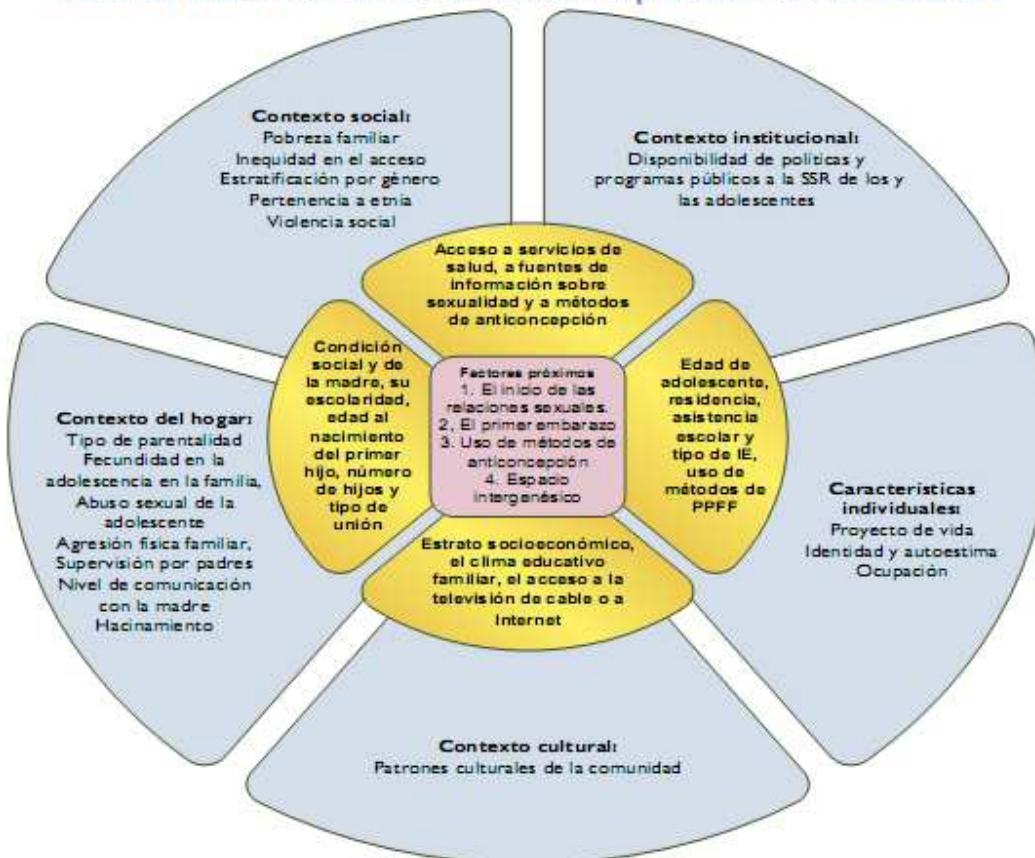
Fuente: ENDES Continua 2009

Es evidente que el área rural es la que presenta una mayor cantidad de adolescentes embarazadas, debido a la propia situación económica familiar; a ello se suma que se trata de adolescentes que algunos casos, no tienen ni primaria completa, situación que resulta determinante, sumen conductas de su entorno (progenitoras que fueron madres a los 12 o 13 años aproximadamente). La costumbre pesa más que la propia superación, Por otro lado la escasez de servicios de información, hace que no sólo sea un hijo, sino que no haya el ejercicio de una paternidad responsable. Finalmente los hijos no tendrán muchas necesidades, y que según su pensamiento, sólo necesitarán de los mismo que ellos, es decir una producción de consumo, con necesidades básicas insatisfechas.

Al respecto el Ministerio de Salud ha elaborado el siguiente cuadro:

¹³ MIMDES (2006), *Una aproximación a la situación de la mujer en el Perú*, Lima, p. 10

Factores determinantes del embarazo no planeado en adolescentes



Florez, Pantelides y Simmons Adaptado por Equipo Consultor – MINSA 2010

Otro de los problemas que presenta el ejercicio de la sexualidad por los adolescentes, es el acceso a los servicios de salud. El artículo 30º de la Ley General de Salud (26842) obliga a los profesionales de salud a denunciar hechos considerados delictivos, entre los cuales ahora se encuentra las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes. Ello conllevaría a que los prestadores de servicios de salud sexual y salud reproductiva, cuando conocen de estos actos tengan que denunciarlos, lo que puede constituirse en una seria barrera para brindar atenciones de salud sexual y salud reproductiva a los y las adolescentes, ya que éstos se niegan asistir a los servicios de salud, por temor a que sus parejas sean denunciadas, poniendo en peligro su vida y en el caso de encontrarse en estado de gravidez la vida del que está por nacer.

Así, en el 2007 el Instituto Nacional Materno Perinatal, emitió una Resolución que establece el procedimiento para que los profesionales a cargo de la atención médica de menores de 18 años cumplan con informar ante la autoridad competente. En esta

resolución se establece que “todo paciente menor de 18 años, debe ser informada a la autoridad competente dentro de las 72 horas de su ingreso al INMP, debe contar con los informes, médico, social y psicológico, para los cuales se debe tener en cuenta los factores de riesgo de acuerdo a cada caso”. De igual manera, se establece que es “la trabajadora social quien procede a entregar a una menor a su familiar previa verificación de su entroncamiento familiar, una vez confirmado que el caso ha sido comunicada a la autoridad competente”. Esta norma refuerza también la tendencia a la discrecionalidad con la cual se abordan los derechos sexuales y derechos reproductivos de los y las adolescentes. Amparados en este marco legal, el personal de salud podría limitar el acceso de adolescentes a servicios de salud sexual y salud reproductiva.

Ello está en franca contradicción con el artículo 24° de la Convención de los Derechos del Niño que establece la obligación de los Estados de garantizar a los niños el “disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. El mismo artículo establece la obligación internacional del Estado de “desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”. En esa misma línea, el Comité para los Derechos del Niño estableció en su Observación General N° 4 que los Estados deben elaborar y aplicar de forma compatible con la evolución de las facultades de los adolescentes, normas legislativas, políticas y programas para promover la salud y el desarrollo de los mismos. En este documento, el Comité recoge lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 14 en la que se dice que “los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva”.

Cabe destacar que el Comité para los Derechos del Niño, en sus Observaciones finales al Estado Peruano en el 2006, manifestó su preocupación por la elevada tasa de

embarazos precoces y por el número de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto . Ante ello, el Comité recomendó al Perú, que garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los y las adolescentes y en particular los servicios sobre prevención de las enfermedades de transmisión sexual, los embarazos precoces y adopte todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas adolescentes a causa del aborto .

Por otro lado, los Lineamientos de Política de Salud de los/las Adolescentes , establecen como objetivo, garantizar los derechos humanos de los/las adolescentes en salud, incluidos los derechos sexuales y reproductivos. Además, desarrolla como uno de sus lineamientos el acceso universal de los/las adolescentes a una atención integral y diferenciada en los servicios públicos y privados de salud; con especial énfasis en la salud sexual y salud reproductiva. Más aún, el Ministerio de Salud ha adoptado directivas importantes en materia de salud sexual y salud reproductiva de los y las adolescentes, inclusive las últimas han obviado establecer criterios de edad y más bien atienden a la situación presentada por el o la adolescente.

2. NIÑO Y ADOLESCENTE.

2.1. Concepto de Niño.

La convención sobre los Derechos del Niño define que se considera niño a todo menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.¹⁴

Según el Código de los Niños y Adolescentes, en su art. I del título preliminar dice: “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad...”

2.2. Concepto de Adolescente

El Código de los Niños y Adolescentes conceptúa al adolescente como todo ser humano desde los 12 años hasta cumplir los 18 años¹⁵.

¹⁴ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño

Nuestro Código hace la distinción entre los conceptos de niño y adolescentes, alejándose de la posición de la Convención de los Derechos del niño.

La adolescencia, por ser un período crítico sometido a constantes cambios en el desarrollo físico, psíquico y social del adolescente, así como también en el marco familiar en que este se desenvuelve, se considera un periodo de riesgo en el cual puedan darse las bases para la aparición de síntomas y enfermedades, así como también de alteraciones de personalidad¹⁶

La palabra “adolescencia” proviene del verbo latino *adolescere*, que significa “crecer”. La adolescencia es un período de transición en el cual el individuo pasa de niño a adulto. Se inicia con los cambios en los caracteres sexuales primarios y secundarios (menarquía, maduración reproductiva, cambio de voz, crecimiento físico) y se extiende hasta la independización legal de la autoridad de los adultos¹⁷. Es decir, hasta cumplir 18 años de edad en nuestro país

En el contexto de este paradigma, el sistema tradicional de servicios se organiza básicamente para niños y adultos, apoyándose en el concepto de la adolescencia como el período de edad más sano. Como señala Jiménez “le hemos cobrado a los jóvenes la factura de no estar enfermos”¹⁸.

No debemos dejar de lado, el hecho que la Convención también sustenta este paradigma, en cuanto ni siquiera considera la conceptualización de adolescente sino simplemente la de “niño”, acentuando el hecho que esta etapa no sea considerada para algunas situaciones o en todo caso se considere que la persona pasa de niño a la etapa de adulto, lo que ha conllevado al desconocimiento de ciertos derechos, como es el caso de los sexuales.

Fueron los problemas de salud sexual y reproductiva los primeros en poner a la adolescencia en el tapete como sujeto prioritario de atención de la salud. A partir de ello otros comportamientos fueron

¹⁵ Código de los Niños y Adolescentes (2005), artículo I, del título preliminar, Ministerio De Justicia, 5ª edición oficial, 2005.

¹⁶ HERRERA P.(1999), *Principales Factores de riesgo psicológicos y sociales en el Adolescente*, Revista Cubana Pediátrica, pp. 39-42.

¹⁷ Consulta en Internet: www.rpp.com.pe, *Principales problemas en la adolescencia*, consulta realizada el 5 de enero del 2012.

¹⁸ JIMÉNEZ, Edwin (1998), *Participación en el Primer Encuentro Inter-institucional para la Promoción de la Participación Adolescente como Estrategia para Promover el Desarrollo Humano*. San José, Costa Rica.

considerados dignos de ser atendidos. Es cuando se descubre que una impactante proporción de las muertes durante la adolescencia se producen por las llamadas causas externas. Se modifica así el paradigma que establecía la equivalencia “adolescencia=edad más sana” por el paradigma “adolescencia=etapa de riesgo” y se focaliza la atención de los y las adolescentes de acuerdo al problema específico de que son portadores¹⁹.

Es evidente, que las políticas referidas a los adolescentes, en cuanto a salud, se encuentren orientadas prioritariamente a que el inicio de su sexualidad y las consecuencias de ésta, se encuentren adecuadamente orientadas, a fin de evitar, por un lado, embarazo no deseado y la transmisión de enfermedades sexuales. Se trata de que los adolescentes hagan uso de una sexualidad informada.

La Convención conceptúa de la siguiente forma: Artículo 1, para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

"En realidad el significado de este artículo es que debe protegerse al niño hasta la edad de 18 años como mínimo, pero que como el niño también es un sujeto de derecho debe beneficiarse de cierta autonomía antes de los 18 años. Por esta razón, el artículo 1º de la Convención queda relativamente abierto"²⁰

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la adolescencia como "el período de la vida en el cual el individuo adquiere la capacidad de reproducirse, transita de los patrones psicológicos de la niñez a la adultez y consolida su independencia económica"(9), indicando que los adolescentes serían todos aquellos sujetos entre los 10 y los 19 años de edad²¹

El concepto de adolescencia es una construcción social. A la par de las intensas transformaciones biológicas que caracterizan esa fase de la vida, y que son universales,

¹⁹ KRAUSKOPF, Dina (2000), *Participación social y desarrollo en la adolescencia*, Segunda Edición, Costa Rica: Fondo de Población de las Naciones Unidas, p. 12

²⁰ HODGKIN R, NEWEL P., (2001), *Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos de los Niños*. Ginebra: UNICEF, p. 82.

²¹ BLUM, Robert, (2004), *The Health of Young People*, en JOURNAL OF ADOLESCENT HEALTH, Universidad de Minnessota p. 35

participan de ese concepto elementos culturales que varían a lo largo del tiempo, de una sociedad a otra y, dentro de una misma sociedad, de un grupo a otro. Es a partir de las representaciones que cada sociedad construye al respecto de la adolescencia, por tanto, que se definen las responsabilidades y los derechos que deben ser atribuidos a las personas en esa franja etaria y el modo como tales derechos deben ser protegidos²²

3. LA CAPACIDAD

3.1. DEFINICIÓN.

En el terreno legal, la capacidad jurídica significará *el conjunto de condiciones para ser sujeto de derechos y deberes*; este conjunto de condiciones se refiere a la necesidad de poseer más de una y porque sin ellas la capacidad no existiría (...) la capacidad es el fundamento jurídico de la persona, sin ella no puede asumir responsabilidades de sus actos²³

3.2. CLASIFICACION DE LA CAPACIDAD.

3.2.1. Capacidad de derecho: de goce o jurídica:

Es la aptitud e idoneidad que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes. Es decir, la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, que lo hace sujeto de derechos.

Es propiamente, una capacidad jurídica en virtud de que califica a la persona natural o colectiva como sujeto de derecho, en cuanto tiene los derechos civiles que como tal le corresponden.

Se trata de una capacidad intrínseca, que compete a esa persona en abstracto de manera general

3.2.2. Capacidad de hecho: de ejercicio o de obrar:

Es la idoneidad para actuar en el mundo del Derecho, es decir, es la aptitud que tiene el sujeto para ejercitar por sí mismo sus derechos y asumir sus deberes sea celebrando toda clase de actos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

²² DÁVILA LEÓN, Oscar (2005), *Adolescencia y juventud, de las nociones a los abordajes*, vol.12, n.21, pp. 83-104. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362004000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-2236. doi: 10.4067/S0718-22362004000200004.

²³ CASTRO TOLEDO, Beatriz (2005), *La capacidad jurídica*, Madrid: Dykinson, p. 183

“Se funda en la capacidad de goce; es una capacidad de actuación, que se manifiesta en concreto, como realización de tal capacidad de goce;”²⁴ consiguientemente, “la capacidad de goce se adquiere plenamente con el nacimiento, (...) no puede haber una incapacidad de goce absoluta, (...) sino, solamente relativa y expresamente establecida por la ley en defensa de intereses superiores, de la moral, del orden público, etc. en ese sentido la capacidad de ejercicio presupone la existencia de la capacidad de derecho y consiste en la aptitud que tiene el sujeto para ejercitar por sí mismo los derechos de los cuales es titular”²⁵, lo que podemos inferir, como se indicó anteriormente, que aparejada a la capacidad, se encuentra en relación directa el derecho a la libertad sexual.

En ese sentido, se puede afirmar que mediante la capacidad (..) se tiene aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad o sea por sí solo, obligaciones jurídicas”²⁶, como por ejemplo, la capacidad de poder disponer libremente de su libertad sexual; Sin embargo, no se puede negar que para ejercer eficazmente dicha capacidad, se requiere del discernimiento, como elemento esencial, pero es pertinente precisar que “(...) no todo el que tiene capacidad de discernimiento tiene capacidad legal, porque la capacidad natural se adquiere generalmente antes de que el sujeto haya cumplido 18 años de edad”²⁷, consecuentemente, podemos inferir que esta determinación legal de la capacidad rebasa de lo real, en cuanto a la determinación sexual del adolescente.

3.3. Capacidad de los Adolescentes

La Doctrina de la Protección Integral reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho con libertades y deberes que deben ser respetados y garantizados, abandonando con ello la concepción de los menores de edad como seres incapaces y como ciudadanos potenciales. Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño estableció en el artículo 5º. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los

²⁴ LEÓN BARANDIARAN, José (2002), *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, versión digital.

²⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio (1989) Estudio Preliminar a los Derecho Humanos, Declaraciones y Convenios Internacionales. Madrid: Edición Alianza Editorial, p.79

²⁶ FERRERO COSTA, Raúl, citado por VASQUEZ OLIVERA, Salvador (2002) *Diccionario de términos Jurídicos Derecho Civil – Definiciones*, Segunda Edición, Lima: Palestra Editores, p. 55

²⁷ Ibid, p.78

derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Esta disposición nos brinda la noción de capacidad evolutiva de los niños y adolescentes, la cual supone que en esta etapa se les deberá reconocer el ejercicio progresivo de sus derechos y libertades. En suma, de lo que se trata es de “concebir a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos con facultades para tomar decisiones respecto de su propia vida, y asumir responsabilidades, con capacidad jurídica para autodeterminarse, actuar en el mundo del derecho y realizar actos jurídicos válidos aunque de manera progresiva de acuerdo a su desarrollo evolutivo y bajo la debida orientación de las personas encargadas de su crianza.”²⁸

Se ha evidenciado en el contenido de nuestra legislación la transición de la Doctrina de la situación irregular a la de protección integral de los menores, que en el caso de nuestro país, incluye a los niños y adolescentes.

A la luz de la Doctrina de Protección Integral, considerar a niños, niñas y adolescentes como personas carentes de toda racionalidad, que es el equivalente de calificarlos incapaces plenos y absolutos legalmente, es incoherente e incompatible con los descubrimientos efectuados y alcanzados por las ciencias auxiliares del Derecho, como son la psiquiatría, la psicología y la pedagogía, cuyos principales planteamientos consisten en afirmar que a medida que el ser humano crece y se desarrolla como persona, adquiere progresivamente capacidad para tomar sus propias decisiones y ejecutar acciones en base a ellas.

El reconocimiento de los derechos del niño desde mediados del siglo XX se ha traducido, paulatinamente, en el reconocimiento de mayor autonomía y participación. Desde ya, este ha sido un proceso gradual, con algunos retrocesos, y muchas veces las modificaciones fueron formales, teniendo poca incidencia en las prácticas de los

²⁸ CORNIELES, Cristóbal y MORAIS, María (Coordinadores): “Quinto año de vigencia de la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente”. Caracas: Centro de Investigaciones de la Universidad Andrés Bello, 2006

operadores. Pero, bajo esta concepción, se problematizó la incapacidad de los menores de edad, reconociéndoles autonomía para realizar actos civiles y participar en procesos administrativos, judiciales y políticos. Es menester aclarar que su capacidad dependerá del tipo de acto o de procedimiento, las circunstancias y la edad del joven, entre otros factores.²⁹

El código de los niños y adolescentes, contiene la definición jurídica del niño y del adolescente, para cuyo efecto se ha tomado como base la edad cronológica de éstos. Al respecto establece dos fases, una que comienza a partir de la concepción del ser humano y concluye cuando éste cumple 12 años de edad; y otra que empieza desde que la persona ha cumplido 12 años de edad y termina cuando ésta alcanza la mayoría legal, o sea, 18 años de edad. En la primera fase ubica a los niños y en la segunda, a los adolescentes. Esta distinción es importante por cuanto en el articulado del Código de los Niños y Adolescentes se da un tratamiento legal especial a cada uno de ellos según su edad. Es el caso, por ejemplo, de los adolescentes que trabajan o que tienen la condición de infractores de la ley penal o que obtienen autorización judicial para contraer matrimonio, en cuyo caso la ley les da un tratamiento especial, propio de su edad. En cambio, los niños tienen un régimen tutelar adecuado a su menor edad. Por ejemplo, el artículo 208° del C.N.A. declara que el niño menor de 12 años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección, o sea, que recibirá un tratamiento acorde con su edad cronológica, el cual debe ser fundamentalmente tuitivo y no represivo.

El artículo I del T.P. se inspira, en cuanto a la edad, en la definición jurídica que contiene el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad". Sin embargo, la definición del artículo I del T.P. es más amplia, más clara y más completa, ya que hace una distinción precisa entre niños y adolescentes, sustentándose en la edad cronológica de éstos, criterio que está de acuerdo con la idiosincrasia del poblador peruano, con la realidad social del país y con el desarrollo físico y mental de la persona humana. Es, además, más lógica, pues se adecúa a la real situación biosíquica de la persona. Si en el Perú se admitiese la definición de la Convención, habría que calificar como niño, por ejemplo, a un

²⁹ FREEDMAN, Diego, Autonomía y capacidad legal en el ámbito penal de los adolescentes, Este ensayo toma parte de las ideas debatidas en el marco del Proyecto UBACyYT 2008—2010, La justicia penal frente a los delitos atribuidos a personas, menores de dieciséis años de edad, consulta en Internet: www.uba.ar, realizada el día 10 de diciembre del 2011

joven mayor de 17 años de edad y menor de 18 que cursa estudios universitarios, lo cual resulta simplemente inaceptable.

El antecedente jurídico más próximo, en cuanto a la edad se refiere, lo encontramos en el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, cuyo texto reza: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". La Convención fue aprobada por el Estado Peruano mediante D.L. N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990. El fundamento doctrinario del acotado artículo 1° está en el noveno párrafo del Preámbulo de la misma Convención que declara: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

El criterio adoptado por la Convención resulta genérico ya que involucra a los adolescentes dentro del concepto jurídico de niño, por lo que, como se ha explicado, el criterio adoptado por el artículo I del T.P. es más completo y, si cabe la expresión, más razonable. La Constitución Política de 1993, vigente en el Perú desde el 29 de diciembre del mismo año, ha adoptado el criterio que consagró la derogada Constitución de 1979, cuando en su artículo 4° dice: "La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

Por otro lado, para Organización de Naciones Unidas son considerados jóvenes todos los hombres y mujeres con edades comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad³⁰ Desde una perspectiva sociológica, la juventud se identifica como la fase de tránsito entre la niñez y la vida adulta³¹. Este concepto se halla en estrecha relación con la inserción en la vida productiva, la incorporación al empleo estable, el abandono del hogar parental y la culminación de los estudios.

³⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)(2004), *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile: Organización de Naciones Unidas (ONU), consulta en Internet: www.cepal.org, realizada el 10 de enero del 2012

³¹ Comité de los Derechos del Niño (2003), *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, (CRC/GC/2003/4). Nueva York, consulta en Internet: www.unhcr.ch, realizada el 10 de enero del 2012

En el ámbito del Derecho Civil la edad sirve para determinar quiénes son las personas que adolecen de incapacidad de ejercicio y cuando estas personas pueden practicar determinados actos jurídicos, así como permite establecer quiénes gozan de capacidad civil plena. Por ejemplo, en relación con la minoría de edad, el Código Civil de 1984 establece, entre otras, las siguientes reglas:

- Son absolutamente incapaces los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (artículo 43°, inciso 1).
- Son relativamente incapaces los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad (artículo 44°, inciso 1)
- La incapacidad civil de las personas mayores de 16 años cesa por matrimonio o por obtener un título oficial que les permita ejercer una profesión o un oficio (artículo 46°, 1a. parte)
- En el caso de las mujeres mayores de 14 años, su incapacidad cesa también por matrimonio (artículo 46°, 2a. parte).
- Los varones de 16 años cumplidos y las mujeres de 14 años cumplidos pueden contraer matrimonio civil, con dispensa judicial y siempre que existan motivos graves (artículo 241°, inciso 1).
- Los varones y mujeres impúberes, esto es, menores de edad, que hubieren contraído matrimonio civil sin observar los requisitos de ley, tienen acción para demandar la anulación de su matrimonio (artículo 277°, inciso 1).
- El adoptado debe prestar su asentimiento para la adopción si es mayor de 10 años (artículo 377°, inciso 4).
- El menor de 16 años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial (artículo 393°).
- La madre, aunque sea menor de edad, puede ejercer en nombre del hijo y durante la minoría de éste, la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial (artículo 407°).
- La madre que hubiere sido embarazada durante su minoría de edad tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo, y a una indemnización por el daño moral irrogado (artículo 414°).

- Los hijos extramatrimoniales no reconocidos tienen derecho a una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años, siempre que la madre hubiere tenido relaciones sexuales con el presunto padre durante la época de la concepción (artículo 415°).
- El menor que tenga más de 16 años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos, siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto jurídico o lo ratifiquen (artículo 456°).
- Los padres, durante el ejercicio de la patria potestad, deben consultar al menor que tenga más de 16 años los actos importantes relativos a la administración de sus bienes, si fuere posible (artículo 459°).
- El menor que ha cumplido 14 años puede impugnar judicialmente los actos de su tutor (artículo 530°).
- En el caso de enajenación o de imposición de gravámenes sobre los bienes del menor sujeto a tutela, si éste tiene 16 años cumplidos el juez debe oírlo antes de prestar su autorización (artículo 533°).
- La rendición de cuentas por el autor debe hacerse, si fuera posible, con audiencia del menor cuando éste tenga más de 14 años (artículo 542°).
- El menor que ha cumplido 14 años puede pedir al juez la remoción de su tutor (artículo 557°).
- El sujeto a tutela que sea mayor de 14 años puede asistir a las reuniones del consejo de familia, con voz pero sin voto (artículo 646°).

“El menor, con carácter general, deja de ser considerado como un sujeto pasivo que precise solamente protección y tutela por parte de sus padres o del estado. Se le comienza a considerar como un sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su entorno y su propio medio personal y social, favoreciendo su participación en la búsqueda y satisfacción de todas sus necesidades. Promover su autonomía personal sería la mejor manera de garantizar la protección a la infancia desde un punto de vista social y jurídico”³²

De acuerdo a las nuevas corrientes de protección a los menores, en el caso de Latinoamérica, es el reconocimiento de la capacidad progresiva del menor, en diferentes

³² OGANDO DÍAZ, B., (2007), *Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro*, Consulta en Internet: www.sepeap.org, realizada el 10 de enero del 2012

ámbitos de subida, la misma que será ejercida de acuerdo a su madurez, la misma que determinará la menor participación de los padres en las decisiones relacionadas al menor, siempre tomando en cuenta aquello que les sea más favorable.

4. Derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño, de carácter vinculante, reconoce y garantiza los derechos sexuales y reproductivos así como el ejercicio de los mismos por parte de las y los adolescentes.

Para analizar la Convención a la luz de los derechos sexuales y reproductivos, hay que partir de los tres fundamentos de la Doctrina de la Protección Integral: el principio del interés superior del niño, el niño como sujetos de derechos y los derechos específicos. El interés superior del niño como principio rector de la protección de los mismos, en cuanto el Estado, instituciones privadas y públicas se orientan a la protección de los menores; los menores que dejaron de ser considerados como seres carentes de toda capacidad; derechos que han ido implementándose de acuerdo a las necesidades a partir de la Convención de los derechos de los niños.

En estos casos, el ejercicio de estos derechos dependerá de la capacidad de discernimiento que las y los adolescentes muestren, el mismo que se va dando en forma progresiva, en cada caso en particular según la madurez del niño/adolescente. En el caso de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la Convención reconoce la patria potestad de los padres o en su caso de los tutores que serán los encargados de guiar al niño en el ejercicio de este derecho, según la evolución de sus facultades. La Convención sobre los Derechos del Niño garantiza los siguientes derechos humanos intrínsecamente vinculados a los derechos sexuales y reproductivos: derecho a la no discriminación, integridad, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, salud, educación, a emitir su opinión y a ser escuchado, libertad de expresión, libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros³³.

En la Conferencia de El Cairo se adoptó un Programa de Acción para los siguientes 20 años en el que se consideraron las recomendaciones formuladas por los diferentes

³³ MELZI TAURO, Fiorella(2004), *Los derechos sexuales y reproductivos, derechos humanos de los y las adolescentes*, Lima: Novaprint, p. 62 yss

organismos de las Naciones Unidas, lo que significó introducir contenidos como el del manejo de la función procreativa, el acceso a información confiable y a servicios de salud reproductiva de calidad, que incluyan la planificación familiar³⁴

Uno de los objetivos fijados por la CIPD³⁵ (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo), fue asegurar el acceso voluntario y universal a una gama completa de servicios de salud reproductiva e información al respecto antes de 2015. De este modo se amplía el alcance de los derechos reproductivos, rompiendo la visión tradicional y restringida al abandonar el enfoque centrado en la fecundidad para sustituirlo por otro que integra salud reproductiva, planificación familiar, educación, igualdad y equidad de género.

Además se asegura que se debe facilitar a los adolescentes la información y los servicios que les ayuden a comprender su sexualidad y a protegerse contra los embarazos no deseados, las enfermedades de transmisión sexual y el riesgo subsiguiente de infertilidad (párrs. 7.4 y 7.5)³⁶.

Se sostiene, asimismo, que en la mayoría de los países los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes (párr. 7.3)³⁷.

En el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que tuvo lugar en 1999, también llamado CIPD+5, se reconoció el derecho de los adolescentes al disfrute de los más altos niveles posibles de salud y a la provisión de servicios adecuados, específicos, acogedores y de fácil acceso para los jóvenes, para atender eficazmente sus necesidades de salud reproductiva y sexual, que incluyan educación, información y asesoramiento sobre salud reproductiva y estrategias de fomento de la salud (párr. 73)³⁸.

³⁴ Id.

³⁵ Consulta en Internet: Declaración de Beijing y Plataforma de Acción, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer 15 Septiembre 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995). www.unfpa.org.pe, realizada el 12 de diciembre del 2011

³⁶ Id

³⁷ Id

³⁸ Id

En la Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño³⁹ se establece que para promover la salud y el desarrollo de los adolescentes los Estados Partes deben respetar en forma estricta el derecho a la privacidad y la confidencialidad, que comprende la consulta y la consejería en temas de salud. Los profesionales de la salud tienen la obligación de observar la confidencialidad de la información médica relativa a los adolescentes. Esa información solo puede ser revelada con el consentimiento del adolescente o en las mismas situaciones en que se permite la excepción a la confidencialidad para los adultos. Los adolescentes de ambos sexos considerados con suficiente madurez podrán requerir tratamiento y servicios confidenciales (Comité de los Derechos del Niño, 2003, párr. 11). Asimismo, el Comité señaló que, en virtud de los artículos 3, 17 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben proporcionar a los adolescentes información sobre salud sexual y reproductiva, incluyendo los temas de la planificación familiar y el uso de anticonceptivos, los peligros de la maternidad temprana, la prevención del VIH/SIDA y de las enfermedades transmisibles por vía sexual (Comité de los Derechos del Niño, 2003, párr. 28). También se señaló que para 2003 había que “establecer y/o fortalecer estrategias para la ampliación de servicios de buena calidad para los jóvenes en materia de información, educación sobre salud sexual y apoyo psicológico; el fortalecimiento de los programas de salud sexual y reproductiva, y la incorporación en la medida de lo posible de las familias y los jóvenes en la planificación, la ejecución y la evaluación de los programas de atención y prevención del VIH/ SIDA”⁴⁰.

Por otro lado la Convención del Cairo⁴¹, ha generado nuevos conceptos a partir de la Conferencia Mundial de la ONU sobre Población y Desarrollo. Ese documento fue aprobado en 1994 por 179 países, aunque muchos de ellos hicieron reservas a los puntos dedicados a la salud sexual y derechos reproductivos. Estableciéndose como algunos de los conceptos claves lo referente a salud sexual, la salud reproductiva y sexual de los adolescentes, (entre otros).

³⁹ Consulta en internet: *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, www.unhcr.ch, Realizada el 12 de diciembre del 2011

⁴⁰ “Un mundo apropiado para los niños”, resolución S-27/2 de la Asamblea General, aprobada en su vigesimoséptimo período extraordinario de sesiones, 10 de mayo de 2000. Consulta en Internet: http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2S.pdf, realizada el 5 de enero del 2012

⁴¹ Consulta en Internet: www.unfpa.org, realizada el 5 de enero del 2012

Dentro de estos nuevos conceptos se ha definido a lo que se llama La salud reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”⁴²

En el Capítulo VII⁴³ se hace referencia a los Derechos reproductivos y salud reproductiva, de los adolescentes. En ese sentido, se ha establecido que: Las cuestiones relativas a la salud reproductiva y sexual en la adolescencia, en particular los embarazos no deseados, el aborto en malas condiciones (según la definición de la Organización Mundial de la Salud) y las enfermedades de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA, se abordan mediante el fomento de una conducta reproductiva y sexual responsable y sana, sin olvidar la abstinencia voluntaria, y la prestación de los servicios y la orientación apropiados para ese grupo de edad concretamente. También se intenta reducir sustancialmente todos los embarazos de adolescentes. *En el texto se hace hincapié en que los países deben asegurar que los programas y las actitudes de los proveedores de servicios de salud no limiten el acceso de los adolescentes a los servicios apropiados y a la información que necesiten. Esos servicios deben salvaguardar los derechos de los adolescentes a la intimidad, la confidencialidad, el respeto y el consentimiento basado en una información correcta, y respetar los valores culturales y las creencias religiosas, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los padres. Los países, con la asistencia de la comunidad internacional, deberían proteger y promover los derechos de los adolescentes a la educación, la información y la asistencia en materia de salud reproductiva, y reducir considerablemente el número de embarazos entre las adolescentes. Se insta a los gobiernos a que, en colaboración con las organizaciones no gubernamentales, establezcan los mecanismos apropiados para atender las necesidades especiales de los adolescentes. De lo que se puede desprender, que la solución no es la represión, ni la limitación a través de medidas sancionatorias de carácter penal, a las adolescentes que deseen hacer uso de ese derecho reproductivo, pero si la obligación por parte del Estado a disminuir el número de embarazos de adolescentes, mediante medidas de orientación sexual, dado que este tipo de medidas, solamente conlleva a su práctica*

⁴² Id

⁴³ Id.

ilegal, poniendo en riesgo su salud, y su vida en algunos casos. Por ello, ya la Declaración Internacional de los derechos del niño y del adolescente ha establecido que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”⁴⁴

Al respecto la Comisión de los Derechos del Niño, en su observación N°4, señala:

“Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbilidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas, y prestar apoyo a los padres de las adolescentes. Las jóvenes madres, especialmente cuando no disponen de apoyo, pueden ser propensas a la depresión y a la ansiedad, poniendo en peligro su capacidad para cuidar de su hijo. El Comité insta a los Estados Partes a: a) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia; b) promover las actitudes positivas y de apoyo a la maternidad de las adolescentes por parte de sus madres y padres; y c) elaborar políticas que permitan continuar su educación.”⁴⁵ (párrafo 31)

En nuestro país, las políticas de salud, se están orientando a la información y prevención del embarazo adolescente, así como la prevención de enfermedades de transmisión sexual, las que se han incrementado de manera alarmante. Sin embargo se actúa con limitaciones, debido a las contradicciones legales que existen, ya que por ejemplo, las adolescentes no recurren a los centros de salud, por temor a que sus parejas sean denunciadas por violación sexual, situación que se trata de superar a través de la despenalización de las relaciones sexuales entre adolescentes.

Del mismo modo, el Comité de los Derechos del Niño, sobre el VIH/SIDA y los Derechos del Niño comparte su preocupación en relación a la discriminación basada en el sexo relacionada a los tabúes o las actitudes negativas o críticas respecto de la actividad sexual de las adolescentes mujeres, lo que a menudo limita su acceso a medidas preventivas y otros servicios, así como la discriminación basada en las preferencias

⁴⁴ Artículo 16 (1) de la Declaración Internacional sobre los Derechos del niño y del adolescente

⁴⁵ La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos, consulta en internet: www.ipas.org, realizada el 12 de enero del 2012

sexuales. Es por ello que el Comité recomienda a los Estados que presten atención especial a cuestiones relacionadas con la sexualidad, así como a los tipos de comportamiento y estilos de vida de los niños, aun cuando no sean conformes con lo que la sociedad considera aceptable según las normas culturales imperantes en un determinado grupo de edad⁴⁶

El autor Bertrand Russell señala que el poner tanto misterio al tema del sexo, crea mayor curiosidad natural en los jóvenes. Si los adultos trataran este tema como cualquier otro, orientando, contestando preguntas que puedan entender, los niños “no llegarían a la noción de obscenidad, porque esta noción proviene de creer que no debe hablarse de ciertas cosas”⁴⁷. Y cuando la curiosidad por saber se satisface, la curiosidad simplemente decae.

Si bien el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, no reconoce de manera expresa los derechos sexuales y reproductivos, le reconoce los derechos inherentes a la persona humana, tales como el derecho a la vida, integridad, a la libertad, identidad, entre otros y los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Todos estos garantizan el ejercicio y goce de los derechos sexuales y reproductivos. En cuanto a los derechos específicos que ampara el Código de los Niños y Adolescentes están: el derecho a que se respete la integridad moral, psíquica y física y el libre desarrollo y bienestar del niño y adolescente, el derecho a la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la atención integral de salud y el derecho a la Educación; el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. En este caso, el Código agrega que este derecho lo tiene el niño y el adolescente que estuvieran en condiciones de formarse sus propios juicios.

El tema de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes es motivo de amplio debate actual y de decisión por cada país. Los adolescentes tienen necesidades especiales y los esfuerzos para resolver esas necesidades, incluyendo la atención de sus

⁴⁶ La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos, consulta en internet: www.ipas.org, realizada el 12 de enero del 2012

⁴⁷ Citado por MELZI TAURO, Fiorella, Ob. Cit. p. 85

derechos sexuales y reproductivos, es un paso muy importante. La CIPD en 1994 y la Conferencia de La Haya, Cairo + 5⁴⁸ fijaron entre sus objetivos la promoción en la mayor medida posible de la salud, el bienestar y la capacidad potencial de todos los niños/as, adolescentes y jóvenes en su calidad de futuros recursos humanos del mundo, así como atender a sus necesidades, especialmente de las jóvenes. En el Programa de Acción del Cairo (artículo 7.5) se reconocen los derechos de los y las adolescentes a recibir educación sexual y servicios de salud, incluyendo los de Salud Sexual Reproductiva (SRR), de forma respetuosa y confidencial.

Ello es imprescindible para posibilitarles la capacidad de manejar su vida sexual y reproductiva de una forma satisfactoria, responsable e informada. Para lograr esto es necesario que los programas y servicios de SSR se adecuen a las necesidades y las percepciones que de ellas tienen los propios adolescentes.

Los y las adolescentes y jóvenes deben contar con protección legal de su derecho a servicios médicos y sociales, a la educación sexual y a la información, incluyendo el derecho de las adolescentes embarazadas a continuar su educación. Los derechos sexuales y reproductivos de los/las adolescentes deben ser reconocidos y este concepto debe ser ampliamente diseminado para lograr la potenciación de la gente joven y su participación efectiva en los programas que para ella y con ella se formulan.

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no la ausencia de enfermedades, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sexual. En consecuencia, entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”⁴⁹.

Desafortunadamente, esta legitimación de los derechos sexuales y reproductivos para los jóvenes no se ha aceptado aún universalmente, y de hecho fue motivo de gran debate en la Conferencia de la Haya de seguimiento de los acuerdos de la CIPD (CIPD – 5)⁵⁰. El Fondo de Población de las Naciones Unidas ha sido un defensor permanente de estos

⁴⁸ Consulta en Internet: www.unfpa.org, realizada el 5 de enero del 2012

⁴⁹ Id

⁵⁰ Consulta en Internet: www.celade.eclac.org, realizada el 12 de enero del 2012

derechos en todos los países del mundo, dando apoyo a programas que conlleven, entre otros aspectos, la revisión de leyes y políticas que pudieran impedir el pleno ejercicio de los DSR a los jóvenes y el establecimiento de programas de educación sexual y servicios integrados de SSR de calidad para adolescentes/jóvenes.

5. Derecho a acceso a servicios de salud sexual y reproductiva

El artículo 30º de la Ley General de Salud (26842) obliga a los profesionales de salud a denunciar hechos considerados delictivos, entre los cuales ahora se encuentra las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes. Ello conllevaría a que los prestadores de servicios de salud sexual y salud reproductiva, cuando conocen de estos actos tengan que denunciarlos, lo que puede constituirse en una seria barrera para brindar atenciones de salud sexual y salud reproductiva a los y las adolescentes⁵¹.

Así, en el 2007 el Instituto Nacional Materno Perinatal, emitió una Resolución que establece el procedimiento para que los profesionales a cargo de la atención médica de menores de 18 años cumplan con informar ante la autoridad competente. En esta resolución se establece que “todo paciente menor de 18 años, debe ser informada a la autoridad competente dentro de las 72 horas de su ingreso al INMP, debe contar con los informes, médico, social y psicológico, para los cuales se debe tener en cuenta los factores de riesgo de acuerdo a cada caso”. De igual manera, se establece que es “la trabajadora social quien procede a entregar a una menor a su familiar previa verificación de su entroncamiento familiar, una vez confirmado que le caso ha sido comunicada a la autoridad competente”.

Es por ello que las adolescentes, en muchos casos no recurren a los servicios de salud, por lo que el riesgo de embarazo es muy alto:

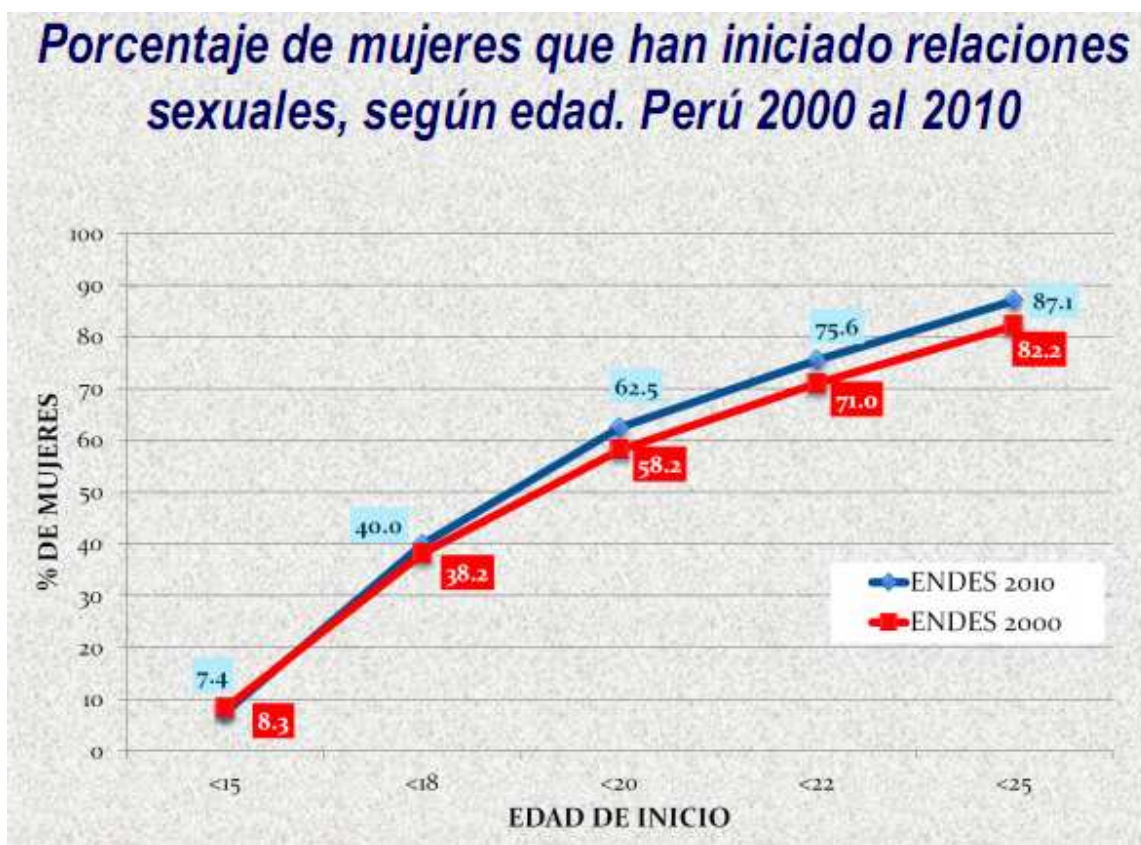
⁵¹ Susana CHÁVEZ y Jennifer NAGLE, De la Protección a la Amenaza: consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes. Lima: Promsex, 2007. p.5.

Causas directas de MM adolescentes



Fuente: MINSA-2011

De la gráfica que se muestra, la mayor parte de las muertes de produce por hipertensión inducida por el parto, la misma que si llevara un monitoreo constante del embarazo, no tendría que ser una complicación grave al momento del parto. Por otro lado un 38% de adolescentes mueren por hemorragias y un 8% por infecciones. En ambos casos, dcias situaciones son consecuencias de una inadecuado seguimiento o en todo caso por la falta de seguimiento del embarazo.



FUENTE: MINSA-2011

Por las cifras que se tienen de las diferentes investigaciones respecto a adolescentes, se hace necesario que el Estado encamine las políticas a una orientación en las relaciones sexuales de los adolescentes, así por ejemplo, se puede apreciar que el número de mujeres que sostiene relaciones sexuales se ha incrementado en los últimos años, en edades que van desde antes de los 15 años, hasta los 25 años. Los y las adolescentes a medida que pasa el tiempo inician sus relaciones sexuales de manera más temprana, con todos los riesgos que ello implica, siendo la visión del Estado se encuentra en otra época, regulando que dichas relaciones sean delito, en lugar de educar a los jóvenes en una sexualidad responsable y sobretodo segura.



Otra de las cifras alarmantes, se encuentra referida a la situación de las adolescentes gestantes, las mismas que son, en su mayoría, objeto de discriminación en sus centros educativos, es por ello que al producirse esta situación deben abandonar sus estudios, siendo casi imposible que sean retomados luego del parto.

La aplicación del artículo 30 de la Ley General de Salud, mencionado líneas arriba, que obliga a los profesionales de salud y particularmente a los médicos y médicas a denunciar hechos considerados delictivos, tales como el uso de armamento, el aborto inducido, o la violación sexual, ha establecido para estos profesionales, funciones que no sólo no les corresponde, sino que además atentan con los principios básicos de su profesión. García⁵², en el análisis jurídico que hace en relación a este artículo, señala que no sólo resulta inconstitucional, porque contravienen principios jurídicos que preservan la relación médico – paciente y el derecho de los y las usuarias, tales como el secreto médico y la confidencialidad, sino que además, su aplicación resulta poco efectiva, dado que los médicos y médicas no son los funcionarios más idóneos para aplicar este tipo de medidas y el encargo que se le da, resulta perjudicial al acto que sí le corresponde hacer, deslegitimando la confianza que los y las usuarias les depositan y que resulta de suma importancia en el acto médico.

La aplicación del artículo en mención, en un contexto donde es difícil aceptar y entender las prácticas sexuales de los y las adolescentes y donde además han sido proscritas por la ley, acarrea un impacto particularmente negativo en el sistema sanitario, pues este último no sólo tendría que dejar de desarrollar intervenciones claves de salud pública que

⁵² García, Erika (2006), *Médicos en conflicto entre la cura y la denuncia: Artículo 30, Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar*, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX, Lima,

fortalezca la autoafirmación de los y las adolescentes, basada en el consentimiento y la decisión informada, sino que además, hace del sistema sanitario un identificador eficaz de quienes escapan de la norma jurídica, confiriéndole atribuciones ajenas a su responsabilidad primordial. Este rol de identificación, podría hacerse en varios momentos claves; cuando las/os adolescentes acuden a los servicios de salud para solicitar anticonceptivos, cuando consultan por alguna enfermedad de transmisión sexual, acudan al control prenatal o necesiten atención del parto, es decir, acciones elementales para preservar el derecho a la salud y controlar daños que no sólo producen discapacidades, sino también mortalidad precoz y pérdidas significativas en años de vida.

Al colocarse la actividad sexual de los y las adolescentes menores de 18 años al margen de la ley, también se produce el resultado adverso de volver ilegales las atenciones de salud sexual y reproductiva que no están orientadas a la abstinencia sexual, ampliando con ello las brechas de exclusión bastante reconocidas, pues se sabe, que la mayor proporción de contagio de VIH, se estaría produciendo en este grupo de edad, y son los y las adolescentes según datos de distintas INEI⁵³, los que menor uso de anticonceptivos hacen, por lo tanto es el grupo que en mayor proporción se enfrenta al embarazo no deseado y al aborto inseguro, y con ello a la mortalidad materna.

5.1. Políticas nacionales referidas a la salud adolescente:

- ✓ El Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021, aprobado el 14 de abril de 2012, el mismo que plantea una atención integral de las y los adolescentes y la reducción en 20% del embarazo adolescente
- ✓ El plan Multisectorial para la prevención del embarazo en Adolescentes 2012-2021, elaborado en el 2011 -que aún no ha sido aprobado- también plantea la meta de reducir en 20% la prevalencia del embarazo adolescente.
- ✓ Los lineamientos educativos y orientaciones pedagógicas para la educación sexual integral plantean el reto de universalizar la Educación Sexual Integral desde la infancia. Este documento aprobado en el año 2008 por el Ministerio de Educación, contiene las orientaciones de política para todas las instancias del Ministerio de Educación.

⁵³ Al respecto en el gráfico N°3 de la presente investigación, claramente se puede apreciar que más del 80% de los adolescentes no usa un método anticonceptivo, lo que pone en riesgo su salud sexual y el incremento del embarazo adolescente.

En el país existen barreras normativas que no solo obstaculizan el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de adolescentes y jóvenes sino también derechos fundamentales, colocándolos en situación de vulnerabilidad.

En los últimos años el Ministerio de Salud ha identificado la necesidad de revisar la normatividad referida a adolescentes, con énfasis en la salud sexual y reproductiva, para responder mejor a las necesidades aseguramiento universal. Sin embargo, el esfuerzo desplegado en la formulación y validación de normas y documentos técnicos relacionados con esta población

Entre las normas más relevantes a la espera de ser aprobadas se encuentran:

- ✓ Los Lineamientos de política de salud de las/los adolescentes 2011.
- ✓ La Norma Técnica de salud que establece los criterios y estándares de acreditación de servicios diferenciados de atención integral de salud para adolescentes.
- ✓ La Norma Técnica para la atención integral de salud en la etapa de vida adolescente.
- ✓ La Norma Técnica para la atención integral de la gestante adolescente durante el embarazo, parto y puerperio.⁵⁴

Dentro de los puntos tratados en la Mesa de Concertación de Lucha contra la pobreza se han establecido los siguientes lineamientos, respecto a los adolescentes:

- ✓ Al Ministerio de Economía y Finanzas, al Ministerio de Educación, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al Ministerio de Salud y al Ministerio de Trabajo: Abordar el embarazo adolescente en el marco de una política multisectorial para la atención integral de las y los adolescentes y priorizar la inversión a través de un programa presupuestal considerando los múltiples factores y determinantes sociales que explican el problema.
- ✓ Al Ministerio de Educación, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al Ministerio de Salud y al Ministerio de

⁵⁴ MESA DE CONCERTACIÓN DE LUCHA CONTRA LA POBREZA, 10 de mayo del 2012, consulta en internet: www.mesadeconcertacion.org.pe, realizada el día 15 de junio del 2012

Trabajo: Priorizar el acompañamiento integral de las mitigar el impacto negativo que la maternidad temprana pueda tener en su propio desarrollo y en el de sus hijos/hijas.

- ✓ Al Consejo de Ministros, al Ministerio de Educación, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al Ministerio de Salud y al Ministerio de Trabajo: Aprobar el Plan Multisectorial para la Prevención del Embarazo Adolescente 2012-2021 e implementar medidas para la articulación multisectorial, y entre los niveles de gobierno, con participación de las organizaciones de la sociedad civil.
- ✓ Al Ministerio de Economía y Finanzas, al Ministerio de Salud y a los Gobiernos Regionales: Incrementar y garantizar la calidad del gasto del presupuesto asignado para la prevención del embarazo adolescente en el marco del Programa Presupuestal Salud Materno Neonatal.
- ✓ Al Instituto Nacional de Estadística e Informática, al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y al Ministerio de Salud: Uniformizar los criterios para recoger información estadística para la etapa de vida adolescente y generar procedimientos que permitan diferenciarla según sexo.
- ✓ Al Ministerio de Economía y Finanzas: Si bien el Módulo de Consulta Amigable-SIAF es un instrumento valioso para el seguimiento de la ejecución del gasto público, se recomienda mejorar y transparentar la asignación y el uso de los recursos públicos hasta el nivel de subproductos de los programas presupuestados subproductos dirigidos a la prevención del embarazo adolescente, en el marco del Programa Presupuestal Salud Materno Neonatal.
- ✓ Al Ministerio de Educación: Incorporar la Educación Sexual Integral (ESI) como prioridad en el nuevo marco curricular generando condiciones para su implementación vinculadas a la formación en ciudadanía y a la calidad educativa, asignando presupuesto para universalizar una ESI de calidad
- ✓ Al Ministerio de Salud: la Ley General de Salud. Asignar presupuesto y ampliar la implementación de servicios diferenciados para la atención integral de las y los adolescentes. Priorizar intervenciones para la prevención del suicidio en adolescentes. Aprobar las normas del sector Salud referidas a la atención integral de

la salud sexual y reproductiva de los adolescentes formuladas y validadas en los últimos dos años.

- ✓ A los Gobiernos Regionales: Implementar Ordenanzas Regionales orientadas a promover el acceso a los servicios diferenciados de salud sexual y reproductiva para adolescentes.
- ✓ Al Congreso de la República: despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes

Se pretende una atención integral de los adolescentes, que permita un desarrollo adecuado de sus capacidades, insertando a la mayor parte de ministerios, para que en forma conjunta se puedan lograr los objetivos planteados. Se puede apreciar que uno de los puntos pendientes respecto al Congreso de la República, es el de despenalizar las relaciones sexuales entre adolescentes, ya que después de los estudios realizados al respecto se evidencia la problemática surgida al respecto, no sólo en el ámbito penal, sino también en la atención de la salud de los adolescentes, sobre todo aquellas que se encuentran en estado gestacional.

Se evidencia el reconocimiento del derecho a la salud sexual y reproductiva, orientada a la prevención del embarazo adolescente como prioridad y por otro lado a la educación y servicios especializados que deben recibir.

Es necesario tener en cuenta que las y los adolescentes como seres humanos tienen derecho a gozar de una adecuada salud sexual y reproductiva, y por ende, a vivir su sexualidad de modo seguro e informado, en libertad de tomar las decisiones que prefieran. Estos derechos no están escritos de modo explícito ni para adultos ni para adolescentes, pero emanan de los siguientes artículos de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Perú: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 2, 3, 7, 9, 17, 18, 19, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 2, 3, 12 y 13), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5, 7, 11, 12, 13), la Convención de los Derechos del Niño (art. 2, 3, 12, 13, 14, 16, 19, 24 y 28), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 25.1) (ONU, 2010; OEA 2010).

Según la OMS, desde la adolescencia se pueden utilizar todos los tipos de anticonceptivos que en la actualidad ofrece el sistema de salud peruano. Señala que antes de los 18 años los implantes, las píldoras -solo de progestágeno- y el DIU pueden utilizarse en todos los casos, pero se les califica con el número 2. De 18 años a más no existen restricciones. En los dos cuadros siguientes se puede ver el criterio de elegibilidad OMS⁵⁵.

6. El consentimiento de los adolescentes, respecto a las relaciones sexuales.

Según la Real Academia Española, consentimiento es la “Acción y efecto de consentir, autorización, permiso”⁵⁶ Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos por la legislación internacional referente a derechos humanos y otros documentos de las Naciones Unidas; garantizan la convivencia y la armonía sexual entre hombres y mujeres, entre adultos y menores, lográndose que la sexualidad y la reproducción se ejerzan con libertad y respetando la dignidad de las personas, permitiéndole al ser humano el disfrute de una sexualidad sana, responsable, segura y con el menor riesgo posible⁵⁷.

“La capacidad de autodeterminarse sexualmente presupone un elemento imprescindible, que es el **reconocimiento del consentimiento** por parte del titular del bien jurídico objeto de tutela, esto es, el derecho positivo no reconoce a todos los individuos la posibilidad de autoconducirse sexualmente. Se necesita a una persona capaz y de libre discernimiento (...) En tal sentido el Código penal no ha seguido estrictamente las disposiciones del Código Civil. Pues, el derecho civil reconoce la capacidad de goce y de ejercicio, cuando se alcanza la mayoría de edad, a los 18 años, en cambio, el legislador del 91, reconoció a los mayores de 14 años la capacidad de autodeterminarse sexualmente (...) La edad de 14 años, es un criterio cronológico, más no psicológico, que consideramos penetra en la esfera sociológica y en una realidad social insoslayable, que nos da una lectura coherente de la forma, como los individuos se inician en la vida sexual”⁵⁸

Pues en virtud de lo expuesto se puede colegir que los adolescentes mayores de 14 años, poseen madurez tanto física como emocional, por tanto están en la capacidad de poder

⁵⁵ Consulta en Internet: www.oms.org realizada el 15 de enero del 2011

⁵⁶ ENCICLOPEDIA UNIVERSAL, tomo 8, editorial SALVAT, Madrid 2009.

⁵⁷ Derechos Sexuales y Reproductivos, Consulta en Internet: ONUSIDA, Aspectos políticos y jurídicos. http://www.onusida.org.co/der_sex_rep.htm

⁵⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2007), *Delitos Contra la Libertad E Intangibilidad Sexual*, Derecho Penal, Lima: EDEMSA, p. 35.

consentir el ejercicio o no de su sexualidad. Cada país tiene legislada la edad en que un hombre o una mujer legalmente pueden dar el consentimiento para mantener relaciones sexuales. De acuerdo a las sociedades unos son los criterios legales y otros los vinculados a aspectos culturales o religiosos que no siempre resultan claros y objetivos. Por ejemplo, en Chile se marca una clara diferencia de orientación sexual y establece como edad de consentimiento, los 12 años para relaciones heterosexuales, y de 18 para las homosexuales, en el caso de Argentina la edad es de 13 años, en Colombia la edad ha sido fijada en 14 años⁵⁹

Está claro que se intenta proteger la integridad del menor y evitar que sea víctima de situaciones de poder o en las que se abusa de su confianza. Sin embargo, existen muchísimas lagunas con respecto a los criterios utilizados o los fines perseguidos a la hora de establecer la edad de consentimiento.

Todavía en la actualidad existe una gran controversia respecto al tema. En muchas sociedades se parte de la creencia de que una persona por debajo de una edad determinada carece de la madurez o experiencia suficiente para entender la complejidad de las relaciones sexuales.

Entre las razones, se argumenta la posibilidad de embarazos no deseados contagio de enfermedades y daños físicos o psicológicos.

No todas las personas siguen el mismo ritmo en su desarrollo psicosexual. Sin embargo, este criterio es más difícil tenerlo en cuenta para determinar esta edad. Pero sin duda una cuestión fundamental, desde nuestro punto de vista, es la diferencia de edad y de poder. No son lo mismo las relaciones exploratorias entre niños adolescentes y jóvenes, que las interferencias que se producen cuando un mayor de edad utiliza a los menores como objetos sexuales. A esto último se le llama abuso sexual de menores.

En el Perú, la Ley General de Salud, en el artículo 67, dispone, en materia de planificación familiar, que esta tiene un carácter prioritario. En su aplicación se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes, a fin de disminuir el riesgo reproductivo, informando a la mujer y al hombre sobre tales riesgos, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello

⁵⁹ Consulta en Internet: es.wikipedia.org, *Edad de Consentimiento Sexual*, Consulta realizada el 15 de diciembre del 2011

mediante una correcta información de planificación familiar, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa, tanto de manera individual como a la pareja.

Según UNICEF⁶⁰ actualmente existen diferencias en distintos países de la edad de libre consentimiento para tener una relación heterosexual; en algunas partes de los Estados Unidos, o en Egipto, y ahora en el Perú la edad es de 18 años; en Irlanda del norte, 17; en Namibia, 16; en Suecia, 15; en Canadá, 14; en Corea, 13; y en México, 12. Lo normal es que la edad de libre consentimiento sea a los 16 años. Si bien no hay un lineamiento internacional para esta edad, existe una preocupación de la Convención sobre los Derechos del Niño porque se proteja a todos los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual. En el Perú es evidente el problema de justiciabilidad e impunidad en casos de violencia sexual. Sin embargo, mayores penas o aumentar la edad para el consentimiento sexual no necesariamente son la solución.

Se quiere relacionar la edad de consentimiento sexual, con la edad en la que los adolescentes alcanzan la mayoría de edad, es decir a los 18 años, situación que resulta extrema teniendo en cuenta las cifras de los principales estudios realizados en adolescentes, en las cuáles se refleja que la iniciación sexual es entre los 12 y 13 años. Así:

- El 19,7% de los escolares entre 13 y 15 años ya inició su vida sexual, según la Encuesta Global de Salud Escolar del Ministerio de Salud
- 64,3% de los escolares que ya empezó su vida sexual usa preservativos, según la misma investigación.

Es evidente que el sexo no consentido, forzado, no voluntario, ese siempre será delito de violación; pero el sexo consentido entre adolescentes, no tiene por qué ser un delito. De otro lado el cuestionamiento se encuentra plasmado en si se da o no la capacidad para ejercitar su vida sexual. En la actualidad ya no es el adolescentes o el niño un objeto de protección sino un sujeto que se le reconocen derechos progresivamente, en especial a partir de los a 14 años y el no reconocerle capacidad para el ejercicio de su sexualidad, deja de reconocer éstos derechos que se le asignan progresivamente de acuerdo a su madurez.

⁶⁰ UNICEF. La Juventud Opina. ¿Tienes ya la edad para tener relaciones sexuales? <http://www.unicef.org/voy/spanish/explore/rights/explore_241.html>, consulta realizada el 15 de diciembre del 2011

Despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes significa reconocer su derecho a la toma de decisiones, así lo confirma la directora del Movimiento Manuela Ramos, Jennie Dador, una de las principales defensoras del reconocimiento de la libertad sexual de los adolescentes, al pronunciarse sobre el proyecto de ley que se discute al respecto.

“Yo no creo que debemos despenalizar esta figura a raíz de las consecuencias que pueda generar. Se trata más bien de reconocer que los adolescentes tienen el derecho a la toma de decisiones y ver que estos derechos están reconocidos en la Constitución”, sostuvo Dador. La especialista recordó que ya en dos plenos jurisdiccionales, los jueces declararon inaplicable la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, porque lo consideraron que no es penal ni jurídicamente relevante. Otra dimensión de este proyecto de ley –dijo Dador– es la que les toca a los padres y madres de familia acerca de cómo quieren educar a sus hijos. “Por ejemplo, se debe ver si los padres quieren que se postergue el inicio de sus relaciones sexuales”.⁶¹

Es fundamental el rol que juega el binomio familia-escuela en la madurez del menor, en este caso el hecho de mantener relaciones sexuales en libertad pero con responsabilidad; dependiendo su inicio sexual de sus propia formación y convicciones, pero no por temor a ser sancionado por una norma que no tomó en cuenta las nuevas tendencias de protección a los menores, es decir la que lo reconoce como sujeto de derechos.

Como señalamos el adolescente desde los 16 años puede casarse, y desde los 14 años puede reconocer a sus hijos, pero, ¿Tiene derechos sexuales? Entendido su contenido esencial como el derecho de las personas a decidir cuando y con quien sostener relaciones sexuales. Para decirlo en términos más claros ¿Puede un adolescente desde la edad que se le permite reconocer a sus hijos o casarse, sostener relaciones sexuales libremente? Vayamos más allá: ¿Tiene el adolescente al que nos hemos referido derechos reproductivos? Es decir el derecho a acceder a la planificación familiar y dentro de ella incluso a la píldora del día siguiente, sin necesidad de que sus padres deben autorizar su administración, ni deban enterarse de si usan algún método de planificación familiar. Sin duda que todas estas preguntas deberían ser respondidas afirmativamente, pues si deberían o mejor dicho, deben los adolescentes tener la

⁶¹ Consulta en Internet: www.manuela.org.pe realizada el 20 de diciembre del 2011

posibilidad de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos con libertad, teniendo la posibilidad de acceder para ello a todos los servicios públicos. Sin embargo, con la modificación del artículo 173 del Código Penal se ha regulado una gran incoherencia que afecta estas esferas de la capacidad de los adolescentes, pues este artículo eleva la edad de indemnidad sexual de los 14 a los 18 años, proscribiendo el ejercicio de las relaciones sexuales de los menores de edad y sancionando a todo aquel que tenga relaciones sexuales con un menor de 18 años de edad, no siendo válido su consentimiento. Consecuentemente, si hay derechos sexuales deben también haber derechos reproductivos, posibilitándose por ejemplo que las adolescentes violadas puedan acceder a la posibilidad de la administración de la píldora del día siguiente como un derecho que debe ser ejercicio en su primer contacto con el médico incluyendo el forense. En este sentido, consideramos un total contrasentido la extensión de la indemnidad sexual hasta los 18 años de cara a la realidad del inicio temprano de las relaciones sexuales en los adolescentes, siendo urgente la modificación del artículo 173 del Código Penal. Debemos dejar en claro, que no se trata de favorecer al comienzo temprano de las relaciones sexuales. Creo que todos estamos de acuerdo, que por el contrario lo mejor es retardar el inicio de las relaciones sexuales. No obstante, la ley no es la pócima mágica que garantizará este retardo. Hace falta más que leyes la ejecución de un conjunto de actividades efectivas de prevención y de información

Definitivamente los adolescentes no son incapaces; sino sujetos de derechos con capacidad progresiva. Debe reconocerse por ello esta capacidad en todo nuestro sistema jurídico de manera coherente, regulándose en los casos que sea necesario un régimen de asistencia. Pero nunca negando esta capacidad, ni el ejercicio concreto de sus derechos acordes a su edad

CAPÍTULO III

LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO PENAL

1. Libertad sexual e indemnidad sexual del adolescente

1.1. Libertad sexual

Se puede conceptuar la libertad sexual de los adolescentes:

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, dice que: “La libertad sexual debe entenderse de dos maneras, como libre disposición del propio cuerpo, sin mas limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros”⁶².

CARO CORIA. Dice: “La libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin mas 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”⁶³.

NOGUERA RAMOS nos define “el derecho a la libertad sexual, ligado intrínsecamente a la libertad individual y que se entiende como la facultad que tiene las personas de disponer libremente de su cuerpo y de elegir con quien desea tener acceso carnal o abstenerse de ello, si así lo quiere”⁶⁴.

PEÑA CABRERA FREYRE la libertad sexual es “el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse sexualmente y el de rechazar la intromisión de dicha esfera a terceras personas, cuando no medie consentimiento (...) la libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales”⁶⁵.

SALINAS SICCHA; Fiscal Superior dice: la libertad sexual es “entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de sus sexualidad sin mas limitaciones que el respeto a la libertad ajena, la misma que se expande hasta utilizar el

⁶² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1991), *manual de Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, p 245

⁶³ CARO CORIA, Dino (2000), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima: Grijley, p. 120

⁶⁴ Sentencia N°2868-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional.

⁶⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit., p. 35

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”⁶⁶

VILLA STEIN, actual Presidente del Poder Judicial manifiesta que el ejercicio de la libertad es parte de la definición de la sexualidad que la concibe como la “función psicofisiológica de la persona”⁶⁷

Para GARCÍA DEL RIO “la libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante si y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad”⁶⁸

El derecho a la libertad se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre Derechos del Niño, entre otros. Asimismo, se encuentra reconocido en el Artículo 2 de nuestra Constitución que establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales (Artículo 2-24).

La libertad sexual es un componente de la libertad individual o personal que puede ser definida como “el poder de autodeterminación en función de la libertad de hacer en el campo de la sexualidad”. Este derecho tiene un sentido positivo y uno negativo, y ambos deben ser entendidos de manera complementaria. El primero de ellos está relacionado “con la capacidad de hacer y aceptar las propuestas que se prefieran”; mientras que el segundo está relacionado con la capacidad de rechazar las propuestas no deseadas⁶⁹

Sin embargo, no todas las personas tienen la capacidad de ejercer dicha libertad siendo el ordenamiento jurídico el que establece a quiénes se les reconoce dicha

⁶⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro (2008), *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, Lima, Juristas Editores, p. 23

⁶⁷ VILLA STEIN, Javier (1998), *Derecho Penal. Parte especial I- B*, Lima: San Marcos, p. 177

⁶⁸ GARCÍA DEL RIO, Flavio (2004), *Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Trujillo, Ediciones legales, pp. 221 y 222

⁶⁹ BOIX REIG, Javier y Orst BERENQUER: “Consideraciones sobre los delitos de violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código Penal Peruano”, citado por SALINAS SICCHA, Ramiro: “Los delitos de acceso carnal sexual”. Lima: Idemsa, 2005, pág. 33

disposición. El factor decisivo para el goce de este derecho es la edad, que a lo largo de nuestra historia normativa fue fijada en 14 años. Es decir, a partir de los 14 años se entendía que las personas eran libres y responsables para decidir sobre el ejercicio de su sexualidad. Así, lo precisaban el primer Código Penal Peruano de 1863, el posterior Código de 1924, y así también lo entendió el artículo 173° del Código de 1991 y sus diversas modificatorias, hasta antes de la expedición de la Ley N° 28704.

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta,

por tanto, el aspecto corporal o físico. De este modo, la relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. De ahí que, pueda considerarse que uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas sea la posibilidad de tener relaciones sexuales.

Sobre el derecho a la autodeterminación reproductiva, se ha establecido que es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto, consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Asimismo, también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción, 2) la persona con quien procrear y reproducirse, y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo⁷⁰.

La libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos.

⁷⁰ EXP. N.º 7435-2006-PC/TC LIMA. SUSANA CHÁVEZ. ALVARADO Y OTRAS. Fundamento del Voto del Magistrado Mesías Ramírez. Párrafo 4. Esta definición también fue incluida por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 02005-2009-PA/TC, fallo cuestionable que prohíbe la distribución gratuita de la AOE, sin embargo, para fines de este estudio es útil el concepto sobre autodeterminación reproductiva

Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad.

El concepto de libertad sexual propuesto es coherente con la idea, plenamente asentada, de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas. Sin embargo, parecen ignorar tal idea los autores que impugnan la libertad sexual como objeto de protección, con el argumento de que difícilmente se puede proteger la libertad sexual de menores en cuanto que éstos no la pueden ejercer efectivamente, sea porque carecen de los presupuestos cognitivos o volitivos para ello, sea porque, aunque los posean, todavía no se les reconoce jurídicamente su ejercicio⁷¹.

La libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales⁷². En ello coincide con otros objetos de protección de nuestro código, como la libertad ambulatoria o la libertad de conciencia, que también se sustraen al régimen general de protección de la libertad personal a través de los delitos de coacciones y amenazas.

El hecho de que se proteja la libertad sexual exclusivamente en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado (libertad sexual negativa), sin que en ningún caso se aspire a proteger frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona consintiente o en solitario (libertad sexual positiva)⁷³.

⁷¹ MUÑOZ CONDE (2004), *Derecho Penal, Parte General, Octava edición, México: Tirant Lo Blanch*, p. 195

⁷² GONZÁLES CUELLAR GARCÍA, citado por Diez Ripollés, José Luis (1999-2000), *Derecho Penal y discriminación de la mujer*, Lima: PUCP, p.62

⁷³ GONZÁLES RUS, (1996), *La Violación en el Código Penal Español*, Cuadernos de Política Criminal N°59 p. 332

Desde luego, hay suficientes motivos para justificar tal decisión político criminal en un contexto de protección de la libertad sexual: Ante todo, porque la progresiva despenalización registrada en los últimos años de conductas sexuales que no atentan a la libertad de los demás ha sido la vía, indirecta, más eficaz de promoción del ejercicio de la libertad sexual en su vertiente positiva.

En segundo lugar, porque el carácter fragmentario del derecho penal contradice las pretensiones de exhaustividad en la protección de un bien jurídico: Tampoco en los otros tipos protectores de la libertad personal se aspira a que en cada ámbito social abarcado, o respecto a cada objeto de ataque, se cubran todas las posibilidades. En tercer lugar, porque en los atentados al ejercicio de la vertiente positiva de la libertad sexual no se aprecia especificidad de las formas comisivas. Y en cuarto lugar, porque, asumido lo anterior y lo que sigue, tales comportamientos resultan debidamente tutelados a través de los delitos de amenazas y coacciones.

Ahora bien, la argumentación precedente no debe encubrir que detrás de la decisión político-criminal que nos ocupa hay también una opción valorativa, y que se expresa en el sentido de que se considera más grave ser forzado a integrarse en un contexto sexual no deseado que ser impedido de llevar a cabo una actividad sexual⁷⁴.

La constatación de que las formulaciones típicas de los delitos sexuales parten en todo momento de la presunción de que una relación sexual con otra persona no se desea mientras no se haya manifestado el consentimiento, descartando partir de la alternativa contraria, a saber, de que toda relación sexual es en principio deseada a no ser que se manifieste una oposición a ella.

Con ello se está admitiendo un condicionamiento socio-cultural significativo, aquel que expresa que el comportamiento sexual pertenece al ámbito íntimo de las personas, por lo que cualquier relación sexual con otra persona exige su previa admisión en esa esfera reservada, en contraposición al que pudiera entender la sexualidad como una actividad humana que es en principio siempre bienvenida y que sólo se descarta cuando concurren circunstancias especiales.

⁷⁴ DIEZ RIPOLES (1981), *El Derecho Penal ante el Sexo*, Barcelona: s/e, p. 23

Esta disyuntiva, sin embargo, no es exclusiva de estos delitos, pudiéndose apreciar en otros muchos, optándose según los casos por una u otra alternativa, sin que ello suponga, como tampoco aquí, cuestionar la identidad del bien jurídico inicialmente adoptado.

La peculiar insistencia con que determinadas concepciones éticas sobre los comportamientos sexuales correctos pugnan por condicionar el ámbito de aplicación de estos preceptos, con frecuencia a través de sus ocasionalmente imprescindibles elementos normativos⁷⁵.

La libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir del ámbito social en la que se desenvuelven: Los comportamientos sexuales, señala Diez Ripollés⁷⁶. El fundamento de esta especialidad de la libertad sexual frente a la libertad personal radica, según Ripollés, en la especial vinculación de esa esfera vital en la que se desenvuelve (los comportamientos sexuales) con la autorrealización personal que la acerca por ejemplo con la libertad de conciencia y la aleja de otros aspectos genéricos de la libertad.

La libertad personal, explica Norberto Bobbio⁷⁷, distingue dos manifestaciones:

- a. La libertad de querer o positiva, y
- b. La libertad de obrar o negativa.

La libertad de querer o positiva implica la autodeterminación, facultad que tiene un sujeto para actuar de acuerdo con sus intenciones.

La libertad de obrar o negativa, a su vez conlleva la posibilidad de comportarse u omitir un comportamiento sin que un tercero no autorizado interfiera.

Aplicando esa clasificación al ámbito de la sexualidad, se entiende que el *derecho a la libertad radica en la libre disposición de las capacidades y potencialidades sexuales en el comportamiento particular y el comportamiento social de la persona-Libertad sexual*

⁷⁵ Ibid., p. 45

⁷⁶ Id.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto (1993), *Igualdad y Libertad*, Barcelona: Paidós, p. 90 yss

*positiva- o en la facultad que tiene toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual- libertad sexual negativa*⁷⁸.

De acuerdo a los datos que se tiene respecto de la sexualidad de los adolescentes en nuestro país, éstos inician su vida sexual de manera temprana, con muchos riesgos, teniendo en cuenta las propias limitaciones que le ha impuesto la norma. Por ello, es importante que la norma proteja a los adolescentes en el ejercicio de una sexualidad libre y debidamente orientada.

Dentro de los principales derechos que sustentan el derecho a la libertad sexual de los adolescentes, se encuentra enmarcada en el derecho a la libertad en general, la misma que se encuentra protegida en el ámbito internacional y nacional.

a. El derecho a la libertad personal en el ámbito internacional.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 3 Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9.1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 7. Derechos a la libertad personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

b. El derecho a la libertad personal en el ámbito interno.

El derecho a la libertad personal esta reconocido en la Constitución de 1993 en el artículo 2º inciso 24:

- Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personal.

El tribunal constitucional, en su sentencia de fecha 24 de noviembre del 2004, reconoce espacios concretos de libertad que se protegen con el derecho al libre desarrollo de la

⁷⁸ La Aplicación de la Justicia Penal ante casos de Violencia Sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes, Informe Defensorial N° 126, Lima 2007, consulta en internet: www.defensoria.gob.pe, realizada el 15 de diciembre del 2011

persona (artículo 2.1 de la Constitución), lo que permite el reconocimiento de la libertad sexual como una expresión de aquel derecho:

“El derecho al libre desarrollo de la persona garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”⁷⁹

En consecuencia, el derecho al libre desarrollo de la persona es otra expresión del derecho a la libertad, así el nuevo Código de los Niños y Adolescentes del Perú hace mención de la siguiente manera:

- Artículo 4. A su integridad personal. El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su *libre desarrollo* y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.

La esencia del libre desarrollo de la personalidad, como derecho, es el reconocimiento que el estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ellos es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por el de acuerdo con su temperamento y el carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

Nuestra legislación, respecto de éste derecho reconocido a nivel internacional y nacional, establece limitaciones, como es el caso de las relaciones sexual entre adolescentes, por otro lado, otorga prerrogativas que permiten éste libre desarrollo, como es el caso de las contenidas en el artículo 46 del Código Civil, claro está bajo la condición de producirse el nacimiento de un hijo.

Se puede afirmar que esta libertad en la determinación sexual que se otorga a toda persona, no puede contener límites, más que los que sirvan de protección, no por ello, “los derechos sexuales implican la autodeterminación de la persona en la esfera propia de la sexualidad y de las relaciones personales. La misma abarca algunos temas aún

⁷⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, sentencia del expediente 2868-2004-AA/TC, emitida el 24 de noviembre del 2004.

considerados tabú para algunos sectores conservadores, tales como la libre orientación sexual y/o el placer sexual⁸⁰.

El Estado tiene como deber garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos que protegen a las y los adolescentes, entre ellos el derecho a la libertad sexual. Ello implica proveerles de una educación óptima, que les permita contar con información para decidir en todos los aspectos de su vida, más aún respecto de su sexualidad; que les provea de servicios de salud, donde puedan gozar de una atención diferenciada en salud sexual y reproductiva y puedan recibir orientación y consejería y accedan a métodos anticonceptivos, que les permita ejercer una sexualidad responsable y placentera; así como, también, contar con servicios de salud que les brinde atención oportuna y especializada en el caso de embarazos en adolescentes, considerados embarazos de riesgo y que, por tanto, requieren atención pronta y especializada.

En un contexto de globalización de información, en donde lo sexual ocupa un lugar importante en la vida cotidiana de las personas, los y las adolescentes no están fuera de ésta influencia, y aunque en el desarrollo y ejercicio de sus sexualidades se han generado cambios sustantivos que se expresan en las diversas facetas de su vida, es claro que se enfrentan a realidades que niegan y contradicen dichas expresiones, generando no sólo desencuentros entre adultos y adolescentes, sino afectando también su desarrollo y desenvolvimiento.

1.2. Indemnidad sexual de los adolescentes.

Por indemnidad se entiende “el derecho del menor de edad a desarrollar su sexualidad en forma natural y normal sin interferencia de hechos que por su naturaleza normal o desviada tengan la capacidad real o potencial para pervertir, corromper o impedir dicho desarrollo”⁸¹

Por otro lado se puede conceptualizar como: “como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su

⁸⁰ MELZI TAURO, Fiorella (2005) *Los Derechos Sexuales y Reproductivos, Derechos Humanos de las y los adolescentes*, Lima: Fondo de Población de las Naciones Unidas, p. 55

⁸¹ TOBAR SALAS, Juan Carlos (1999), *Violencia sexual*, Temuco: Universidad Católica, p.168

personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida”⁸²

Respecto de la indemnidad sexual se plantean dos posturas:

“1ª Postura ABSOLUTA O TRADICIONAL. Es la que sigue la Doctrina mayoritaria y se inclina por reconocer el derecho a no sufrir la interferencia de terceros en cuanto al bienestar psíquico y el normal y adecuado proceso de formación sexual de los menores e incapaces. Es una barrera infranqueable en la que debe primar la protección del menor. Pongamos el ejemplo del menor que tiene una relación sexual con otro menor y desde una ventana los están filmando sin saberlo. Lo que aquí se quiere proteger es el desconocimiento de los menores en el sentido de que no pueden ser fotografiados o filmados

2ª Postura RELATIVA. Aboga por un correcto proceso de formación de los menores e incapaces en materia sexual con el propósito de que una vez adultos puedan decidir en libertad su comportamiento sexual y no actúen como objetos sexuales de terceras personas, ya que estos actos pueden ocasionar graves daños traumáticos a las víctimas). Resumiendo este apartado podemos concluir diciendo que la protección incluye aquí dos bienes jurídicos, por un lado la libertad sexual propia de sujetos mayores y por otro, la indemnidad sexual para garantizar la protección de los menores e incapaces.⁸³

El concepto de indemnidad sexual es, sin embargo, uno sobre cuyos contenidos nunca ha existido acuerdo⁸⁴ y que posee, además, una preocupante tendencia a intercambiarse con otros términos que se pretenden, al menos en principio, semánticamente distintos.

Un claro precedente del término ahora legalmente acuñado es el de intangibilidad sexual, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, y llevada a nuestra legislación, en el año 2006, a raíz de la dación de la Ley 28704 y que expresaría una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se

⁸² CASTILLO ALVA, José Luis (2002), *Tratado de delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima: Gaceta, p. 245

⁸³ COLLAZO, Marisol (2006), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Universidad de Murcia, consulta en Internet: www.marisolcollazos.es, realizada el 20 de enero del 2012

⁸⁴ CUERDA ARNAU, María Luisa (2010), *Delitos contra la Libertad Sexual*, en Revista General de Derecho Penal, N°13, p. 216, consulta en Internet: www.dial.net.unirioja.es, realizada el 20 de diciembre del 2010

encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. Este concepto perdura en algunas posturas doctrinales que sostienen que en estos momentos existe un consenso cultural sobre la conveniencia de mantener a los menores de 14 años y a los incapaces libres de todo contacto con la sexualidad, opinión que se hace extensiva, aunque matizada en función de la edad o nivel de afectación psíquica, a los menores entre 14 y 18 años.

Este concepto, no obstante, se ha ido paulatinamente estimando, de un modo no del todo correcto, sinónimo del de indemnidad sexual⁸⁵, que es el que finalmente ha predominado. Con él se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificar los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incompreensión del comportamiento; en cuanto a los incapaces o mentalmente trastornados, el énfasis se coloca en las repercusiones negativas que tales contactos sexuales pueden tener en su normal proceso de socialización, dada su incapacidad para controlar los instintos y su fácil conversión en meros objetos sexuales para disfrute de otras personas.

El concepto ha registrado evoluciones ulteriores cuyo común denominador parece ser la preocupación por desvincularlo de interpretaciones que pudieran considerarse demasiado apegadas a ciertas concepciones éticas sobre lo sexualmente correcto. Es así como ha surgido un concepto que se reclama puramente negativo, el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad, con lo que se quiere dirigir la atención al hecho de que se produzcan intromisiones en el proceso de formación del menor, y no a la cualidad de éstas. En un sentido muy cercano se ha empezado a utilizar el término de bienestar psíquico.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Ob. Cit., p. 196-199

La posible alegación de que la inclusión de los menores de 14 años en las agresiones sexuales, o de los menores de 18 años, sólo pretende dar la debida relevancia a la agresión a su libertad genérica de obrar, habitualmente considerada en las coacciones y amenazas, que padecen con la violencia, intimidación, engaño, no puede eludir reconocer que tal libertad genérica de obrar se desenvuelve en todo caso en el ámbito de la sexualidad, por lo que es libertad sexual; y, si se persistiera en decir que es otro tipo de libertad, surge la pregunta de por qué se equipara el trato punitivo de esos atentados a una libertad que no tiene que ver con la sexualidad, al dispensado a la libertad sexual de los adultos⁸⁶.

En tal concepción, la indemnidad sexual sólo juega en los casos en los que se estima inexistente un derecho a la libertad sexual. Ambos valores jurídicos operan complementariamente en la protección de la misma parcela de tipicidad, pero siempre con autonomía conceptual, no siendo concebible su estimación conjunta como bienes vulnerados en el mismo supuesto de hecho.

Sin embargo, la indemnidad sexual, en sus estrictos y depurados términos, no hace alusión a ninguna facultad estatal en la imposición "garantista" de una concreta normatividad sexual. Indica literalmente una demarcación de determinada parcela bio-psico-social, como es la de la sexualidad humana, que el Estado deberá preservar de vulneraciones ilegítimas.

En tal sentido, puede afirmarse que, como punto de partida, el Estado está legitimado para intervenir cuando se lesiona la privacidad y la disponibilidad de la esfera sexual, pero la sustancia del amparo público, en el caso de la violencia sexual, es la defensa de la integridad e incolumidad de la esfera sexual. Si la vulneración de la libertad sexual opera como condición previa de intervención penal, es la agresión a la indemnidad sexual aquella que fundamenta básicamente dicha intervención.

En efecto, si de modo amplio, es la libre autodeterminación sexual de la víctima aquella esfera allanada por la conducta típica, sin embargo, de modo más específico y ajustando con más precisión el enfoque penal, el delito de violación afecta a una concreta esfera de inviolabilidad sexual (formalmente sustraíble a toda vulneración ilegítima) que atañe a la

⁸⁶ En realidad, los autores partidarios de prescindir del concepto de libertad sexual a la hora de explicar la punición de menores e incapaces con frecuencia razonan desde la perspectiva de aquel concepto.

intimidad e integridad biológica, la estabilidad psíquica y la dignidad personal en el marco de la sexualidad humana.

Sin embargo -como asimismo reconoce el autor en ocasión precedente- también el valor "libertad sexual", a su vez, es emanación de un bien jurídico más global, el de libertad personal, al cual, lejos de venir a excluir o desbancar, describe e ilustra puntualmente en el sentido de su proyección hacia un plano concreto como es el del albedrío sexual.

El sujeto pasivo de un delito contra la "indemnidad sexual", en tal sentido, se correspondería substantivamente con la noción de víctima como individuo sufriente, como receptor de la violencia sexual. La desintegración y el perjuicio de la víctima, mucho más tangible y sopesable de lo que generalmente se piensa, viene a ocupar una posición prioritaria y relevante, al revertirse el punto de mira en la discusión procesal.

La intangibilidad sexual implica una esfera protección más extensa y reforzada que la de la estricta indemnidad sexual. Tal bien jurídico determina una garantía penal de no sufrir perturbación sexual lesiva, en tanto aquél comprende en sus términos un derecho que pone al individuo "intangibile" a resguardo de cualquier implicación en una relación sexual, aun materialmente no lesiva, dañina o forzada, por parte de un tercero. La equiparación entre indemnidad e intangibilidad sexuales se opera a través de una presunción jurídica, con base en un juicio moral y técnico, ciertamente no pacífico en la actualidad, que estima genéricamente victimizante y lesiva toda implicación sexual bilateral del "intangibile".

1.3. Indemnidad sexual como bien jurídico.

Cuyo concepto es el de la "intangibilidad sexual" que se considera para determinados grupos de edad y en el derecho penal se basa en que "los menores no pueden ejercer jurídicamente su libertad sexual"⁸⁷ por lo que "su consentimiento no resulta ser jurídicamente válido"⁸⁸. El elevarse la edad de la indemnidad sexual a las personas menores de 18 años, ha dado como resultado que todas las relaciones sexuales que se produzcan con personas entre los 14 y 18 años constituyan delito de violación, es decir, a este grupo se le ha cancelado jurídicamente el derecho de ejercer su libertad sexual, no se le reconoce su capacidad de dar consentimiento si quiere o no tener relaciones sexuales, simplemente se prohíbe por ley.

⁸⁷ Proyecto de Ley N°207/2006-CR.

⁸⁸ Defensoría del Pueblo, Oficio N°003-2007-DP-ANA.

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

Al respecto podemos mencionar que los profesores profesor Bramont Arias y García Cantizano⁸⁹ refieren respecto del tema que hay comportamientos dentro de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de esa libertad. Se busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas.

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

En el Código Penal peruano dicha libertad se protege mediante los delitos de agresión sexual bajo violencia o amenaza (art. 170), violación con alevosía (art. 171), violación de persona en "incapacidad de resistir" (art. 172), violación con abuso de la relación de dependencia (art. 174), seducción (art. 175) y actos contra el pudor de persona de 14 o más años (art. 176).

En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque "sufre de anomalía síquica, grave alteración de la conciencia" o "retardo mental" (art. 172), o por su minoría de edad (Art. 173, 173-A y 176-A), 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 síquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria o, como

⁸⁹ BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO (1998) *Manual de Derecho Penal, parte especial*, cuarta edición, Lima: s/e, p. 124

sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca adquirirse. Si se desea mantener a tales personas lejos de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, en estricto no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual. legislación, pese a agrupar todos los ilícitos bajo la rúbrica "violación de la libertad sexual", regula diferencialmente los comportamientos que atacan la indemnidad sexual, estableciendo una protección más intensa debido a la mayor afectación individual en relación a los atentados contra la libertad sexual.

2. Reformas del Código Penal respecto a delitos relacionados con la sexualidad de los adolescentes

La entrada en vigencia del Código Penal de 1991, más allá de que, respecto a los delitos sexuales, mantuviera en gran medida figuras delictivas del código Penal de 1924, pretendió en alguna medida abandonar criterios de tipificación basados en ideas moralizantes, así como la reducción de la severidad de las penas que fueran el signo distintivo de la orientación político-criminal de las modificatorias del derogado cuerpo normativo.

- Código Penal de 1991, contemplaba las siguientes conductas delictivas atentatorias de la libertad y de la indemnidad sexuales: violación sexual (art. 170), violación sexual puesta en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171), violación sexual de persona en incapacidad de resistir (art. 172), violación sexual de menor de 14 años de edad (art.173), violación sexual bajo autoridad o vigilancia (art. 175), actos contra el pudor (art. 176) y violación sexual seguida de muerte o lesión grave (art. 177). Asimismo incorporo la obligación de prestar alimentación a la prole que resultare de estos actos y la exención de la pena debido al posterior matrimonio con la víctima (art.178).
- Ley N° 26293, del 14 de febrero de 1994, más allá de agravar las penas en delitos sexuales, estableció nuevas figuras típicas básicamente relacionadas con conductas en agravio de niños, niñas y adolescentes, como la violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (art. 173-A), actos contra el pudor en agravio de menores de 14 años (art. 176-A). e instituyó la obligación de

someter al condenado a un tratamiento terapéutico, previo examen psicológico (art. 178-A).

- Ley N° 26357, del 28 de septiembre de 1994, aumentó las penas para el delito de seducción.
- Ley N° 26770, del 15 de abril de 1997, restringió el ejercicio de la acción privada para estos delitos considerándolos como de acción pública y redujo el ámbito de aplicación de la exención de pena por matrimonio al delito de seducción.
- Decreto Legislativo N° 896, del 24 de mayo de 1998, incremento la penas para el delito de violación de menor de 14 años, hasta el máximo de cadena perpetua.
- Ley N° 27115 del 15 de mayo de 1999, suprimió la exoneración de la pena por matrimonio para todos los delitos sexuales.
- Ley N° 27459 de fecha 26 de mayo del 2001, incrementó las penas para los delitos de actos contra el pudor en agravio de menores de 14 años (art.176-A) y exhibiciones y publicaciones obscenas (art. 183) e introdujo la conducta típica de pornografía infantil (art. 183-A).
- Ley N° 27472, del 5 de junio del 2001, rebajó las penas para el supuesto violación de menores de 14 años (art. 173), y sus agravantes (art. 173-A) y por último dispuso la adecuación de las penas en el caso de las sentencia emitidas bajo la vigencia del Decreto Legislativo. N° 896, que imponía penas más severas, incluida la cadena perpetua.
- Ley N° 27507, que restableció el texto de los artículos 173 y 173-A (violación de menor de 14 años de edad) en los mismos términos, incluida la pena de cadena perpetua. Esta disposición redujo en al ámbito penitenciario la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios al ampliar la proporción de días para la redención de pena por el trabajo de dos a cinco días por un día para el delito de violación de menor de 14 años, y prohibió el indulto y los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para los condenados por este mismo delito.
- Ley N° 28251, de fecha 7 de junio del 2004, que modifico sustancialmente la estructura típica de los delitos sexuales al regular con mayor precisión y respeto al principio de taxatividad los actos sexuales y análogos. Se incluyo dentro de los actos sexuales no solo el coito vaginal, sino el anal y bucal y, dentro de los actos análogos, la introducción de objetos y partes del cuerpo en la vagina o el ano. Asimismo amplio las agravantes para la violación sexual bajo amenaza o violencia,

incorporando entre otras la realizada en agravio de víctimas que cuentan entre 14 y menos de 18 años (art.170), y la violación de persona en incapacidad de resistir (art.171). En las figuras de violación de persona en incapacidad de resistir (Art. 172), y seducción (art.175), incremento las penas, incorporando un agravante en el primer caso (...) por último incorporo al Código Penal las figuras de usuario-cliente en el caso de prostitución de niños, niñas, adolescentes (art. 179-A), Turismo sexual infantil (art. 181-A) y publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores de edad (art.182-A).

- Ley N° 28704, de 5 de abril del 2006, que elevó las penas para los delitos de violación sexual (art. 170), violación de persona puesta en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 173) y violación sexual de persona bajo autoridad o vigilancia (art.174), reemplazando, en el primer caso, la agravante respecto de la víctima mayor de 14 y menor de 18 años por el de docente o auxiliar de educación de centro educativo.

Ley N° 28704, se ha introducido la reforma más importante, en la ampliación del ámbito de protección de la indemnidad sexual hasta de los 18 años.

Como se aprecia en este recuento, algunos autores coinciden, en señalar que las diversas reformas o modificaciones legislativas se han caracterizado esencialmente por la exasperación punitiva, es decir, básicamente por el incremento de la consecuencia jurídica: aumento de la pena, y reducción o exclusión de los beneficios penitenciarios que solo en apariencia habría determinado una mayor protección de los bienes jurídicos en riesgo deviniendo en una utilización meramente simbólica del derecho penal⁹⁰.

2.1. Bien jurídico tutelado.

“En la mayoría de los Códigos penales, hasta el Código Penal peruano de 1924, el bien jurídico tutelado era el **“honor Sexual”**. Tal postulación sistemática del bien objeto de protección, se encontraba germinada de contenidos moralizantes contrario a los postulados legitimadores de un Derecho penal liberal inspirado en una real democracia ofrece a los ciudadanos la facultad de orientar su vida, sus sentimientos y

⁹⁰ La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes, Informe Defensorial n° 126, paginas, 70-75, consultado en Internet: www.defensoria.gob.pe, realizada el día 15 de enero del 2011.

sus aspiraciones de acuerdo a sus propias expectativas, deviniendo en improcedente e incongruente cualquier injerencia por parte del Estado en dicha esfera de libertad del ciudadano.

Con el Código penal de 1991, la titulación cambia y, pasa a denominarse: “delitos contra la **Libertad Sexual**”, es decir, el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse sexualmente y el de rechazar la intromisión de dicha esfera a terceras personas cuando no medie consentimiento”⁹¹.

“Se ha precisado que la libertad sexual, en tanto manifestación del derecho a la libertad personal supone, por un lado, la libre disposición del cuerpo y sus capacidades sexuales (aspecto positivo) y, por otro, la posibilidad de no ejecutar o tomar parte en actos sexuales en los que no desea intervenir o impuestos por terceros (aspecto negativo).

Desde la perspectiva del derecho penal, la libertad sexual es protegida en su aspecto negativo esencialmente, esto es en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado y en ningún caso frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual consentido con otra persona o en solitario (libertad sexual positiva)⁹²

⁹¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*, Editorial Moreno S.A, 2007, paginas 21,22.

⁹² DIEZ RIPOLES, José Luís, *Comentarios al Código Penal*, parte Especial II, Valencia 2004, pagina 224.

CUADRO RESUMEN

Art. 173 Decreto Legislativo 635 08-04-1991	Protección inciso 3: 10 a 14 años. Sanción no menor de 5 años ppl
Art. 1 de la Ley N° 26293 14-02-1994	Protección inciso 3: 10 a 14 años Sanción de 10 a 15 años ppl
Art. 1 del D.Leg. 896 24-05-1998	Protección inciso 3: 10 a 14 años Sanción de 20 a 25 años ppl
Art. 1 de la Ley N° 27472 05-06-2001	Protección inciso 3: 10 a 14 años Sanción de 10 a 15 años ppl
Art. 1 de la Ley 27507 13-07-2001	Protección inciso 3: 10 a 14 años Sanción de 20 a 25 años ppl
Art. 1 de la Ley 28251 08-06-2004	Protección inciso 3: 10 a 14 años Sanción de 20 a 25 años ppl
Art. 1 de la Ley 28704 05-04-2006	Protección inciso 3: 10 a 18 años Sanción de 25 a 30 años ppl

FUENTE: Elaboración Propia

3. Regulación de la edad penal

Dentro de la legislación nacional se encuentra lo regulado por:

- La Constitución Política de 1993
- El Código de los Niños y Adolescentes, Decreto Ley N° 26102 del 28 de diciembre de 1992.
- La Convención sobre los derechos del Niño y del Adolescente.
- Código Penal.

De lo establecido en el artículo 183 del Código de los niños y adolescentes, se infiere que la infracción penal (la referida a los menores de 18 años) es el hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal.

También la Convención recomienda que se establezca una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Así en el ámbito internacional el límite oscila entre los 12 y 14 años ya que por diversas razones se considera que esta es una edad apropiada donde se puede responsabilizar penalmente a un niño o adolescente. En nuestro país se ha establecido esta edad en los 14 años, así el artículo 183 del Código de los niños y adolescentes establece "se considera adolescente

infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o participe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal. (...)

- Responsabilidad de los adolescentes: debemos tener en cuenta que estamos frente a una persona, un sujeto de derecho, que no ha completado su proceso de desarrollo tanto físico, psicológico, cultural, emocional y relacional, pero no frente a un sujeto incapaz y absolutamente irresponsable. (...) es incongruente pensar que un adolescente de 17 años sea totalmente irresponsable y que otro de 18 sea responsable absolutamente⁹³

En su artículo 21, el Código Penal señala dos tipos de imputabilidad:

- a. Imputabilidad restringida entre los 18 y 21 años, así como a partir de los 65 años.
- b. Imputabilidad plena, entre los 18 y 65 años de edad

En el caso de la imputabilidad restringida, si bien se atenúa la pena, no es diferente al tratamiento de los adultos. En ese sentido, los 18 años es la edad que separa la imputabilidad de la inimputabilidad en materia penal.

A las personas entre 14 y 18 años, adolescentes en términos del CNA, que realicen algún acto tipificado en el Código Penal, se les considera como infractores, pasibles de ser sometidos a un proceso ante el Juez de Familia y sujetos a una medida de protección.

Las personas menores de 14 años que hubieran realizado un acto tipificado como delito, son pasibles de medidas de protección previstas, lo mismo que en el caso de los adolescentes que hubieran sido declarados en abandono.

La legislación diferencia claramente el caso de un adolescente infractor y de un niño, estableciendo un mínimo debajo del cual no se le puede responsabilizar por su actuación. Tampoco se puede responsabilizar a los menores en estado de abandono, cuando se encuentren en circunstancias que hacen necesaria la intervención del Estado no para rehabilitarlos, sino para otorgarles servicios adecuados para su desarrollo personal (Artículo 265 del Código de los Niños y Adolescentes).

⁹³ AQUIZE CACERES, Rocío del Milagro, *El Debido Proceso En La Investigación Y Juzgamiento Por Infracción Penal Establecido En El Código De Los Niños Y Adolescentes En El Primer Juzgado De Familia De Arequipa* en el año 2002, tesis para optar el grado académico de Magíster en derecho de familia, arequipa, 2004, paginas, 77,78.

**EDADES EN LAS QUE LAS MENORES PUEDEN ACCEDER LIBREMENTE A
RELACIONES SEXUALES PERMITIDAS POR LEY⁹⁴**

PAÍS	EDAD POR AÑOS
Brasil	14
Puerto Rico	14
Paraguay	14
Colombia	14
Ecuador	14
El Salvador	14
Costa Rica	12
Cuba	12
Honduras	12
Guatemala	12
Chile	12
México	12
Venezuela	12
PERÚ	18 AÑOS

FUENTE: Promsex, 2008

⁹⁴ DADOR, Jennie, Corrían los tiempos del siglo XXI, cuando el sexo entre adolescentes se hizo delito, documento en Internet, www.manuela.org.pe, consulta realizada el 16 de julio del 2011

4. Análisis de la Ley 28704.

Ley N° 28704 (Ley de violencia sexual), aprobada en abril de 2006, mediante la cual, se modifican los artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual, tanto en su contenido, como en su penalización. Particularmente, la modificatoria del artículo 173° de dicho Código, genera alta preocupación en la comunidad defensora de los derechos sexuales y reproductivos y en los profesionales de salud que trabaja con adolescentes, porque tipifica como un delito de violación sexual todo tipo de relaciones sexuales que se realicen con menores de 18 años, sean estas consentidas o no por parte de las /os mismos adolescentes. Previa a esta modificación, la Ley reconocía como violación sexual, a las relaciones sexuales que se producían con menores de 14 años. Con la modificatoria, las relaciones sexuales con personas menores de 18 años y mayores de 14 años, se castiga con una pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de la libertad.

Así la modificatoria establece lo siguiente:

Art. 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, ser reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: inc. 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.

Ésta última modificatoria, ha significado paradójicamente lo siguiente: que el acto sexual (acceso carnal sexual) con persona mayor de 14 años y menor de 18 años, sin mediar violencia física y/o amenaza grave sea penalizado con una pena no menor de 25 años y no mayor de 30 años, lo que todas luces manifiesta una grave incoherencia penológica entre ambos supuestos delictivos, pues el acto sexual que se realice mediante violencia grave recibirá una menor pena, que aquel acto sexual que se ha realizado con consentimiento de las partes, máxime como expresión de un sentimiento compartido, todo lo cual afecta de forma considerable los principios de culpabilidad, proporcionalidad y ofensividad, y por supuesto, el de humanidad de las penas, pues la sanción punitiva no

puede resultar atentatorio a los derechos fundamentales de los individuos. Es que el libre ejercicio de la sexualidad, es un derecho humano de primera línea. Política penal absurda, que solo encuentra asidero, en un legislador que solo quiere colmar o dígase tranquilizar a las galerías, ante hechos de grave conmoción social, a fin de aplacar las demandas de los abanderados de la moralidad colectiva (grupos mediáticos de presión), sin atenderse a las graves consecuencias que dicha orientación normativa puede provocar el ámbito de libertad ciudadana, la pena no puede constituir un mal mas allá de la propia reclusión , en este caso puede constituir un verdadero drama familiar⁹⁵.

El derecho penal debía de recoger una realidad sociológica a fin de delimitar el ámbito de lo punible, en orden a estimar un consentimiento valido. De tal manera que el criterio cronológico no podía ser el mismo que el derecho privado: los 18 años como capacidad de goce y de ejercicio- no puede sostener de ninguna manera la capacidad de libertad sexual de los individuos, pues, ingresarían al ámbito de lo punible conductas socialmente adecuadas. El despertar sexual no puede ser equiparado con la capacidad contractual o con el derecho al voto, pues, el primero es el manifiesto primario de una actividad inherente a la persona humana.⁹⁶

Ahora bien, la reforma producida por la Ley N° 28704 encuentra su mas alto nivel de funcionalización de utilización política y simbólica del Derecho Penal, con la modificación que se produce en el artículo 173, en la medida, que el inciso 3) penaliza el acceso carnal que se realiza sobre una “víctima” que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho años. A partir de esta modificación normativa los mayores de 14 años y menores de 18 años, ya no poseen capacidad de consentimiento. Por consiguiente se quiebra la sistemática del bien jurídico tutelado, despojándose de libertad a quienes la esfera social les había reconocido dicha facultad. Dicho en otras palabras: el afán criminalizador del legislador, influenciado por los grupos mediáticos de presión de la sociedad, ha significado un adelantamiento injustificado e ilegítimo de las barreras de intervención del derecho penal, vulnerando las bases democráticas que orientan la

⁹⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, (2007) *Delitos Contra La Libertad E Intangibilidad Sexual*, derecho penal, parte especial, Lima:, IDEMSA, p. 146,147.

⁹⁶ RODRÍGUEZ ZANABRIA, Vladimir (s/f), Limite del lus Punendia basado en el ser humano, Academia de Ciencias Penales de América Latina, consulta realizada el 23 de agosto del 2011: www.iuspenalismo.com.arg

estructura hermenéutica y teleológica del bien jurídico, que socavan la libertad como piedra angular del ser humano⁹⁷.

Castillo Alva dice: se ha roto y quebrado de un tajo la tradicional e histórica regulación del abuso sexual de menores que desde antaño- véase a título de ejemplo el CP de 1924- mantenía como límite los catorce (14) años, edad que estimaba como suficiente para permitir el inicio de la sexualidad de las personas ya sea varones o mujeres. Hoy por el imperio de la nueva ley se ha elevado drásticamente los límites del abuso sexual hasta los dieciocho años.⁹⁸

“Este dispositivo peca de SOBREPENALIZAR, una conducta que de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y peor aún, atenta contra lo usual, lo cotidiano, lo que realmente se da, se ha dado y se viene dando, en el sentido de que los jóvenes en edad de madurez fisiológica, tengan trato carnal de acuerdo a su inclinación sexual. Así, una jovencita de 17 años de edad con un joven de 18 años, a través de este precepto están terminantemente prohibidos de tener trato sexual, pues la pena privativa de libertad esta entre los 25 y 30 años. El problema es que el legislador olvida que una menor de 17 años, si bien es cierto, aun no tiene el libre ejercicio de la libertad sexual, sin embargo ya ostenta un poder de determinación con respecto a dicho bien jurídico, estando pues en una suerte de tránsito entre la indemnidad y la libertad sexual, concebido como el derecho a decidir, elegir y disfrutar el ejercicio de la sexualidad, como medio de desarrollo y afirmación personal. Considero que como agravante del Art. 170 del Código Penal estaba bien, pues tener trato sexual con una persona entre 14 y menor de 18, con violencia o grave amenaza, debe ser un hecho a toda luz reprochable, sin embargo dicha agravante se deroga con la salida de este artículo”.⁹⁹

En el caso de los delitos sexuales, la reforma producida por la Ley N° 28704, ha significado despojo del derecho sexual a los mayores de 14 y menores de 18 años, a pesar de que dichas relaciones se configuran en un ámbito de libertad y de pleno consentimiento por las partes; lo cual ha implicado el mayor nivel de “irracionalidad legislativa”, derivada del “populismo penal”, desprovisto de cualquier sustentación teórica, pues lo único que importa es cautivar al electorado, en la medida, que ante situaciones de violencia in extremo, la reacción ciudadana es eminentemente de vindicta publica, en

⁹⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit., pp, 190-192.

⁹⁸ CASTILLO ALVA, J. L., *La Muerte De La Sexualidad En Los Adolescentes*. La ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador, en: Actualidad Jurídica, Tomo 149, abril del 2006, Gaceta Jurídica, pagina, 14.

⁹⁹ el olvido del consentimiento como causa de atipicidad en las prácticas sexuales con personas entre catorce y menores de dieciocho, www.derechopenalonline.com/derecho.php, revisado el 15 de abril del 2010.

tanto en el ciudadano medio no cala una pizca racionalidad legislativa, pues de recibo no son personas conocedoras del Derecho y, aunque lo fuesen, de seguro que acomodarían el discurso a los sectores más duros, a fin de no desencajar, y no ser considerado como un apañador de la criminalidad; lo que a todas luces no es así.

De tal forma que un legislador serio y en realidad responsable de su tarea criminalizadora, puede legislar en sintonía con las mayorías, sino con la razón que se desprende de los mandatos de Derecho penal en un Estado Social y Democrático de derecho, de no ser así, se convierte en mero operador de ideologías de ultranza, de posiciones sociales de coyuntura, un mero alquimista de posturas vindicativas-. Recoger las demandas punitivas de una población sumida en el odio y la venganza. Convierte a la democracia en una tiranía, y al Derecho Penal en un instrumento catalizador de cualquier tipo de demanda social por mas irracional que esta sea.

Ahora bien el código civil, en lo que refiere al acto jurídico y a la sociedad conyugal, ha establecido-vía excepción –que el juez puede dispensar del impedimento por minoría de edad, a los adolescentes que tengan como mínimo 16 años cumplidos y manifiestamente expresen su voluntad de casarse, de común idea con los prescrito en el artículo 43º (in fine); mientras que el artículo 244º del mismo cuerpo de normas, permite a los menores de edad contraer matrimonio con el asentimiento expreso de sus padres. Paradójicamente, mientras el Derecho Penal priva al adolescente del derecho a autodeterminarse sexualmente, el Derecho Privado le da la autorización para casarse, es decir, reconoce un derecho de convivencia, que importa la unión sexual entre los contrayentes. Dicho de forma paradigmática: El orden civil permite a los adolescentes contraer matrimonio, y el Derecho penal priva de su libertad al adulto que ha sido unido en nupcias con una menor de edad por el Registro Civil. Entonces luego de la ceremonia, al contrayente le espera no el viaje de luna de miel, sino una estadía en prisión, siempre u cuando se haya producido el acceso carnal. ¿Podemos decir entonces, que la Ley Nº 28704 deroga los dispositivos legales antes mencionados?, primero, porque de seguro esa no fue la ratio del legislador, éste pensó únicamente en el aspecto punitivo; segundo, porque no necesariamente en el matrimonio deba producirse la cópula sexual, puede que su celebración obedezca sólo a intereses familiares de otra índole¹⁰⁰.

¹⁰⁰PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit. pp. 432-433.

“El ejercicio del poder punitivo, se ha vuelto tan irracional que no tolera siquiera un discurso académico rastrero, o sea que no tiene discurso, pues se reduce a mera publicidad”¹⁰¹

“Para que una conducta sea susceptible de pena además de que sea inmoral, debe poseer una aptitud de lesión a un bien jurídico concreto, esto es, debe desenmascarse una ofensividad social, que haga de dicha conducta, una “insostenible” para el libre goce y disfrute de los bienes jurídicos elementales”¹⁰²”

CASTILLO ALVA¹⁰³, refiere que debe haber una necesidad e idoneidad de la Ley y señala que para la tutela penal de un bien jurídico esta debe cumplir con las exigencias de idoneidad y necesidad, que implica el convencimiento razonable de que la adopción de tales medidas mejorará la protección del bien jurídico, lo cual era ilusorio porque los impulsos hormonales no se puede cohibir por medio de instrumentos jurídico penales, para ello existen otras formas de control social, como es la educación o instrucción pública, si bien no soluciona el problema definitivamente, se ha comprobado que el nivel educativo repercute en el comienzo de la sexualidad temprana o atenúa sus riesgos como los embarazos precoces, muestra de ello es una investigación efectuada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI):

La ausencia de bajos niveles de educación inherente a las condiciones de pobreza extrema, es uno de los factores subyacentes de la fecundidad precoz en el Perú. Las adolescentes con bajo nivel educativo están en mayor riesgo de convertirse en madres precoces, que sus pares con niveles educativos más altos, tanto en medio urbano como en medio rural. Según los datos de la encuesta, sólo la educación superior, grado que no todas las mujeres alcanzan, "protege" en mayor medida contra la fecundidad precoz. Mientras mayor sea el nivel educativo, menor es el riesgo de embarazo precoz. Ello puede estar ligado al hecho que las mujeres con estos niveles de educación tienen un proyecto de vida que las sustrae del matrimonio por un largo período siendo en

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006), *El Enemigo En Derecho Penal*, Buenos Aires: EDIAR, p, 76.

¹⁰² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit., p. 340

¹⁰³ CASTILLO ALVA, Ob. Cit., p 16

consecuencia menos proclives a la fecundidad precoz. Tendencia de la Fecundidad Adolescente y Situación Socioeconómica de las Madres Adolescentes¹⁰⁴

Los puntos en los que se han centrado aquellos que sostienen que los adolescentes no pueden tener capacidad para otorgar consentimiento sexual, se basan en tres puntos:

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

Para analizar dichos planteamiento debemos respaldarnos en datos concretos, objetivos, y no en meras suposiciones ni especulaciones. De los datos presentados en el capítulo primero de la presente investigación, es evidente que los adolescentes inician sus relaciones sexuales a partir de los 13 o 14 años y que por tanto requieren ser orientados y la norma en cuestión lo único que ha logrado es poner barreras incluso en las atenciones médicas que puedan recibir poniendo en grave riesgo su salud.

El segundo argumento planteado por los que se oponen a la Ley de Consentimiento Sexual se refiere a la incapacidad de decisión de los adolescentes porque pueden ceder fácilmente a la presión de los adultos. Este punto ciertamente es polémico y quiénes deberían tomar la decisión son los padres de familia, más que los adolescentes. No olvidemos que entre los 14 y 18 años los adolescentes están bajo la tutela sus padres.

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

¹⁰⁴CASTILLO ALVA, José Luís (2002) *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Lima:: Gaceta, p. 21.

Coincidimos en que muchas veces los adolescentes no están listos por diversas razones y por ello son los padres quienes deben decidir y dar su visto bueno o no. Pero el tema no es tan simple porque además de la decisión paterna a favor o en contra, es que sobre este tema ningún adolescente consulta a sus padres sobre si tener o no relaciones sexuales, ello se da en un momento determinado y punto, y lo que si es un hecho que se sigue pasando por alto es la carencia de programas nacionales de formación y orientación sexual para que los adolescentes sepan cómo encaminar su vida sexual.

En tercer lugar, el planteamiento que equipara las relaciones sexuales adolescentes con la drogadicción o la delincuencia es sólo otra versión del puritanismo sexual, aquella visión que considera que el sexo y las relaciones sexuales son algo sucio e impuro. No es casual que los grupos conservadores religiosos vean el sexo como la fuente de pecado y degradación moral. Ciertamente se trata de una visión que ha perdido fuerza con el paso de los años, pero que en una sociedad como la nuestra, donde la hipocresía sexual se ha convertido en un deporte nacional, este puritanismo sexual rápidamente encuentra seguidores.

Para terminar, recordemos lo siguiente: así como solemos enterrar a las personas muertas, de la misma forma debemos enterrar concepciones puritanas y normas legales que en algún momento pueden haber tenido un propósito real, pero que en la actualidad sobreviven gracias al dogma, el prejuicio y la ignorancia¹⁰⁵

Contradicciones de la Ley con el ordenamiento nacional:

- a) En el artículo 241 del CC, los y las adolescentes pueden contraer matrimonio a partir de los 16 años, sin embargo con la dación de la Ley 28704, sólo podrían mantener relaciones sexuales a partir de los 18 años para no cometer delito;
- b) En el art. 46, se reconoce capacidades especiales a las menores de 14 años, por razón de la maternidad, a fin de poder demandar alimentos, filiación de sus hijos, tenencia, derechos que son limitados ya que al iniciar un proceso de ésta naturaleza, se evidenciaría el “delito de violación” del padre biológico.

¹⁰⁵ VILCHEZ ROMAN, Carlos, Organización por la Defensa de la Libertad Sexual (ORDELISE) http://www.ordelise.org/index.php?option=com_content&task=view&id=3&Itemid=41, Revisado el 12 de abril del 2010.

- c) La Norma Técnica de Planificación Familiar (Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM) señala que los/as adolescentes están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos. Sin embargo, estos servicios no podrán ser provistos dado que actualmente se considera que la práctica sexual de los/as adolescentes es una violación el artículo 30° de la Ley General de Salud obliga a los/as proveedores a denunciarla.
- d) La ilegalidad alcanzaría a lo contemplado en el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2011-2021, que establece el acceso de los/as adolescentes a servicios de planificación familiar y programas de paternidad responsable.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue suscrito ratificado por el Perú en 1978. Según el párrafo 23 de la Observación General 14, titulada El disfrute del más alto nivel posible de salud: “El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva”.

5. Jurisprudencia y acuerdos plenarios.

La Consulta N° 2224-2007 que realizara la Corte Superior de Justicia de la ciudad de Arequipa a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha Lima, veinte de noviembre del 2007, ha dejado establecido sus diferentes partes que:

TERCERO: La Sala Superior ha determinado que la ley 28704 que modifica el artículo 173 del Código Penal vulnera los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado), derecho a la libertad (Artículo 2 inc. 1 de la Constitución Política del Estado), derecho a la libertad Art. 2 inciso 24 literal d de la Constitución política de 1993)

CUARTO: (...) las personas pueden disponer de su vida sexual sin interferencia del Estado, mientras no perjudique a los demás, o si bien es cierto el Derecho Penal, mediante la ley 28704, establece una sanción para quien comete el acto sexual con menor de edad, dicha norma se contraponen 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 edad de dieciséis años en adelante.

QUINTO: (...) si entendemos que la edad en la que se comete el hecho es a los diecisiete años que existe normatividad en el Orden Civil que permite el matrimonio entre los mayores de dieciséis años y que la Constitución Política del Estado garantiza el derecho a la libertad de las personas, entendiéndose que un menor de dieciséis años en adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, y al castigarse dicha conducta se estaría vulnerando el derecho a la libertad de las personas previsto en la Constitución Política del Estado. (...)

En consecuencia se declara inaplicable para el caso concreto (...)

Con lo que se demuestra, que la norma sustantiva vía interpretación, lo que hace es conjugar los derechos de los adolescentes en su protección, con las sanciones que establece, cuando se afecta los derechos de libre disposición sexual de los adolescentes.

5.1. Los acuerdos plenarios como reguladores del derecho a la libertad sexual de las adolescentes.

5.1.1. Acuerdo plenario N° 7-2007/CJ-116

En uno de los Plenos Jurisdiccionales de las Salas Penales Permanente y transitoria, el dieciséis de noviembre del dos mil siete, los vocales penales de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han dado un alcance interpretativo, en lo que respecta al delito de Violación Sexual, tipificado en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, y modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena, acuerdo que nos va a permitir, mediante sus fundamentos jurídicos, dar un alcance de mayor precisión en el tratamiento de la Influencia del consentimiento de las víctimas, por el delito de la indemnidad sexual, en la determinación judicial de la pena, con ese objeto, se hace necesario describir los fundamentos jurídicos del presente acuerdo plenario, para posteriormente, analizarlos en función al presente trabajo de investigación.

Fundamentos jurídicos que se esgrimen del acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116

PRIMERO: Se realiza una precisión diferencial entre los demás artículos relacionados con el delito de indemnidad sexual, en el que destaca la incorporación de una prohibición y una penalidad excesiva, en relación con otros delitos similares, los mismos que son apreciables en el siguiente cuadro:

DELITO	CARACTERÍSTICA
Artículo 176 A	Considera atípica la realización de tales actos, si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad.
Artículo 179 A	Se reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años al que mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años.
Artículo 175	Sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años.”

FUENTE: Datos obtenidos del Código penal

SEGUNDO: Se hace mención al principio de proporcionalidad o de prohibición, el mismo que fuera incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal. Por otro lado, se indica que es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que informan.

Indicándonos, que se hace necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, y al perjuicio que con el delito se inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social.

TERCERO: De igual manera, se establece que para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal, el órgano jurisdiccional debe considerar, también la concurrencia en el caso sub iudice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

- a. Que la diferencia etárea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva
- b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente
- c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
- d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Por otro lado, se hace una precisión al determinarse que si se asume como corresponde la plena vigencia de los artículos 44¹⁰⁶, 46¹⁰⁷ y 241¹⁰⁸ del C.C. se concluye que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el "artículo 20 inciso 10"¹⁰⁹ del Código Penal, en donde se regula la institución del consentimiento¹¹⁰, al punto que a ley civil autoriza a que el menor pueda casarse; Sin embargo, se hace una atinencia al indicarse que, si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175 y 179 A del Código Penal.

Como podrá advertirse, en el presente acuerdo plenario, desarrolla una delimitación funcional al consentimiento, desde una conjugación sistémica de derechos, esto es correlacionando lo descrito por el Código Civil y el código penal, manteniendo como base la edad de los dieciséis años; y por otro lado, establece factores complementarios, pero para la atenuación de la pena, sin entrar a detalle sobre el factor condicionante de

¹⁰⁶ Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

¹⁰⁷ La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

¹⁰⁸ No pueden contraer matrimonio: Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse."

¹⁰⁹ Está exento de responsabilidad penal: 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

¹¹⁰ Justamente en este ángulo de precisión normativa, se manifiesta la libre disposición de la libertad sexual

relación con el consentimiento; además, la falta del establecimiento concreto de criterios condicionantes para la determinación del consentimiento, que sirvan como factor para la determinación judicial de la pena. Que, sin embargo, cuando en el acuerdo plenario se esboza que es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, nos ayuda a orientar la demostración de la hipótesis planteada en la presente investigación, en función al daño presente y futuro que se cause en la víctima, para así poder determinar la influencia de consentimiento en la determinación judicial de la pena.

5.1.2. IV Pleno jurisdiccional de las Salas Penales permanentes, transitorios y especial: Acuerdo plenario N° 4-2008/CJ-116

a. Antecedentes

El presente Pleno Jurisdiccional, fue dado el dieciocho de Julio del Dos Mil Ocho, a efectos de regular la aplicación del artículo 173 Inciso 3ro del Código Penal, por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, entre otros, a la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciocho años, y lo referente al fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena, tomando como referencia Ejecutorias Supremas, y al Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre del dos mil siete. Acuerdo que se le decreto carácter de precedente vinculante.

b. Fundamentos Jurídicos

En el punto sexto, se establece si es menester analizar si la libertad sexual, o en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, o si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien. Y dado, que el Acuerdo Plenario del 2007, no reflejaba la realidad respecto al inicio de las relaciones sexuales consentidas por parte de las adolescentes, trajo como consecuencia, que en este Pleno se considerara pertinente ampliar hasta la edad de catorce años, pero, la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescente, y, en tal sentido carece de trascendencia la diferencia de edades o el vínculo sentimental, que exista entre ellos, en tanto y en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño, es decir, con la existencia de un consentimiento válido, dejando a los

Magistrados de los diferentes distritos judiciales, interpretar la existencia de un consentimiento válido, el cual puede ser entendido como aquel que carece de violencia.

El derecho a la libertad se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre Derechos del Niño, entre otros. Asimismo, se encuentra reconocido en el Artículo 2 de nuestra Constitución que establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales (Artículo 2-24).

La libertad sexual es un componente de la libertad individual o personal que puede ser definida como “el poder de autodeterminación en función de la libertad de hacer en el campo de la sexualidad”. Este derecho tiene un sentido positivo y uno negativo, y ambos deben ser entendidos de manera complementaria. El primero de ellos está relacionado “con la capacidad de hacer y aceptar las propuestas que se prefieran”; mientras que el segundo está relacionado con la capacidad de rechazar las propuestas no deseadas .

Sin embargo, no todas las personas tienen la capacidad de ejercer dicha libertad siendo el ordenamiento jurídico el que establece a quiénes se les reconoce dicha disposición. El factor decisivo para el goce de este derecho es la edad, que a lo largo de nuestra historia normativa fue fijada en 14 años. Es decir, a partir de los 14 años se entendía que las personas eran libres y responsables para decidir sobre el ejercicio de su sexualidad. Así, lo precisaban el primer Código Penal Peruano de 1863, el posterior Código de 1924, y así también lo entendió el artículo 173° del 345 Código de 1991 y sus diversas modificatorias, hasta antes de la expedición de la Ley N° 28704.

5.1.3.- Acuerdo Plenario N°1-2011/CJ-116: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad Sexual

El Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 gira en torno a cuatro problemáticas fundamentales, las cuales tienen como fuente principal, las Reglas N° 70 y 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, señaladas a continuación:

Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar:

1. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
2. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
3. Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
4. Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

II. Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

III. Que no es causal de absolución la denominada “declaración única” y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas. IV. Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física. Una vez mencionados las bases del presente acuerdo plenario se puede proceder a analizar brevemente uno a uno los problemas planteados en el mismo.

En cuanto a la resistencia de la víctima: Se concluye que el delito se configura con la sola 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 del ilícito penal. Este tema se encuentra relacionado a la libertad sexual de consentimiento de las relaciones sexuales, que en el caso de los adolescentes se aplicaría tal cual, teniendo en cuenta que a nivel internacional y nacional se les reconoce dicho derecho, además debemos entender que el Derecho no puede dejar de lado la realidad, en la que claramente se aprecia que el inicio de las relaciones sexuales entre y con adolescentes es entre los 14 y 15 años.

En cuanto a la declaración contradictoria de la víctima: Respecto a esta situación, se ha establecido que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia por parte de un mismo sujeto procesal, es posible

hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Este criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima. Por ejemplo, aquel conviviente que abusa sexualmente a su pareja, ésta en un primer momento lo señala como su agresor sin embargo al transcurrir un par de meses decide retractarse al presentarse en ella sentimientos de culpa.

En el caso de los adolescentes, se presenta el problema de la coacción por parte de los padres, los cuáles al enterarse de las relaciones sexuales, en un primer momento denuncian al enamorado y/o conviviente, haciendo parecer la existencia de una “violación” aduciendo que no existía consentimiento por parte de la víctima, para posteriormente aceptar que, efectivamente, las relaciones sexuales fueron consentidas. Somos de la opinión que, en estos casos, se debe valorar cada situación en particular, teniendo en cuenta la especial situación de los adolescentes, en cuanto al reconocimiento de sus derechos sexuales.

En cuanto a la prueba: En el presente punto, el juez al ser soberano en la apreciación de la prueba, atenderá en específico las particularidades de cada uno de los casos con el fin de establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o de un testigo, y la adecuará a la forma y circunstancia en que el abuso sexual se produjo.

5.1.4.- Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116: Reconducción del delito de Abuso Sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menos de 18 años de edad, al artículo 170° del Código Penal”

El presente acuerdo plenario, en atención a la modificación introducida por la Ley N° 28251 en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal y en base a los criterios de interpretación vinculantes establecidos desde su entrada en vigor por los acuerdos plenarios N° 07-2007/CJ-116 y 4-2008/CJ-116, ha tomado postura en relación al tipo penal aplicable en los supuestos de acometimiento sexual abusivo en agravio de adolescentes cuyas edades oscilan entre 14 y 18 años. Es decir, ha identificado el marco

punitivo aplicable a los casos en que para la realización del acceso carnal no consentido media el recurso a la violencia o amenaza grave, al margen de los demás supuestos de violación presunta o por prevalimiento consagrados en el Título IV Delitos Contra la Libertad, Capítulo IX Delitos contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991.

En tal sentido, el análisis se circunscribió a los supuestos de hecho contenidos en el artículo 170º y 173º.3 del Código Penal. Dado que, en la evaluación de los elementos del tipo objetivo, en el primer caso se precisa con claridad el recurso a la violencia o intimidación grave, mientras que en el segundo se consagra la escala etárea referida para ese tipo de injustos (14-18 años). Al respecto, es preciso subrayar que a criterio de la Corte Suprema la decisión sobre el tipo penal aplicable fluye a partir de la finalidad de la norma u objeto de protección, esto es, del bien jurídico protegido.

No obstante ello, el camino recorrido por el legislador en materia de protección de la libertad sexual de menores no ha sido unívoco ni consecuente. Así, tal como refiere la Corte Suprema, la decisión político criminal del legislador, mediante la aprobación de la Ley N° 28251, produjo la transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170º al inciso 3 del artículo 173º CP, provocando, a su vez, el cambio del bien jurídico protegido. Así, el legislador viró de la protección de la libertad personal hacia la indemnidad o intangibilidad sexual.

Esto es, que la protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173º.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual. Lo cual, implicó eliminar la posibilidad de consentir el acceso carnal como causa de justificación (Art. 20º.10 CP.) por dicho grupo etáreo.

Frente a ello, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema con carácter vinculante, en reivindicación de la disposición legislativa contenida en el artículo 173º.3 hacia el respeto y garantía del derecho a la seguridad jurídica, libertad personal y libre desarrollo de la personalidad; los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años se encuentran facultados para autodeterminarse libremente en el ejercicio de su sexualidad. Por lo que, en el marco del programa penal de la constitución, el bien jurídico protegido en los delitos de acometimiento sexual abusivo contra menores de dicho segmento es la libertad sexual.

Siendo, en primer término, inaplicable dicha disposición para los casos en que exista consentimiento legítimo de parte de dicho segmento.

En cuanto al análisis de los elementos del tipo objetivo, el primer esbozo refirió a la concurrencia o no de la violencia o grave amenaza en los tipos penales elegidos, como elementos exigidos para la tipicidad de la conducta. Al respecto, la Corte Suprema consideró que, de por sí, el recurso a dichos medios tiene lugar sólo cuando el bien jurídico protegido es la libertad sexual y no la indemnidad sexual, dado que 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.

En tal sentido, dada la protección exclusiva de la indemnidad sexual, sumada a la imposibilidad de extender los alcances de la norma al recurso de medios intimidatorios o violentos en garantía del principio de legalidad (*lex certa*), el artículo 173º.3 habría quedado, efectivamente, vacío de contenido.

En contrapartida, la Corte Suprema se decanta por el artículo 170º del Código Penal. Esto es, se establece que la agresión sexual con violencia o amenaza de una persona entre 14 y 18 años de edad encaja con comodidad en el supuesto de hecho contenido en el artículo 170º CP. Disposición que, si bien es cierto es de carácter genérico y no refiere expresamente a un sector determinado, dado que protege el derecho a la libertad sexual y reconoce en el empleo de la violencia o amenaza grave para la comisión del delito, puede sin mayor problema ajustarse al supuesto de hecho bajo análisis. Lo cual no impide, claro está, la incorporación de tipos legales o circunstancias que tomen en cuenta la particular evolución y desarrollo físico y psicológico de los adolescentes.

Bajo tales consideraciones, la solución del problema no pasa por la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 139º.11 de la Constitución Política, tal como opina el Juez San Martín Castro en la fundamentación de su voto concordante, sino en la inaplicación integral de una norma carente de contenido (Art. 173º.3 CP.). Frente a ello, el voto en minoría del presente acuerdo plenario ha aportado, en esencia, dos cuestionamientos. El primero refiere a la reducción teleológica de los alcances del tipo

penal en contradicción con el principio de legalidad, debido a que, según señalan, el parecer del pleno evita justificar de forma genérica o específica su decisión al descartar la edad del sujeto pasivo como componente esencial e histórico que gobierna la estructura del artículo 173º.3 CP. Mientras que el segundo reclama la observancia del principio del interés superior del niño en función al recrudecimiento de la sanción penal cuando el agraviado es un menor de edad.

En relación al primer cuestionamiento cabe recordar que la función teleológica pertenece en exclusivo al bien jurídico protegido, el cual es un valor o ideal jurídicamente aprehensible. Por lo que no cabe el recurso exclusivo a los elementos objetivos del tipo, como la referencia a determinados segmentos etarios, los cuales son solo mecanismos a disposición del legislador para el cumplimiento de los fines de la norma.

Mientras que en cuanto al segundo cuestionamiento, no se establece con claridad en qué medida no sancionar con la pena prevista en el artículo 173º.3 del CP., y aplicar en su lugar la establecida en el artículo 170º CP., restringe la plena eficacia del principio del interés superior del niño.

Finalmente, cabe reseñar que con el criterio introducido la Corte Suprema insiste en retornar a la regulación anterior, a efectos de devolver claridad y uniformidad al resto de disposiciones del sistema jurídico penal. Ello, en la medida que resultarían aplicables, en su caso, los artículos 170º, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP.

Se resaltaría que la única fuente de Derecho admitida es la jurisprudencia y no “la discusión, los debates o los acuerdos a los que pueden arribar los magistrados del Poder judicial, al margen de su actividad jurisdiccional” Trasladado dicho criterio al caso peruano se apuntaría que, a diferencia de los precedentes vinculantes o de las sentencias plenarias, los acuerdos plenarios no ejercen fuerza vinculante alguna, pues la jurisprudencia solo está formada por la actividad judicial que se expresa a través de sentencias o autos que interpretan la ley Así, para CASTILLO ALVA¹¹¹, el valor de los acuerdos plenarios sería solo persuasivo y representaría una “recomendación” a los magistrados para que puedan resolver los casos legales según los puntos resolutivos

¹¹¹ CASTILLO ALVA, José Luis. *Los precedentes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. En: Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema, Lima (Grijley), 2008, p. 55

adoptados de manera unánime o por mayoría, por lo que su falta de aplicación no implicaría un proceder arbitrario o una contravención a alguna línea jurisprudencial con apoyo institucional.

6. El Tribunal Constitucional peruano y las relaciones sexuales entre adolescentes

El Tribunal constitucional declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 10,609 ciudadanos contra el artículo 1 de la Ley N° 28704 del Código Penal. El TC precisó que este fallo no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por violencia, agresión o abuso sexual contra menores. Asimismo, la resolución no implica que a dichos procesados o condenados no se les pueda juzgar otra vez por el delito de violación sexual, conforme al artículo 170° del Código Penal. El tribunal explicó que en cuanto a la titularidad del derecho a la libertad sexual, queda claro que este asiste a todos los mayores de edad. Sin embargo, conforme a ciertos elementos normativos y fácticos del ordenamiento jurídico del país, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho.

La demanda fue presentada por un grupo de jóvenes que recolectaron 10 mil 609 firmas. Recordemos que la SENAJU, algunas ONGS y otras instituciones públicas se pronunciaron a favor de la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre menores de edad. Incluso la Secretaría planteó la necesidad de implementar un programa de educación sexual en los colegios secundarios de nuestro país, para evitar embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual.

Se discuten los siguientes derechos: al libre desarrollo de la personalidad, a no ser privado de información, derecho a la salud sexual, derecho a la igualdad y el de interés superior del niño.

El Tribunal Constitucional, tomó en cuenta los argumentos del fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas, que manifiesta que no se puede desconocer la libertad sexual de los adolescentes y el no hacerlo lo único que provoca es una indefensión de sus derechos, ante el temor de ser denunciados por violación; Informe de la Defensoría del Pueblo, basado en que se tiene a los adolescentes como incapaces absolutos, negándoles derechos fundamentales como a la salud sexual y reproductiva, el libre desarrollo de la

personalidad y el derecho a la intimidad; el escrito de Womans Link worldwide, extremos que fueron tomados en cuenta por el Tribunal, quien al realizar un análisis exhaustivo de la norma internacional y nacional, así como nuestra propia realidad, declarando inconstitucional la norma en cuestión, haciendo hincapié en la importancia de la protección, a través de una adecuada normativa, del derecho sexual de los menores, en cuanto, es conocido que en nuestro país, se comenten actos deplorables, contrarios a los derechos a los que se protegen en ésta sentencia, situación que se ha sostenido a lo largo de la presente investigación.

Se produce el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli, quien sostiene que, la norma en cuestión, si bien es cierto interviene en derechos fundamentales de los adolescentes, busca protegerlos, al encontrarse en un estado de formación y considerarlos sujetos vulnerables por su propia situación, por lo que es de la opinión que se debe declarar infundada la solicitud de inconstitucionalidad, ya que se pone en peligro la indemnidad sexual de los adolescentes, posición con la que no nos encontramos de acuerdo, ya que a través de la exposición del trabajo de investigación, se ha hecho referencia, que por las tendencias actuales respecto a la capacidad de los adolescentes, ya no se puede hablar de indemnidad sexual respecto de ellos, sino de libertad sexual, es evidente que se debe buscar la protección y la orientación en el ejercicio de éste derecho.

En cuanto al voto singular del magistrado Calle Hayen, el que se fundamenta en que se declare infundada la demanda, en cuanto el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, no es inconstitucional, en cuanto se interprete que la relación sexual consentida entre adolescentes, se encuentra exenta de responsabilidad penal, en cuanto se proteja a los menores de los abusos que pueden ser objeto por personas mayores de edad, extremo que lamentablemente no responde a nuestra realidad, ya que los adolescentes no mantienen relaciones sexuales sólo entre ellos, teniendo en cuenta, por ejemplo, en el caso de una menor de 17, lo más probable es que, su pareja supere los 18 años de edad. Destacamos la importancia que el magistrado otorga a una adecuada educación sexual que deben tener los adolescentes a fin de ejercer éste derecho de manera responsable.

Al respecto, el secretario nacional de la Juventud, René Galarreta¹¹², saludó la decisión del Tribunal Constitucional (TC) de declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad,

¹¹² Consulta en internet: www.juventud.gob.pe, realizada el día 1 de febrero del 2013

interpuesta por más de 10 mil jóvenes, contra el artículo 1º de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173º, inciso 3º, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra menores de edad entre 14 y 18 años. “Felicitamos al TC por esta sensata decisión ya que han acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18 y por ello, han dejado sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido entre adolescentes, norma emitida el año 2006, que no ha reducido embarazos en adolescentes como demuestran los censos y encuestas como ENAHO y ENAJUV, además de profundizar la proliferación de familias disfuncionales. Los casos de violación seguirán siendo penalizados de acuerdo a normas precedentes”, dijo.

La posición de la Iglesia¹¹³, a través de las afirmaciones del Cardenal Cipriani asegura que el Artículo 1 de la Ley 28704 del Código Penal, que sancionaba las relaciones sexuales entre los jóvenes, protegía la conducta moral. “Me parece que la ley protegía una norma moral. Yo no digo que sea el mejor camino, pero no veo mucho camino cuando la sociedad está rota. Y ellos dicen que todos (los adolescentes) tienen relaciones sexuales, pero, ¿qué quieren hacer?, ¿una fiesta?. Luego van a decir que todos se drogan”, aseguró. El cardenal aprovechó la ocasión para reiterar su rechazo al aborto terapéutico y al matrimonio entre dos personas del mismo sexo, y pidió a las autoridades plasmar estas ideas en las normas legislativas y en las políticas de Estado.

Además, afirmó que la Iglesia tiene un mandato para ir por todo el mundo predicando sus normas, sobre todo en las sociedades sumergidas en la “promiscuidad y las relaciones superficiales”, que conllevan al producto “más negativo que mueve la prensa y a toda la opinión pública”.

¹¹³ Consulta en Internet: www.aciprensa.com, consulta realizada el día 1 de febrero del 2013

CONCLUSIONES

PRIMERA: Las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley 28407, en la ciudad de Ica -Pisco, evidencia, por un lado, incongruencia legal con dispositivos nacionales e internacionales que reconocen derechos sexuales y reproductivos a los adolescentes; por otro lado somete a proceso penal, con pena privativa de libertad de hasta 30 años efectiva; por otro lado son presionados a contraer matrimonio, a fin de no ser denunciados por los padres y pueden ser susceptibles de embarazos no deseados, al no recurrir a los establecimientos de salud a fin de ejercer una sexualidad responsable, a fin de no ser denunciados. Todas éstas condiciones evidencian una limitación a los derechos de los adolescentes..

SEGUNDA: Se evidencia la incongruencia legal de la Ley 28407 con normas contenidas Código Civil y Código del Niño y Adolescente, ya que éstas reconocen la protección integral del adolescente, el ejercicio y reconocimiento de derechos y ciertas capacidades, que son contrarias al espíritu de la norma en mención, como es el caso del matrimonio entre adolescentes, así como el derecho a solicitar la filiación, alimentos, tenencia régimen de visitas por los menores.

TERCERA: Por las nuevas tendencias, en cuanto a capacidad de los adolescentes, es importante que se diferencie que la indemnidad sexual, se encuentra relacionada a personas incapaces, mientras que la libertad sexual, reconoce la capacidad en el ejercicio de la sexualidad, concepto que nuestra legislación, a través de la Ley 28407, no reconoce en los adolescentes, pese que a nivel nacional e internacional se otorga dicha prerrogativa, relacionada a los derechos sexuales y reproductivos de los mismos.

CUARTA: Actualmente, al haber pasado de la doctrina de situación irregular a la de protección integral, se ha reconocido que los adolescentes, de acuerdo a su nivel de madurez, tienen capacidad para el ejercicio de determinados derechos. En el caso de la sexualidad, se reconoce la libertad sexual de los adolescentes y se destaca la importancia que el Estado, implemente los programas que permitan que esa capacidad sea ejercida con responsabilidad.

SUGERENCIAS

PRIMERA:

La despenalización de las relaciones sexuales entre adolescentes, debe ser inmediata, teniendo en cuenta dos situaciones, el contenido de la propia norma, nacional e internacional, respecto a los adolescentes, la misma que les reconoce capacidades especiales y por otro lado, la situación de esta población, respecto al ejercicio de su sexualidad.

SEGUNDA

Los esfuerzos del Estado para prevenir el abuso y violencia sexual deben orientarse al fortalecimiento de los programas de educación sexual integral incluyendo el desarrollo de habilidades sociales de los adolescentes, mediante el desempeño de charlas – talleres en los diferentes centros de educación secundaria a través de las universidad y demás centros de formación profesional relacionados con el trabajo socio-legal de los adolescentes.

TERCERA:

La Educación Sexual debe ser a nivel familiar, es decir que en los lugares alejados o en familias de estratos bajos, los padres o quien se encuentre a cargo del menor debe recibir información por escrito o a través de reuniones periódicas, por lo menos una vez al semestre, de cómo informar y tratar el asunto de la Educación Sexual en casa. Las relaciones sexuales entre adolescentes es parte de la realidad y los padres deben aceptar esta premisa, participando activamente en la formación y educación de sus hijos, mediante las escuelas de padres a nivel inicial, ya sea cargo de las municipalidades o de la formación de centros educativos pilotos.

CUARTA:

La orientación de la familia hacia los menores, debe encontrarse enmarcada en principios y valores, que permitan a los adolescentes el respeto a la dignidad de la persona y a la vida humana, procurando que las relaciones sexuales sean dadas dentro de un marco de estabilidad emocional.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1991), *manual de Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces
- BETTIOL, Giuseppe (1965), *Derecho Penal: Parte General*, Bogotá: Temis.
- BLUM, Robert, (2004), *The Health of Young People*, en JOURNAL OF ADOLESCENT HEALTH, Universidad de Minnessota
- BOBBIO, Norberto (1993), *Igualdad y Libertad*, Barcelona: Paidós
- BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO (1998) *Manual de Derecho Penal, parte especial*, cuarta edición, Lima: s/e
- CABALLERO ROMERO, Alejandro (2004), *Guías metodológicas para los planes y tesis de maestría y doctorado*, Lima: Allen Caro, 2da. Edición
- CARO CORIA, Dino (2000), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima: Grijley
- CASTILLO ALVA, José Luis (2002), *Tratado de delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima: Gaceta
- CASTRO TOLEDO, Beatriz (2005), *La capacidad jurídica*, Madrid: Dykinson
- Código de los Niños y Adolescentes (2005), Ministerio De Justicia, 5ª edición oficial.
- CORNIELES, Cristóbal y MORAIS, María (Coordinadores): "Quinto año de vigencia de la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente". Caracas: Centro de Investigaciones de la Universidad Andrés Bello, 2006
- DIEZ RIPOLLES (1981), *El Derecho Penal ante el Sexo*, Barcelona: s/e,
- DIEZ RIPOLLES, José Luís, *Comentarios al Código Penal*, parte Especial II, Valencia 2004
- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL, tomo 8, editorial SALVAT, Madrid 2009.
- FERRERO COSTA, Raúl, citado por VASQUEZ OLIVERA, Salvador (2002) *Diccionario de términos Jurídicos Derecho Civil – Definiciones*, Segunda Edición, Lima: Palestra Editores,
- GARCÍA DEL RIO, Flavio (2004), *Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Trujillo, Ediciones legales
- García, Erika (2006), *Médicos en conflicto entre la cura y la denuncia: Artículo 30, Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar*, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX, Lima,
- GONZÁLES CUELLAR GARCÍA, citado por Diez Ripollés, José Luis (1999-2000), *Derecho Penal y discriminación de la mujer*, Lima: PUCP
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2006), *Metodología de la investigación*, México: Mc. Graw Hill, 4ta. Edición
- HODGKIN R, NEWEL P., (2001), *Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos de los Niños*. Ginebra: UNICEF.
- JACOBS Günther (2003), *Derecho penal del enemigo*, primera edición, Madrid: Civitas
- JIMÉNEZ, Edwin (1998), *Participación en el Primer Encuentro Inter-institucional para la Promoción de la Participación Adolescente como Estrategia para Promover el Desarrollo Humano*. San José, Costa Rica.
- KRAUSKOPF, Dina (2000), *Participación social y desarrollo en la adolescencia*, Segunda Edición, Costa Rica: Fondo de Población de las Naciones Unidas
- LEÓN BARANDIARAN, José (2002), *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, versión digital.

- MELZI TAURO, Fiorella (2005) *Los Derechos Sexuales y Reproductivos, Derechos Humanos de las y los adolescentes*, Lima: Fondo de Población de las Naciones Unidas.
- MELZI TAURO, Fiorella(2004), *Los derechos sexuales y reproductivos, derechos humanos de los y las adolescentes*, Lima: Novaprint.
- MIMDES (2006), *Una aproximación a la situación de la mujer en el Perú*, Lima
- Ministerio de Salud (2011), *Encuesta global de Salud Escolar*, Lima.
- MUÑOZ CONDE (2004), *Derecho Penal, Parte General*, Octava edición, Mexico: Tirant Lo Blanch,
- MUÑOZ RAZO, Carlos (2011), *Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis*, México: Pearson, 2da. Edición
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2007), *Delitos Contra la Libertad E Intangibilidad Sexual*, Derecho Penal, Lima: EDEMSA.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*, Editorial Moreno S.A, 2007.
- Proyecto de Ley N° 207/2006-CR.
- RAMOS SUYO, Juan (2012), *Estructure el marco teórico en su tesis de post grado en Derecho*, Lima: Grijley
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2008), *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, Lima, Juristas Editores
- SALINAS SICCHA, Ramiro: "Los delitos de acceso carnal sexual". Lima: Idemsa, 2005
- Sentencia N°2868-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional.
- Susana CHÁVEZ y Jennifer NAGLE, *De la Protección a la Amenaza: consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes*. Lima: Promsex, 2007.
- TOBAR SALAS, Juan Carlos (1999), *Violencia sexual*, Temuco: Universidad Católica,
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, sentencia del expediente 2868-2004-AA/TC, emitida el 24 de noviembre del 2004.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio (1989) *Estudio Preliminar a los Derecho Humanos, Declaraciones y Convenios Internacionales*. Madrid: Edición Alianza Editorial
- VILLA STEIN, Javier (1998), *Derecho Penal. Parte especial I- B*, Lima: San Marcos
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006), *El Enemigo En Derecho Penal*, Buenos Aires: EDIAR.

HEMEROGRAFÍA

- AQUIZE CACERES, Rocío del Milagro, *El Debido Proceso En La Investigación Y Juzgamiento Por Infracción Penal Establecido En El Código De Los Niños Y Adolescentes En El Primer Juzgado De Familia De Arequipa* en el año 2002, tesis para optar el grado académico de Magíster en derecho de familia, Arequipa, 2004..
- CASTILLO ALVA, J. L., *La Muerte De La Sexualidad En Los Adolescentes*. La ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador, en: Actualidad Jurídica, Tomo 149, abril del 2006, Gaceta Jurídica.
- GONZÁLES RUS, (1996), *La Violación en el Código Penal Español*, Cuadernos de Política Criminal N°59
- HERRERA P.(1999), *Principales Factores de riesgo psicológicos y sociales en el Adolescente*, Revista Cubana Pediátrica.
- PEÑA CABRERA Freyre, Alonso, La Reforma político criminal de los delitos sexuales, vía Ley N° 28704, sancionada el 5 de abril del 2006, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 108

INFOGRAFÍA

- CELADE: www.celade.eclac.org,
- COLLAZO, Marisol (2006), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Universidad de Murcia, consulta en Internet: www.marisolcollazos.es
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)(2004), *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile: Organización de Naciones Unidas (ONU), consulta en Internet: www.cepal.org
- Comité de los Derechos del Niño (2003), *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, (CRC/GC/2003/4). Nueva York, consulta en Internet: www.unhchr.ch,
- Consulta en Internet: Declaración de Beijing y Plataforma de Acción, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer 15 Septiembre 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995). www.unfpa.org.pe,
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2010), *Delitos contra la Libertad Sexual*, en Revista General de Derecho Penal, N°13, p. 216, consulta en Internet: www.dialnet.unirioja.es
- DADOR, Jennie, Corrían los tiempos del siglo XXI, cuando el sexo entre adolescentes se hizo delito, documento en Internet, www.manuela.org.pe
- DÁVILA LEÓN, Oscar (2005), *Adolescencia y juventud, de las nociones a los abordajes*, vol.12, n.21, pp. 83-104. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362004000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-2236. doi: 10.4067/S0718-22362004000200004.
- Derechos Sexuales y Reproductivos, ONUSIDA, Aspectos políticos y jurídicos. http://www.onusida.org.co/der_sex_rep.htm
- FREEDMAN, Diego, Autonomía y capacidad legal en el ámbito penal de los adolescentes, Este ensayo toma parte de las ideas debatidas en el marco del Proyecto UBACyYT 2008—2010, La justicia penal frente a los delitos atribuidos a personas, menores de dieciséis años de edad, consulta en Internet: www.uba.ar

- GIBERTI, Eva: solamente reproducirse, la edad núbil, documento en internet, www.rima.wcb.com)
- La Aplicación de la Justicia Penal ante casos de Violencia Sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes, Informe Defensorial N° 126, Lima 2007, consulta en internet: www.defensoria.gob.pe,
- *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, www.unhchr.ch, Realizada el 12 de diciembre del 2011
- MESA DE CONCERTACIÓN DE LUCHA CONTRA LA POBREZA, 10 de mayo del 2012, consulta en internet: www.mesadeconcertacion.org.pe
- OGANDO DÍAZ, B., (2007), *Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro*, Consulta en Internet: www.sepeap.org
- ONG Manuela Ramos: www.manuela.org.pe
- Organización Mundial de la Salud: www.oms.org
- Radio Programas del Perú: www.rpp.com.pe, *Principales problemas en la adolescencia*.
- RODRÍGUEZ ZANABRIA, Vladimir (s/f), Limite del Ius Punendi basado en el ser humano, Academia de Ciencias Penales de América Latina, consulta realizada el 23 de agosto del 2011: www.iuspenalismo.com.ar
- *Un mundo apropiado para los niños*, resolución S-27/2 de la Asamblea General, aprobada en su vigesimoséptimo período extraordinario de sesiones, 10 de mayo de 2000. Consulta en Internet: http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2S.pdf
- UNICEF: <http://www.unicef.org/peru/spanish/>
- VILCHEZ ROMAN, Carlos, Organización por la Defensa de la Libertad Sexual (ORDELISE): http://www.ordelise.org/index.php?option=com_content&task=view&id=3&Itemid=41.



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO



PROYECTO DE INVESTIGACION

Consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley 28704 en la Libertad Sexual de los adolescentes de la ciudad de Pisco - Ica, 2005-2008.

Proyecto de Tesis presentado por el Bachiller:
Renzo Manuel Medina Chávez
Para optar el Grado Académico de Doctor en
Derecho

AREQUIPA – PERU

2011

I.- PREAMBULO

Las relaciones sexuales mantenidas entre los adolescentes, siempre han sido un tema que ha generado múltiples discusiones. En anteriores épocas, estas relaciones eran muy cuestionadas, ya que se daba mucha importancia a que la mujer llegara virgen al matrimonio. Posteriormente las relaciones sexuales pre matrimoniales se fueron haciendo una práctica continua, disminuyendo la edad de iniciación sexual, tanto en hombres como en mujeres.

Se ha considerado, por mucho tiempo, que los menores de 18 años no tienen la capacidad de decisión sobre el ejercicio de la libertad sexual, por ello, nuestra legislación ha considerado un delito el mantener relaciones sexuales con un menor de edad, pasando de la seducción al delito de violación. Los delitos de violación tienen hoy una penalidad alta y existen varias formas de agravar la imposición de la pena, dependiendo del modo y las circunstancias en que se perpetra el delito, y aún, de la edad de la víctima. Pues se considera que una persona que todavía no cumple la mayoría de edad, es decir, los 18 años, es incapaz de tener conciencia de sus actos y consecuencias en cuanto a las relaciones sexuales se refiere, y por lo tanto, no se puede hablar de la “libertad sexual” de los menores.

En efecto, en el caso de los menores de edad, las relaciones sexuales entre un mayor de edad y un menor de 18 años, conforme a la legislación peruana actual, se conoce como Violación Sexual Presunta; ya no importa que exista violencia o amenaza para la comisión del delito e incluso si hay un supuesto consentimiento, ya que en estos casos “la voluntad” de los menores no tiene importancia; es irrelevante.

Actualmente, se encuentra en vigencia la Ley No. 28704 publicada el 5 de abril de 2006 que modificó, entre otros, el artículo 173 del Código Penal Peruano, que se pretende modificar a través de un Proyecto de Ley que reconoce la libertad sexual de los adolescentes, y por tanto, se deja de considerar como delito las relaciones sexuales consentidas. La aprobación de ésta ley ha generado la discusión sobre temas, como es el de la libertad sexual, la capacidad de los menores entre 14 y 18 años, así como las posibles consecuencias respecto a la propia protección de los mismos.

Es necesario que nuestro ordenamiento otorgue protección a los derechos de los menores, pero para ello debe tomar en cuenta la realidad, la cual refleja que las relaciones sexuales entre menores y con mayores es cada vez más frecuente y con tendencia a la disminución en la edad de iniciación sexual.



II.- PLANTEAMIENTO TEORICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley 28704 en la Libertad Sexual de los adolescentes de la ciudad de Ica, 2005-2008.

1.2.- DESCRIPCION DEL PROBLEMA

A.- Área del Conocimiento

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

CAMPO : Ciencias Jurídicas

ÁREA : Derecho Penal

LÍNEA : Libertad sexual

B.- Análisis de Variables

VARIABLES	INDICADORES
Consecuencias jurídicas aplicación Ley 28704	<ul style="list-style-type: none"> • Congruencia legal • Capacidad de los adolescentes • Proceso penal
Libertad Sexual Adolescentes	<ul style="list-style-type: none"> • Diferencia con la indemnidad

C.- INTERROGANTES BASICAS

- 1.- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley 28704 en la libertad sexual en los adolescentes en el periodo 2006-2010 en la ciudad de Ica?
- 2.- ¿Cuál es la congruencia legal de la ley 28704, respecto de normas relacionadas a los adolescentes?

3.- ¿Cuál es la importancia de la diferenciación normativa entre la libertad sexual y la indemnidad sexual?

4.- ¿Cuáles son las tendencias normativas en cuanto a la capacidad de los adolescentes?

D.- TIPO DE INVESTIGACION

Tipo: Explicativa

Nivel: pura o básica

1.3. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA

El inicio de relaciones sexuales dentro de nuestro medio oscila entre los 12 y 14 años, lo cual no puede ser ajeno al derecho, teniendo en cuenta que los adolescentes también pueden manifestar su voluntad e incluso se habla de su capacidad para responder frente a la comisión de un hecho ilícito desde los 14 años, claro está que nos referimos a la llamada infracción penal, entonces, ¿Porqué esa capacidad no alcanza a la libertad de mantener relaciones sexuales? El tema de los encuentros sexuales entre adolescentes siempre se ha manejado como tabú en nuestro medio, para posteriormente, sancionarse como hecho ilícito el que un mayor de edad mantenga relaciones sexuales con un menor de 18 años, aún incluso si ellos son enamorados y él o ella bordea la mayoría de edad.

La Ley 28704, que, entre otras modificaciones efectuadas a las figuras que describen los delitos sexuales, ha incorporado un nuevo supuesto de violación estatutaria, esto es, otra circunstancia más a las ofensas no contra la libertad sino contra la indemnidad sexual de los menores, y establece que todo aquel que tenga acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realice otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primera vías, con un menor de edad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de treinta, si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, además, sin derecho a ningún tipo de beneficio penitenciario. Producido este cambio, entonces, la frontera que distinguía uno y otro bien jurídico, indemnidad y libertad sexuales, ha desaparecido y con ella el derecho de las personas a decidir libremente en el campo de su sexualidad, lo que ahora la ley abusivamente posterga hasta que se alcance la edad de ciudadanía. Para los afanes

sancionadores del legislador ya no interesa que la relación sexual o análoga con persona mayor de 14 años y menor de 18, haya sido consentida o voluntaria, igualmente se tratará de un grave delito, teniendo en cuenta que otras normas fijan capacidad especial para los adolescentes en acto como el matrimonio.

Es innegable que los adolescentes mantienen relaciones sexuales entre ellos y con personas adultas, es por ello, que esta investigación es actual, es útil para el Derecho, dada la connotación que el tema tiene no solo para nuestra disciplina, sino también socialmente. La relevancia científica está dada porque se pretende conocer directamente qué es lo que sucede con la sexualidad de los adolescentes en la ciudad de Pisco y cómo la ley trata el tema para luego proponer, de ser necesario, alguna reforma conforme a la realidad.

2.- OBJETIVOS.-

- 2.1.- Determinar las consecuencias de la aplicación de la Ley 28704 en la libertad sexual en los adolescentes en el periodo 2006-2010 en la ciudad de Ica
- 2.2.- Establecer la congruencia legal de la ley 28704 respecto de normas relacionadas a los adolescentes
- 2.3.- Precisar la importancia de la diferenciación normativa entre la libertad sexual y la indemnidad sexual
- 2.4.- Precisar las tendencias normativas en cuanto a la capacidad de los adolescentes.

3.- MARCO TEORICO.

3.1. Conceptos Básicos

ADOLESCENTE.

La convención sobre los Derechos del Niño define que se considera niño a todo menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.¹¹⁴.

El Código de los Niños y Adolescentes conceptúa al adolescente como todo ser humano desde los 12 años hasta cumplir los 18 años¹¹⁵.

¹¹⁴ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño

¹¹⁵ Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

CAPACIDAD.

La capacidad jurídica es atributo inherente e inseparable de la persona humana, por el solo hecho de serlo y así lo ha entendido la doctrina. Cifuentes define la capacidad como “La aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos”. Belenda, como la “aptitud para adquirir derechos y contraer deberes jurídicos” García, la concibe como la “aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico para ser titular de relaciones jurídicas”

INCAPACIDAD.

“Es la falta de idoneidad o aptitud para adquirir un derecho (incapacidad de goce) o para ejercerlo (incapacidad de ejercicio)”¹¹⁶

DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL

“La Libertad sexual constituye una manifestación concreta y específica de la libertad individual. Es la facultad que tiene toda persona para disponer de su cuerpo en materia sexual, eligiendo el modo, el tiempo y la persona con la que va a realizar su conducta sexual”¹¹⁷

“Es la libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad. Cuando se encuentran ausentes de la estructura psíquica del sujeto el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para ejercer libre y espontáneamente los sentimientos individuales del sexo; razón por la cual se tutela el pudor sexual”¹¹⁸.

“La libertad sexual tiene dos vertientes, tal y como indica la doctrina, una positiva y otra negativa, que no han de considerarse opuestas sino complementarias. La positiva atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás. En la negativa el acento

¹¹⁶ Diccionario de la Real academia de Lengua Española, versión digital: www.rae.es, consultado el 12 de octubre del 2011

¹¹⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2007), *Delitos Contra la Libertad E Intangibilidad Sexual*, Derecho Penal, Lima: EDEMSA, P. 688

¹¹⁸ ALARCÓN FLORES, Luis, *Delitos contra la Libertad Sexual*, documento en Internet: www.comunidad.org.bo, consultado el 1º de octubre del 2011

recae en el aspecto defensivo, esto es, en el derecho de la persona a no verse involucrada por otra persona, sin su consentimiento, en un contexto sexual¹¹⁹

EDAD DE CONSENTIMIENTO PARA ACTIVIDAD SEXUAL

En la legislación peruana no está bien establecida la edad mínima para mantener relaciones sexuales, pero se puede considerar que se es apto para mantener relaciones sexuales cuando se es incapaz relativo; es decir, cuando la persona se encuentra entre los 16 y los 18 años de edad¹²⁰.

INDEMNIDAD SEXUAL

Es la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o la salvaguarda de la integridad física y psíquica del menor ante los ataques que puedan ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapacitados, por tanto el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no puede defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

3.2. Esquema Preliminar

Capítulo I

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

1.- Análisis de las resoluciones emitidas respecto a relaciones sexuales consentidas mantenidas entre y con adolescentes

1.1. Absolutorias

1.2. Condenatorias

Capítulo II

EL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES

1. GENERALIDADES.

2. LA CAPACIDAD:

3.1. Concepto, definición y alcances.

3.1.1. Capacidad de Goce

3.1.2. Capacidad de Ejercicio

¹¹⁹ BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO (1998) *Manual de Derecho Penal, parte especial*, cuarta edición, Lima: s/e,p. 234

¹²⁰ Consulta en Internet: www.interpol.int, realizada el día 10 de octubre del 2011

3. EL CONSENTIMIENTO

4.1. Concepto.

3.3. La convención del Cairo, en beneficio al consentimiento a las relaciones sexuales de las adolescentes

4. LIBERTAD SEXUAL DEL ADOLESCENTE.

5.1. Derecho a la libertad personal

5.2. Concepto de Libertad Sexual.

5.2. Derechos sexuales como fruto de la sexualidad

5.3. Alcance fáctico de la sexualidad de los adolescentes.

5.4. La sexualidad como atributo.

5.5. Derechos que nacen como consecuencia de la libertad sexual del adolescente.

5. INDEMNIDAD SEXUAL.

6.1. Concepto

6.2. Indemnidad sexual como bien jurídico.

6.2.2. La inimputabilidad

CAPITULO III

LIBERTAD SEXUAL EN EL PERU.

1. LEGISLACIÓN NACIONAL.

1.1. Reformas legales del Código Penal

1.2. Bien Jurídico tutelado

1.3. Análisis de la Ley 28704

1.3.1. En relación a la Convención de los Derechos del niño

1.3.2. En relación al Código de los Niños y Adolescentes

1.3.3. En relación al Código Civil

3.3 Antecedentes investigativos

A nivel nacional

2004: Autonegligencia percibida como conducta sexual de riesgo de embarazo y ETS en los adolescentes en el distrito de Huacho

Autor: Vásquez Estela, Darío

2005: Estado del arte sobre comportamiento sexual de los adolescentes

Autor: Tarazona Cervantes, David

2006: Factores asociados al no uso de condón. Estudio en adolescentes y adultos jóvenes de Chiclayo

Autor: Soto, Víctor

2006: Relación entre actitudes hacia la sexualidad y nivel de conocimiento sobre factores de riesgo de discapacidad prenatal en adolescentes del cono sur de Lima

Autor: Masías Ynocencio, Ysabel

2007: Adolescentes embarazada: condiciones personales y expectativas futuras del desarrollo personal. Hospital María Auxiliadora

Autor: Allca Moreno, Gloria

2009:

2009: Pluricausalidad criminógena en los delitos contra la libertad sexual, violación de menor, artículo 173 del Código Penal: caso 38° juzgado Penal (reos en cárcel) Distrito Judicial de Lima. en el período Histórico (2000-2005)

Autor: Peña Labrin, Ernesto

2011: Conocimiento y actitudes sexuales en adolescentes de 14 y 19 años del Pueblo Joven Dos de Junio del Distrito de Chimbote, Perú

Autor: Sánchez Saldaña, Roxana

A nivel Internacional

2003: Salud sexual y desarrollo de adolescentes y jóvenes en las Américas, implicancias en programas y políticas

Autores: Matilde Maddaleno, MD, MPH y Jessie Shutt-Aine, MPH

4.- HIPOTESIS

1. La vida sexual de los adolescentes se inicia muchas veces a partir de los 14 años;
2. Que en gran parte de los casos se trata de relaciones sexuales consentidas o queridas por los adolescentes, pues derivan de relaciones sentimentales;
3. Que, la conducta sexual de los adolescentes, esta siendo criminalizada lo cual no se ajusta a la realidad social;
4. Que, nuestra legislación reconoce capacidad de los adolescentes para ciertos actos e incluso tienen responsabilidad penal como infractores de la ley a partir de los 14 años.

HIPÓTESIS: Es probable:

Que la actual regulación legislativa del artículo 173, Inciso tercero del Código Penal, este limitando el derecho a la libertad sexual de los adolescentes debido a las restricciones que establece dicha norma

III.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE VERIFICACION

1.1.- TÉCNICAS

Para recoger información relacionada a la variable, se usará la técnica de la REVISIÓN DOCUMENTAL.

1.2.- INSTRUMENTOS

En concordancia con la variable e indicadores, los instrumentos serán las fichas de registro e investigación.

1.3.- RECURSOS

1.3.1.- Humanos: Investigador.

1.3.2.- Materiales: Papel, computadora, disquete.

2.- CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1.- UBICACIÓN ESPACIAL

La ciudad de Ica: Ministerio Público

2.2.- UBICACIÓN TEMPORAL

La presente investigación es coyuntural y seccional, correspondiendo al periodo 2005-2008.

2.3.- UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA

Las unidades de estudio están conformadas por los casos de denuncias por delito de violación sexual de la ciudad de Ica, Fiscalías provinciales penales en un número de 28 casos, que se encontraron entre los años 2005 y 2008

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCION DE DATOS

3.1.- Estrategia

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

a) Revisión Bibliográfica: realizada por el propio investigador.

Para la Doctrina Nacional:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
- Biblioteca del Colegio de Abogados
- Biblioteca Personal.
- Exploración en Internet

b) Revisión Documental

3.2.- Modo

a) Para conseguir la información legislativa y teórica se realizará la búsqueda bibliográfica en las bibliotecas antes señaladas e INTERNET, la misma que será consignada en Fichas Bibliográficas y Documentales, para su posterior revisión y selección por el investigador.

III.- CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	JULIO	AGOSTO	SETI	OCT	NOV	DIC
- Preparación del Proyecto	XXX					
- Aprobación del proyecto		XXX				
- Recolección de la Información.			XXX			
- Análisis y Sistematización de Datos				XX		
- Conclusiones y sugerencias				XX		
- Preparación del Informe					XXX	
- Presentación final del Informe						XXX

BIBLIOGRAFÍA

BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO (1998) *Manual de Derecho Penal, parte especial*, cuarta edición, Lima: San Marcos

Código de los Niños y Adolescentes

DIEZ RIPOLES (1981) *El Derecho Penal ante el Sexo*, Barcelona: Bosch

HURTADO POZO, José (1987) *Manual de Derecho penal*. Parte general. Lima: EDDILI

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2007), *Delitos Contra la Libertad E Intangibilidad Sexual*, Derecho Penal, Lima: EDEMSA.

Hemerografía

- MAVILA LEÓN ROSA, Consideraciones Actuales en Materia de delitos Sexuales, Revista Chatedra , N° 2, Año 2, mayo de 1998
- PEÑA CABRERA Freyre, Alonso, La Reforma político criminal de los delitos sexuales, vía Ley N° 28704, sancionada el 5 de abril del 2006, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 108
- Revista Caretas Edición 1740

Infografía

ALARCÓN FLORES, Luis, Delitos contra la Libertad Sexual, documento en Internet: www.comunidad.org.bo

Convención sobre los Derechos del Niño: documento en internet www.unicef.org

Diccionario de la Real academia de Lengua Española, versión digital: www.rae.es

Página Web de la INTERPOL: www.interpol.int,

INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

FICHA BIBLIOGRÁFICA (A)

	Nº: _____
NOMBRE DEL AUTOR	:
TÍTULO DEL LIBRO	:
EDITORIAL, LUGAR, AÑO:	
NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:	
Código:	

FICHA BIBLIOGRÁFICA (B)

	Nº: _____
NOMBRE DEL PORTAL	O PÁGINA WEB:
INDICADOR:	
TÍTULO DEL ITEM	:
AUTOR:	
LUGAR, AÑO:	

FICHA TEXTUAL

Nº: _____ INDICADOR :	TÍTULO: NOMBRE DEL AUTOR: TIPO DE PRODUCCIÓN: CITA:
--	--

FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA

	Nº: _____
EXPEDIENTE: AÑO: DATOS RELEVANTES:	
- EDAD	
- RELACIÓN:	
- QUIÉN DENUNCIA	
- MOTIVO (S)	
- REPARACIÓN CIVIL	
- PENA	
○ Suspendida	
○ Efectiva	
LOCALIZACIÓN	