

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**ESCUELA DE POST GRADO**

**Estado actual de la política criminal peruana aplicada  
a la protección de la indemnidad sexual, en relación al  
específico caso de relaciones sexuales o análogas  
consentidas de menores de catorce a menos de  
dieciocho años de edad**

problemática de la operatividad judicial para determinar la  
imputación y propuestas de solución

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho

**AUTOR**

**Silfredo Jorge Hugo Vizcardo**

**Lima – Perú**

**2011**

Dedicatoria:

A mi madre Rosa y a mis hijos Alexander y Marily

INDICE

Introducción.....12

Capítulo I

Planteamiento Metodológico

1. Descripción de la realidad problemática.....12

2. Planteamiento del problema de investigación.....23

3. Objetivos de la investigación.....23

3.1. Objetivo general.....23

3.2. Objetivos específicos.....23

4. Diseño y características de la investigación.....25

5. Marco Teórico.....26

6. Resultados esperados.....26

7. Justificación de la investigación.....27

8. Hipótesis de trabajo.....27

8.1. Hipótesis general.....27

8.2. Hipótesis específicas.....28

Capítulo II

# Protección Jurídico Penal de la Indemnidad Sexual

## Desarrollo del Marco Teórico

### Sub Capítulo I

#### Aspectos Generales de identificación de la Problemática de protección sexual de menores

1. Violación: Antecedentes históricos.....	30
2. Concepto de violación.....	33
3. El bien jurídico protegido: Evolución.....	35
4. Libertad e indemnidad sexuales: Conceptualización.....	38
5. La indemnidad sexual de menores y su protección jurídico penal.....	44
6. La protección de la indemnidad sexual de los menores en el Derecho Comparado.....	49
7. La protección de la indemnidad sexual de los menores en el Derecho penal peruano.....	53
8. Estado actual de la realidad sexual de los adolescentes a nivel nacional.....	62
9. Fundamentos de la prohibición en la tratativa sexual con menores.....	65
10. Problemática de la modificación del Art. 173 del C.P. introducido mediante Ley N°28704.....	71

### Sub Capítulo II

#### Conceptualización, objetivos y fines del Derecho

penal

1.- Conceptualización y funciones del Derecho Penal.....	82
1.1) Derecho Penal objetivo y Derecho penal subjetivo.....	84
1.2) Derecho Penal y ordenamiento social: control social.....	86
1.3) Derecho Penal y ordenamiento jurídico: bienes jurídicamente Protegidos.....	98
2.- Características del Derecho Penal.....	102
3.- Fines del Derecho penal.....	105
3.1) Protección de la sociedad.....	105
3.2) Represión y prevención.....	106
3.3) Protección de bienes jurídicos, vigencia de la norma y valores ético-sociales.....	107
4.- Función instrumental y simbólica del Derecho Penal.....	110
5.- Función ético-social y “función promocional” del Derecho Penal.....	114
6.- Derecho penal del enemigo: Derecho penal de tercera velocidad.....	117.

Sub Capítulo III

Principios reguladores del control penal

Normas rectoras

1.- Límites del ius puniendi.....	131
2.- Principios universales.....	134
2.1) Conceptualización.....	135

## Protección Jurídico Penal de la Indemnidad Sexual

2.2) Principio de igualdad.....	136
2.3) Principio de legalidad.....	137
2.4) Principio de tipicidad objetiva.....	146
2.5) Principio de materialidad.....	146
2.6) Principio de ofensividad o lesividad.....	147
2.7) Principio de culpabilidad.....	149
2.8) Principio de dignidad.....	170
2.9) Principio de necesidad o utilidad.....	170
2.10) Principio de proporcionalidad.....	172
2.11) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.....	174
2.12) Principio de humanidad.....	175
2.13) Principio de oportunidad.....	176
2.14) Principio de Derecho Penal Mínimo.....	177
2.14.a) Carácter fragmentario.....	178
2.14.b) Ultima ratio.....	179
2.14.c) Carácter subsidiario.....	180
2.14.d) Mínima intervención.....	180
2.15) Principio ne bis in idem.....	183
2.16) Principio de protección a la víctima.....	184
3.- Normas Rectoras en el Código Penal Peruano.....	185
3.1.- Fundamento y utilidad.....	185
3.2.- Sistemática.....	186
3.2.1) Finalidad preventiva y protectora.....	187
3.2.2) Principio de legalidad.....	190
3.2.3) Prohibición de la analogía.....	191
3.2.4) Principio de lesividad.....	193
3.2.5) Garantía del debido proceso.....	195
3.2.6) Ejecución legal de las penas.....	196

3.2.7) Principio de responsabilidad penal.....	196
3.2.8) Principio de proporcionalidad de la pena.....	198
3.2.9) Función de la pena.....	200
3.2.10) Aplicación extensiva.....	201

#### Sub Capítulo IV

Esfuerzos de la judicatura para resolver la problemática de la imputación penal

Control difuso de la constitucionalidad.

1. Resoluciones judiciales y consultas.....	201
---	-----

1.1. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Arequipa; Segunda Sala Penal, Expediente N° 2156-2006, Arequipa, 28 de mayo de 2007.....	201
--	-----

Violación de menores; Procesado: Alan Richard Tome Guillén (21).

1.2. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 2716-2007; AREQUIPA. 07 noviembre 2007.....	222
---	-----

1.3. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social....CONSULTA N° 2224-2007 AREQUIPA. 20 noviembre de 2007.....	241
--	-----

1.4. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Tercera Sala Penal, Expediente N° 3530-2007, 14 de enero de 2008.	
---	--

Violación Sexual de Menores; Procesado: Miguel Angel Chávez Romero.....	244
1.5. Auto de Sobreseimiento: Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria; Corte Superior de Justicia de la Libertad; Expediente N° 3312-2007. Violación sexual de menores; Procesado: Erick Segundo Mariño Arenas (21).....	251
1.6. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 637-2008; AREQUIPA. 30 abril 2008.....	292
2. Acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República.....	306
2.1. Corte Suprema de Justicia de la República; Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias: Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, ASUNTO: Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173°.3 CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena.....	306
2.2. Corte Suprema de Justicia de la República. IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial; ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116. ASUNTO: Aplicación del artículo 173°. 3 del Código Penal.....	312

### Capítulo III

#### Conclusiones y recomendaciones



1. Conclusiones.....	321
2. Recomendaciones.....	333

## ANEXOS

### 1. Resoluciones judiciales y consultas

1.1. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Arequipa; Segunda Sala Penal, Expediente N° 2156-2006, Arequipa, 28 de mayo de 2007. Violación de menores; Procesado: Alan Richard Tome Guillén.....	337
1.2. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 2716-2007; AREQUIPA. 07 noviembre 2007.....	337
1.3. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social....CONSULTA N° 2224-2007 AREQUIPA. 20 noviembre de 2007.....	337
1.4. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Tercera Sala Penal, Expediente N° 3530-2007, 14 de enero de 2008. Violación Sexual de Menores; Procesado: Miguel Angel Chávez Romero.....	337
1.5. Auto de Sobreseimiento: Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria; Corte Superior de Justicia de la Libertad; Expediente N° 3312-2007. Violación sexual de menores; Procesado: Erick Segundo Mariño Arenas.....	337

1.6. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 637-2008; AREQUIPA. 30 abril 2008.....	338
2. Acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República	
2.1. Corte Suprema de Justicia de la República; Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias: Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, ASUNTO: Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173°.3 CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena.....	338
2.2. Corte Suprema de Justicia de la República. IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial; ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116. ASUNTO: Aplicación del artículo 173°. 3 del Código Pena.....	338
3. Proyectos legislativos referidos a la modificación de la Ley N° 28704.....	488
3.1. Proyecto de Ley N° 14701 /2005-CR.....	488
3.2. Proyecto de Ley N° 207 /2006-CR.....	494
3.3. Proyecto de Ley N° 1055 /2006-CR.....	499
3.4. Proyecto de Ley N° 3189 /2008-CR.....	513
4. Informe favorable del Ministerio de la Mujer y desarrollo social.....	549.
5. Informe favorable del Ministerio de Justicia.....	555
6. Informe favorable de la defensoría del pueblo.....	560

7. Informe de la Organización “Meza de Vigilancia Ciudadana por los Derechos Sexuales y Reproductivos” .....	576
BIBLIOGRAFÍA.....	579

“Estado actual de la política criminal peruana aplicada a la protección de la indemnidad sexual, en relación al específico caso de relaciones sexuales o análogas consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad: Problemática de la operatividad judicial para determinar la imputación y propuestas de solución”

1) Introducción: descripción de la realidad problemática.

Tanto en la doctrina como en la legislación, ha quedado suficientemente establecido, que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual.

El análisis del objeto de tutela, a esta época, carece de mayor complejidad tanto por la superación de criterios de antaño, vagos e imprecisos, que presididos por un fuerte contenido moralizador (sentimiento de decencia y moralidad, inviolabilidad carnal, honestidad, ofensa al honor sexual, etc.), no alcanzaron a desentrañar la genuina protección de esta importante parcela de

la libertad individual, como por el carácter inconfundible del bien que hoy se resguarda en este arquetipo de conductas: 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 libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.

El Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava (“De los delitos contra la honestidad”), Título II, los delitos de violación, estupro, rapto y otros delitos, disponiendo que: “El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado....En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impuber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido” (Art. 269). El Código penal de 1924 recogía los así llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales dentro de la rúbrica genérica de los delitos contra las buenas costumbres, los cuales se ubican a su vez en el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo de dicho cuerpo normativo. Por su parte, el legislador de 1991, quita de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual (Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de “delitos contra la libertad, Capítulo IX “violación de la libertad sexual”.

La esencia de este atributo personal se cifra en la facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propias y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloquen en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión.

De manera comprensible el Derecho penal cuida de no entrometerse en estadios tan íntimos de la personalidad del individuo como son los que atañen al sexo y a su dinámica. Abiertamente se desentiende de la opción que se les asiste al sujeto, individualmente considerado, de hacer o no utilización de las atribuciones que corresponden a su ámbito sexual. La autodeterminación de elegir el contenido del objeto venéreo, el destinatario de tal relación y la preferencia misma de la libido, son facetas plenas y subjetivas de la persona que no guardan aún ningún significado para el derecho mientras comportamientos particulares no afectan o menoscaben tan íntima esfera, lo que posibilita la intervención penal, con cariz prevalente.

Es pues, la libertad sexual individual, como se ha señalado por todos los autores que se han ocupado repetidamente de la materia, el bien o interés que se ha de adecuar a la protección del delito en estudio. En definitiva, respeta y preserva el legislador el derecho que tiene el ser humano de copular o de agotar las formas imaginables del placer erótico con la persona que su voluntad señale, el de negarse a ejecutar las funciones de su sexo con quien no fuera de

su agrado y aún, el de prescindir en términos absolutos de toda actividad genésica.

Pero, conforme a las ideas formuladas originariamente por la doctrina italiana y desarrollada posteriormente por algunos autores españoles, en determinadas hipótesis de los delitos sexuales no pueden afirmarse que se proteja la libertad sexual en cuanto que la víctima carece de esa libertad o, aún si fácticamente la tuviera, se considera por el legislador irrelevante. Estiman estos autores que la libertad sexual presupone, "libertad valorativa" que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada.

Por el término libertad sexual, señala Díez Ripollés, se entiende "aquél bien jurídico por el cual toda persona ejerce la actividad sexual en libertad", es decir, la autonomía del desenvolvimiento en el ámbito de su sexualidad, pero como ha quedado anotado, es de apreciarse que existen personas que aún no pueden hacer empleo de dicha libertad de ejercicio de la actividad sexual, o si ostentándola de hecho, el legislador ha preferido prohibirla.

Así, tenemos el caso de delitos de índole sexual contra los menores (generalmente de 14 años), donde por más consentimiento que estos brinden, ello no presenta efectos jurídicos en este aspecto, o cuando la víctima se encuentra privada de razón, y por ello no puede comprender el carácter del

acto con contenido sexual, no se presentará la libertad sexual; ante este panorama, no se puede decir que en estos casos se proteja la libertad sexual, sino que deberá hacerse alusión a la indemnidad o intangibilidad sexual, como bienes jurídicos tutelados de aquellas personas que aún no pueden ejercer su sexualidad en forma libre, pero que en un futuro próximo si lo podrán hacer, por esta razón el Estado les otorga protección a fin de evitar que sean manipulados o sometidos a abusos por terceras personas, atentando de esa forma su pleno desarrollo sexual. En tal sentido, Bramont Arias Torres y García Cantizano señalan que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esta libertad, o aún si la tuviera fácticamente, ha sido considerada irrelevante.

De esta manera, queda claramente definido que la indemnidad sexual corresponde a un derecho prevalente, que le asiste al menor, en salvaguarda de la intangibilidad y protección que el Estado debe brindar a una esperanza o expectativa a futuro de la posibilidad que ellos deben tener de un normal ejercicio de su sexualidad; derecho espectacioso que se vería truncado o menoscabado por conductas, violentas o no, que tergiversaran la noción que a futuro debería tener el menor de su propia sexualidad, sometiénolo a tratativas sexuales que su psiquis no está todavía en la posibilidad de entender plenamente.

Surge así la necesidad de un control penal, que, sobre la base de considerar las tratativas sexuales, incluso las permitidas por los menores, asegure la



salvaguada de la intangibilidad sexual de los mismos, surgiendo de esta manera el concepto de violación presunta, caso en el cual, por el escaso desarrollo psico-físico que presentan los menores de corta edad, lo que se presume es la violentación de su indemnidad sexual.

Los menores de edad e incapaces mentales, carecen de la facultad de disponer su participación en relaciones con contenido sexual, aunque fácticamente pueden participar o pueden consentir las mismas, existe, en este sentido, una intangibilidad sexual; es decir, se sanciona la actividad sexual propiamente dicha, aunque la persona haya prestado su consentimiento, puesto que lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Refiere Salina Siccha, que le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. Sobre el particular, Muñoz Conde señala que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objetos sexuales por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos y apetitos sexuales.

El Código penal de 1991, consideró conveniente limitar la edad del menor, en cuanto a la protección de su indemnidad sexual, hasta los 14 años, no obstante la técnica legislativa adoptada, que ha sido la de circunscribirla dentro de los

delitos contra la libertad sexual, pero con un matiz de superior penalidad en cuanto se refiere al ataque a la indemnidad sexual, es decir, contra menores de 14 años o incapaces; por lo que, el ámbito de discusión, sería la idoneidad de este referente, que constituye la edad, para poder considerar la indemnidad sexual; al respecto, debemos señalar que, originariamente, en el ordenamiento penal peruano, se protege a los menores de edad, sólo hasta los 14 años, de algún acto contra su indemnidad sexual y por encima de esta edad, se pasaba a la protección de la libertad sexual, siempre que medie violencia, amenaza, o engaño, con excepción de las personas incapacitadas mentalmente o incapaces de resistir, a los que se le protege la indemnidad sexual.

Consideramos que la edad fijada de 14 años constituye el límite correcto, teniendo en cuenta las circunstancias biológicas, sociales y culturales de nuestro país, lo cual es concordante con las legislaciones penales contemporáneas que nos muestra el derecho comparado. No obstante, mediante la Ley N° 28704 publicada el 5 de abril de 2006 se modifica el artículo 173, y en la actualidad el delito de violación de menor de 14 años de edad, ha sido variado, hasta convertirse en delitos de violación sexual de menor de edad, ampliándose el radio de protección de la indemnidad sexual a cualquier menor, víctima de menos de 18 años de edad, conforme se aprecia en inciso 3 del referido artículo; es decir, que cualquier persona que tenga acceso carnal con un menor de 14 años a menos de 18 años de edad, será imputado como autor del delito de violación sexual de menor (de esta situación se desprende que se estaría negando la libertad sexual a los adolescentes comprendidos entre estas edades, ampliándose la protección de la indemnidad hasta los 18

años de edad, que es la misma edad en que el adolescente alcanza la mayoría de edad, conforme a la Constitución y a las normas civilistas.

Como podemos apreciar, esta modificación legislativa distorsiona la tradición legislativa que se mostraba en el Código penal de 1991, que consideraba sólo punible al acceso carnal u otro análogo con menores de 14 años de edad, brindándose así, de manera restrictiva la protección a la indemnidad sexual; reservándose para los mayores de 14 y menos de 18, la defensa de la libertad sexual, en los actos de violación, mediando violencia o amenaza, y si hubiese consentimiento y mediase engaño, la seducción.

En el caso de mayores de catorce años y menores de 18 años de edad, por diversos factores, no sólo psico-físicos, sino también culturales y de socialización, consideramos que si pueden ejercer su sexualidad de manera libre, siempre y cuando medie consentimiento entre los involucrados. Pero al parecer esta no ha sido la posición asumida por el legislador, que como ya se ha hecho referencia, mediante la Ley N° 28704 publicada el 5 de abril de 2006, modificó el artículo 173, ampliando así el radio de protección de la indemnidad sexual a cualquier menor hasta los 18 años de edad, conforme se aprecia en inciso 3 del referido artículo.

Esta Ley, que resulta criticable en cuanto al fin ínsito y no declarado que contiene, pretende introducir en sociedad los fundamentos de una ya vedada

finalidad “promocional”, rechazada por la doctrina penalística mayoritaria; y es que el Derecho penal se concibe modernamente como un instrumento de control utilizado con fines preventivos, protectores y resocializadores, siendo del todo equivocada la posición de quienes pretenden instrumentalizarlo para imponer en sociedad patrones culturales o modos de vida moral, que le son completamente extraños a su esencia.

No es posible imponerse cuestiones de orden moral desde una ley, ya que la moral no puede ser reglada por actos legislativos, habida cuenta que no constituye función de Derecho penal promover una moral determinada, sino la protección de bienes jurídicos de relevancia, y en este caso, se intenta reprimir el ejercicio de la sexualidad de los mayores de 14 años y menores de 18 años, lo que podría colisionar con los derechos fundamentales de las personas y los principios penales de lesividad y mínima intervención.

Sobre el particular, Castillo Alva señala que “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. Por ende, no debería homologarse la mayoría de edad, 18 años de edad, con el hecho de que la persona pueda estar autorizada a tener relaciones sexuales, puesto que denota fines moralizantes e intenta reprimir el libre desarrollo de la sexualidad de las personas, por medio del Derecho penal, lo cual no es soportable, habida

cuenta que el Derecho penal debe ser el mecanismo último para mantener la convivencia pacífica de los hombres y lograr la protección de la sociedad.

Es así que a partir de la modificación del artículo 173 (5 de abril de 2006), se introdujo no solo una distorsión de los fundamentos y principios que sustentan la ciencia penal, sino que operativamente se instaló en el sistema judicial una circunstancia que afectó los mismos cimientos de la imputación penal, y caló profundamente en la conciencia de los magistrados, poniendo a prueba la fortaleza del derecho que les asiste a la más libre determinación al pronunciar sentencia, amparados sólo por su criterio de conciencia y libre determinación.

De esta manera, exigidos y obligados por el principio legalista, se vieron forzados a imputar responsabilidad penal (con el peligro de la inminencia de penas tan severas que la nueva norma aplicaba: de 25 a 30 años de pena privativa de libertad), inclusive en aquellos casos en los que, mediando consentimiento (por preexistir relaciones afectivas e incluso de pareja). Esta situación se manifestaba no solamente abusiva, sino también peligrosa para la seguridad jurídica.

Muchos casos, debidamente documentados, se produjeron al comenzar a regir la nueva norma. Muchos adolescentes se vieron inmediatamente enfrentados a la justicia; jóvenes y menesterosos padres de familia, vieron truncada su esperanza de vida y quebrada su relación de pareja, cuando al dar a luz la joven madre, declaraba en la maternidad su edad, obligando inmediatamente a

las autoridades sanitarias, bajo amenaza de ser imputados por omisión de denuncia, a dar parte a las autoridades policiales.

Es justamente allí donde radica la problemática que fundamenta nuestro trabajo, analizar los factores político criminales que orientaron la modificación legislativa, en el específico caso de los menores de 14 a menos de 18 años de edad que consientan la relación sexual; así como la problemática de su inserción sistemática y su operatividad, bajo el filtro de los principios de merecimiento, lesividad, mínima intervención y subsidiaridad.

Trataremos de demostrar la inoperancia de la norma, mostrando en el desarrollo de la investigación, los distintos ensayos de solución aportados por la judicialidad y la doctrina, que van desde la postulación de penas por debajo del mínimo legal, hasta implementar criterios de exclusión de responsabilidad por causas de atipicidad o falta de antijuricidad, pasando incluso por declaratorias de inconstitucionalidad en aplicación del control difuso de la constitucionalidad.

Pretendemos llegar a conclusiones de validez general, que denoten los distintos factores que involucra la problemática planteada, con la finalidad de formular recomendaciones técnicamente viables.

## 2) Planteamiento del problema de investigación

La tesis está orientada a identificar y describir los factores que determinan y condicionan lo que consideramos una equivocada política criminal y una deficiente técnica legislativa en la protección de la indemnidad sexual de los menores, en el caso específico de las relaciones sexuales o análogas que realicen con consentimiento los menores de catorce a menos de dieciocho años de edad.

## 3) Objetivos de la investigación

### 4.1. Objetivo general

Demostrar que en nuestro país la política criminal peruana, relacionada a la protección de la indemnidad sexual de menores, se manifiesta deficiente en cuanto sanciona severamente las relaciones sexuales y análogas, realizadas mediando consentimiento, por menores de catorce a menos de dieciocho años de edad, trasgrediendo fundamentales principios reguladores del control penal, así como la libertad sexual de los adolescentes.

### 4.2. Objetivos específicos

4.2.1. Demostrar que el fundamento político criminal evidenciado en la modificación legislativa, que introduce en el Art. 173 del Código penal, la

imputación específica de quien tenga relaciones sexuales o análogas, consentidas con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad, parte de supuestos equívocos, que pretenden instrumentalizar al Derecho penal como instrumento promocional, buscando imponer patrones de conducta ético-moralistas, extraños a su ciencia y finalidad.

4.2.2. Demostrar la distorsión sistémica que ha motivado la inclusión de la norma modificatoria en el conjunto normativo penal nacional.

4.2.3. Demostrar la falta de merecimiento penal y la ausencia de lesividad que fundamente el injusto, en los supuestos específicos de relaciones sexuales o análogas, consentidas con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad.

4.2.4. Demostrar que la modificación legislativa introduce en sociedad un elemento que pone en riesgo la seguridad jurídica, ya que no ha tomado en cuenta la realidad psico-física de los adolescentes con respecto a su sexualidad, ni la indiosincracia nacional ni las costumbres sexuales de nuestra comunidad.

4.2.5. Demostrar como la tipificación como delito, de los supuestos específicos de relaciones sexuales o análogas, consentidas con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad, ha ocasionado una distorsión en la operatividad judicial, que mediante sentencias y acuerdos plenarios ha pretendido solucionar los problemas de imputación al respecto.



4.2.6. Demostrar que las soluciones implementadas por la judicialidad, para resolver los problemas de los supuestos específicos de relaciones sexuales o análogas, consentidas con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad, no resuelven la problemática.

4.2.7. Demostrar que la solución a la problemática planteada, no se resuelve mediante esfuerzos interpretativos de la judicialidad, sino que involucra una acción directa del legislador.

2.2.8. Proponer al legislador modificar la norma, reconduciendo los fundamentos proteccionistas, a un nivel adecuado que permita el aseguramiento de la indemnidad sexual de los menores, sin excesos y dentro de los márgenes que propician los principios de lesividad, proporcionalidad, subsidiaridad y mínima intervención penal.

#### 4) Diseño y características de la investigación

Se propone el diseño de una investigación teórico dogmática, en la que se apelará a fundamentos históricos y comparativos, que permitan realizar una adecuada función interpretativa de la realidad problemática, a la espera de canalizar aplicativa y explicativamente los resultados y conclusiones.

5) Marco teórico

La investigación se realizará sobre la base de los aportes científicos y doctrinarios de:

- a) Teoría del delito
- b) Teoría de la coerción penal
- c) Principio de legalidad
- d) Principio de proporcionalidad
- e) Principio de lesividad
- f) Principio de subsidiaridad
- g) Principio de necesidad
- h) Principio de relevancia penal
- i) Principio de mínima intervención

6) Resultados esperados

Con los resultados de nuestro trabajo esperamos contribuir a la labor docente, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada. Contribuir también con el aporte de interpretación necesario para la labor de los operadores legislativos y de justicia.

## 7) Justificación de la investigación

Dentro de los fines que orientan la labor universitaria, humanista y científica, está el de la búsqueda del aporte de nuevas ideas, alternativas y soluciones a los diferentes problemas que aquejan a las sociedades, y siendo el fundamento de nuestra Facultad el de propender a la investigación de temas jurídicos y sociales, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar el conocimiento doctrinario de la problemática de la punición de los atentados contra la indemnidad sexual, para reconducir la labor docente, legislativa y a la interpretación judicial y doctrinaria, que por la importancia del tema en estudio, requiere una mejor y mayor profundidad, para propiciar un mejor conocimiento por parte de alumnos, profesores y operadores, tanto legislativos como judiciales.

## 8) HIPOTESIS DE TRABAJO

### 9.1. Hipotesis general

Los factores que probablemente determinan que en el Perú exista un inadecuado tratamiento judicial en la imputación de las conductas lesivas a la indemnidad sexual de los menores, específicamente en el caso de relaciones sexuales o análogas consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad, son de naturaleza jurídico-positiva como político criminal:

a) Jurídico-positivo: Por cuanto la normatividad vigente evidencia una redacción que exige, desde la perspectiva legalista, una imputación basada en la mera objetividad de la relación sexual, sin tener en cuenta otro tipo de factores excluyentes de la responsabilidad penal.

b) Político criminal: Por cuanto la realidad evidencia una posición equivocada del legislador, que pretende utilizar el Derecho penal como instrumento de cambio social, sujeto a consideraciones ético-morales, extraños a la finalidad de la ciencia penal.

## 9.2. Hipotesis específicas

9.2.1. Los fundamentos que informan el contenido conceptual de libertad sexual e indemnidad sexual, se manifiestan diferenciales, siendo necesario, a los efectos de una adecuada política criminal prevencionista, deslindarlos con precisión.

9.2.2. El contenido del injusto en los atentados contra la indemnidad sexual, se aprecia basando la lesividad en una relación directamente proporcional a la edad del menor, que por su escaso o nulo desarrollo psico-físico, puede ser objeto de agravios sexuales aunque hayan permitido el acceso sexual.

9.2.3. La protección jurídico penal de la indemnidad sexual debe circunscribirse sobre menores hasta antes de cumplir catorce años.

9.2.4. El legislador nacional a introducido al sistema una norma que se manifiesta simbólica y manifiesta una vedada orientación promocional.

9.2.5. La responsabilidad penal y el merecimiento de pena se manifiestan insubsistentes, diluyéndose el reproche en los casos de relaciones sexuales consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad.

9.2.6. El supuesto de relaciones sexuales consentidas de menores de catorce a menos de dieciocho años de edad, debe manifestarse atípico.

## Capítulo II

### Desarrollo del Marco Teórico

#### Sub Capítulo I

##### Aspectos Generales de identificación de la Problemática de protección sexual de menores

###### 1. Violación: Antecedentes históricos

La violación, entendida como conducta trasgresora, que implica el acceso carnal practicado contra la voluntad de la víctima, ha merecido históricamente el repudio social y el reproche legal. Históricamente es posible apreciar como las más antiguas legislaciones se ocupaban de su sanción, inclusive aplicando las más severas penas.

En la Babilonia de la antigüedad, el Código de Hammurabi sancionaba drásticamente la violación, que era una conducta considerada agravada y que

atentaba no solamente contra la víctima de manera individual, sino que su efecto dañoso se proyectaba a la sociedad en su conjunto. Igualmente, primando criterios místicos y de completa sujeción a la divinidad, propia de la época, se consideraba incluso que tal conducta agraviaba a los mismos dioses, por lo que generalmente se sancionaba con pena de muerte (el garrote y el ahorcamiento público fueron muy comunes para efectivizar el castigo).

Al respecto, el derecho hebreo era mucho más drástico, pues contenía penas verdaderamente draconianas y absolutamente desproporcionadas. Extendía los efectos de la responsabilidad incluso a terceros no participantes en el acto de violación. Se llegaba al extremo de sancionar con la muerte al violador, y hacer extensiva dicha pena incluso a sus familiares más cercanos.

En Roma, conforme lo normado en el Digesto (Ley V, Título VI), se castigaba incluso con pena de muerte a quienes ejercían violencia para lograr el acceso sexual o carnal, no interesando la condición de casada o soltera de la víctima. La violación se conoció en el Derecho Romano como estupro violento <<stuprun violentum>>.

El Derecho Canónico también sancionaba la violación, introduciendo una curiosa forma de discriminar la incidencia de la pena a imponer. Así, se sancionaba con pena de muerte cuando la violación se realizaba sobre una mujer virgen a la que se mancillaba doblemente al producir de esta manera su desfloración. Pero, si la violación se producía sobre una mujer que ya no era

virgen, la pena era de naturaleza más leve, no considerándose en este supuesto como violación.

Observamos, de acuerdo a lo que la historia muestra, que la violación siempre ha sido objeto del más profundo reproche, siendo que en la antigüedad, así como en la edad media (e incluso muy adentrada la edad moderna), la respuesta punitiva era fundamentalmente la pena de muerte.

En España, el Fuero Juzgo castigaba al noble con 100 azotes y al siervo a morir quemado en caso de ser autores de violación. El Fuero Viejo de Castilla sancionaba con pena de muerte a quien forzara a una mujer, fuera o no virgen. También las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o yaciere con alguna de ellas por fuerza (Fontán Balestra, Tratado de Derecho penal, pág. 59).

En el incanato, la violación se sancionaba de distintas formas, como por ejemplo, la expulsión del pueblo, el linchamiento, entre otras y sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.

Durante la época colonial, en el Perú tuvo vigencia la legislación ibérica de la época, que se aplicó de manera absolutista y discriminatoria (la cifra negra de la criminalidad aumenta ostensiblemente debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestros indígenas <García del Río, Delitos Sexuales, 2004, pág. 5>).



Durante la época republicana en nuestro país, el Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava (“De los delitos contra la honestidad”), Título II, los delitos de violación, estupro, rapto y otros delitos, disponiendo que: “El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado....En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impuber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido” (Art. 269). El Código penal de 1924 recogía los así llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales dentro de la rúbrica genérica de los delitos contra las buenas costumbres, los cuales se ubican a su vez en el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo de dicho cuerpo normativo. Por su parte, el legislador de 1991, quita de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual (Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de “delitos contra la libertad, Capítulo IX “violación de la libertad sexual”).

## 2. Concepto de violación

En su significación más generalizada, nos dice Tiegui (Delitos Sexuales, T I, pág. 166), la violación puede definirse como la conducta consistente en tener acceso carnal violento o con víctima a la que la ley penal considera incapacitada para consentir sexualmente.

En un sentido más amplio, nos dice Lama Martínez, la violación puede conceptuarse como el acceso carnal obtenido o procurado mediando violencia o sin el consentimiento de la víctima. Al decir “sin consentimiento de la víctima”, la doctrina pretende comprender todas las hipótesis conductuales en las cuales la ley penal presupone *juris et de jure* la incapacidad absoluta de consentir (los menores de cierta edad); y también aquellas otras en las que la víctima se encontraba incapacitada, por su estado mental, de dar razonadamente tal consentimiento o psicofísicamente imposibilitada para resistir (“Aspectos Críticos del Bien Jurídico en los Delitos Contra la Libertad Sexual”, 2003, Pág. 27).

Desde la perspectiva normativa nacional, y conforme la modificación legislativa introducida mediante Ley 28251(8 de junio de 2004), se entiende por violación el acceso carnal, no deseado, no permitido o imposible de tenerse por aceptado, sea por vía vaginal, anal o bucal o realizado mediante otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

Partiendo de este concepto genérico de violación, es posible en la actualidad establecer una clasificación dogmática de las diversas conductas que integran el catálogo delictivo de la violación. Así, si se trata de menores o adultos imposibilitados de consentir, aparece la que en doctrina se denomina “violación presunta”. Si el acceso se logra instrumentalizando el engaño o la oferta económica, tenemos los delitos de “seducción” o el denominado “usuario

cliente”. Completan esta estructura las conductas de violación en las que el agente utiliza violencia o grave amenaza, para obligar el acceso carnal.

### 3. El bien jurídico Protegido: Evolución

La legislación penal en materia de atentados contra la sexualidad, se sustenta en una larga y arraigada tradición moralista, que se remonta a la época colonial. Así, refiere Hurtado Pozo, se aprecia un marcado sistema estratificado, dependiente de una concepción religiosa y moral discriminadora de la mujer (Delitos sexuales y derechos de la mujer....2000, págs. 23-26).

El Código penal de Santa Cruz, vigente en el Estado Sud-Peruano de la confederación Peruano-Boliviana (1836-1838), influenciado principalmente por el C.P español de 1822, el Código Napoleónico de 1810 y el derecho histórico español (Cfme. Villavicencio, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, 1990, pág. 73), implemento un sistema normativo de gran contenido moral, que a decir de Caro Coria y San Martín Castro (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, 2000, págs. 59-60), determinó la presencia de un catálogo de moralidad sexual donde sólo el hombre podía realizar los comportamientos punibles de “abusos deshonestos”, teniendo como víctima principalmente a la mujer, sólo el varón menor de edad (“impúber”) podía ser objeto de delito sexual. A esta desigualdad, se añadió la de otorgar mayor tutela a la mujer “honesta” frente a la “pública conocida por tal”, dada la desaprobación social (moral) de su conducta pública. Se sancionaba, por

ejemplo, el abuso de una mujer honesta (previéndose como circunstancia atenuante que la violentada fuere “mujer pública, conocida por tal” <Art. 421>), la seducción con cópula carnal de una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad y menor de 17 años (Art. 422), el abuso deshonesto de una “mujer no ramera, conocida como tal” mediante matrimonio fingido, previéndose una atenuante si fuere “mujer pública conocida como tal” (Art. 568), entre otras conductas típicas.

El Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava (“De los delitos contra la honestidad”), Título II, los delitos de violación, estupro, rapto y otros delitos, disponiendo que: “El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado....En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impuber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido” (Art. 269). Es de apreciarse, del contenido normativo de este código, que el legislador de la época, influenciado todavía por la legislación y doctrina ibérica, mantuvo en sus disposiciones un marcado contenido moralista, y como bien aprecian Caro Coria y San Martín Castro (ob. Cit. Pág. 60), la discriminatoria concepción unilateral de la agresión sexual (hombre-autor vs. Mujer-víctima, salvo en el delito de sodomía). Asimismo, aunque renunció a la diferencia entre “mujer Honesta” y “mujer pública”, con mayor casuística condicionó el grado de tutela según la mujer fuera “virgen”, “doncella”, “casada” o “viuda”, honestas. Ello se aprecia en la definición de los comportamientos punibles, al sancionar por ejemplo la violación de una virgen impúber (aún con su consentimiento), o a

una mujer casada fingiendo el autor ser su marido (Art. 269), el estupro de una virgen mayor de 12 y menor de 21 años, mediante la seducción (Art. 270), o la sodomía (Art. 272).

El Código penal de 1924, evidencia un alejamiento de las fuente española para nutrirse fundamentalmente de una evidente influencia helvética (Hurtado Pozo, en su “ley Importada”, refiere la influencia que el Código Maúrtua recibe del Proyecto Suizo de 1918). Este Código recogía los así llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales dentro de la rúbrica genérica de los delitos contra las buenas costumbres, los cuales se ubican a su vez en el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo de dicho texto punitivo. Este cuerpo normativo punitivo, novísimo y de avanzada para la época, tampoco logró sacudirse completamente del contenido moralista que siempre caracterizó a los delitos sexuales. Ello se aprecia desde la perspectiva misma del nomen iuris utilizado: “Delitos contra la libertad y el honor sexuales”. Se hacía referencia también a conceptos de “buenas costumbres”, “conducta irreprochable, etc. Asimismo, no se consideraba como sujeto pasivo del delito ni a la mujer casada dentro del matrimonio, ni al varón.

Por su parte, el legislador de 1991, aunque siguiendo la fuente que constituye el Código Maúrtua (1924), y por tanto, de manera indirecta, el proyecto Suizo de 1918, se preocupa en quitar de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual (Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de “delitos contra la libertad, Capítulo IX

“violación de la libertad sexual”. No obstante, una visión general a los delitos sexuales, permite apreciar cierto rezago de fundamentos moralizadores, como cuando se utilizan las expresiones: “seducción” (Art. 181), “ofensas al pudor público” (Capítulo XI), “obsceno” (Art. 183), “pudor” (Art. 183), etc.

En tal sentido, la política criminal peruana actual sitúa como objeto jurídico de protección, a la “libertad sexual”, pero esta noción queda todavía corta de cara a la amplitud del contenido normativo protector, ya que no comprendería in extensu, la protección de la indemnidad o incolumidad sexual.

#### 4. Libertad e indemnidad sexuales: conceptualización

Tanto en la doctrina como en la legislación, ha quedado suficientemente establecido, que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual.

El análisis del objeto de tutela, a esta época, carece de mayor complejidad tanto por la superación de criterios de antaño, vagos e imprecisos, que presididos por un fuerte contenido moralizador (sentimiento de decencia y moralidad, inviolabilidad carnal, honestidad, ofensa al honor sexual, etc.), no alcanzaron a desentrañar la genuina protección de esta importante parcela de la libertad individual, como por el carácter inconfundible del bien que hoy se resguarda en este arquetipo de conductas: 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 libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.

La esencia de este atributo personal se cifra en la facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propias y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloquen en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión.

De manera comprensible el Derecho penal cuida de no entrometerse en estadios tan íntimos de la personalidad del individuo como son los que atañen al sexo y a su dinámica. Abiertamente se desentiende de la opción que se les asiste al sujeto, individualmente considerado, de hacer o no utilización de las atribuciones que corresponden a su ámbito sexual. La autodeterminación de elegir el contenido del objeto venéreo, el destinatario de tal relación y la preferencia misma de la libido, son facetas plenas y subjetivas de la persona que no guardan aún ningún significado para el derecho mientras comportamientos particulares no afectan o menoscaben tan íntima esfera, lo que posibilita la intervención penal, con cariz prevalente.

Sin duda, nos dice Díez Ripollés, la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las investigaciones jurídico penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos. 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. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el Derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del Derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad ("Delitos Contra la Libertad Sexual, 1999, pág. 217-218).

Es pues, la libertad sexual individual, como se ha señalado por todos los autores que se han ocupado repetidamente de la materia, el bien o interés que se ha de adecuar a la protección del delito en estudio. En definitiva, respeta y preserva el legislador el derecho que tiene el ser humano de copular o de agotar las formas imaginables del placer erótico con la persona que su voluntad señale, el de negarse a ejecutar las funciones de su sexo con quien no fuera de su agrado y aún, el de prescindir en términos absolutos de toda actividad genésica.



En este sentido, surgen como aspectos integrantes del bien jurídico a proteger, elementos positivos y negativos. Así, desde la perspectiva positiva, la libertad sexual posee un sentido dinámico, que asegura la libre disposición de la sexualidad sin mayor limitación que el derecho ajeno (en cuanto a la elección de la pareja y el tipo de relación). En su acepción negativa, la libertad sexual asume una posición pasiva, que determina la posibilidad de poder rechazar proposiciones no deseadas respecto a la realización de ciertos actos de naturaleza sexual o a la asunción de una clase de relación sexual. La libertad sexual en sentido negativo se vincula con la facultad de rechazar toda agresión o comportamiento, o con el consentimiento inválido o viciado, a otro en un contexto sexual determinando que no se desea (Cfrme: Castillo Alva: Tratado de Los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Pág. 26).

La libertad sexual se configura como una concreción de libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales (Morales Prats – García Alberó: “Delitos Contra la Libertad Sexual, 1996, Pág. 228).

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.

La elección de la libertad sexual como objeto de tutela del Derecho penal sexual se relaciona con una determinada percepción de lo que supone la

dimensión sexual en la vida humana y de la misión que le corresponde jugar al Derecho penal en este campo. En el primer sentido, presupuesto de la actual regulación es una valoración claramente positiva de la sexualidad, que obtiene por constituir una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con los planteamientos de auto-realización personal del individuo. El motivo por el que logra tal aprecio hace, por otra parte, que la efectiva posibilidad de desarrollar las diferentes opciones personales en este ámbito personalísimo se constituya en el punto de referencia fundamental. En ese contexto valorativo no ha de extrañar que un Derecho penal que interviene frente a ataques sustanciales contra los presupuestos básicos de un orden social entre cuyos fundamentos se encuentra el libre desarrollo de la personalidad, tenga como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual.

Pero, conforme a las ideas formuladas originariamente por la doctrina italiana y desarrollada posteriormente por algunos autores españoles, en determinadas hipótesis de los delitos sexuales no pueden afirmarse que se proteja la libertad sexual en cuanto que la víctima carece de esa libertad o, aún si fácticamente la tuviera, se considera por el legislador irrelevante. Estiman estos autores que la libertad sexual presupone, "libertad valorativa" que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada.

Por el término libertad sexual, señala Diez Ripollés, se entiende “aquél bien jurídico por el cual toda persona ejerce la actividad sexual en libertad”, es decir, la autonomía del desenvolvimiento en el ámbito de su sexualidad, pero como ha quedado anotado, es de apreciarse que existen personas que aún no pueden hacer empleo de dicha libertad de ejercicio de la actividad sexual, o si ostentándola de hecho, el legislador ha preferido prohibirla (Ob cit. Pág. 52).

Así, tenemos el caso de delitos de índole sexual contra los menores (generalmente de 14 años), donde por más consentimiento que estos brinden, ello no presenta efectos jurídicos en este aspecto, o cuando la víctima se encuentra privada de razón, y por ello no puede comprender el carácter del acto con contenido sexual, no se presentará la libertad sexual; ante este panorama, no se puede decir que en estos casos se proteja la libertad sexual, sino que deberá hacerse alusión a la indemnidad o intangibilidad sexual, como bienes jurídicos tutelados de aquellas personas que aún no pueden ejercer su sexualidad en forma libre, pero que en un futuro próximo si lo podrán hacer (sea el caso de menores o de adultos o de incapaces mentales), por esta razón el Estado les otorga protección a fin de evitar que sean manipulados o sometidos a abusos por terceras personas, atentando de esa forma su pleno desarrollo sexual. En tal sentido, Bramont Arias Torres y García Cantizano señalan que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esta libertad, o aún si la tuviera fácticamente, ha sido considerada irrelevante (ob. Cit. Pág. 43).

Así, queda claramente definido que la indemnidad sexual corresponde a un derecho prevalente, que le asiste al menor, en salvaguarda de la intangibilidad y protección que el Estado debe brindar a una esperanza o expectativa a futuro de la posibilidad que ellos deben tener de un normal ejercicio de su sexualidad; derecho espectacioso que se vería truncado o menoscabado por conductas, violentas o no, que tergiversaran la noción que a futuro debería tener el menor de su propia sexualidad, sometiéndolo a tratativas sexuales que su psiquis no está todavía en la posibilidad de entender plenamente.

Surge así la necesidad de un control penal, que, sobre la base de considerar las tratativas sexuales, incluso las permitidas por los menores, asegure la salvaguarda de la intangibilidad sexual de los mismos, surgiendo de esta manera el concepto de violación presunta, caso en el cual, por el escaso desarrollo psico-físico que presentan los menores de corta edad, lo que se presume es la violentación de su indemnidad sexual.

##### 5. La indemnidad sexual de menores y su protección jurídico penal

Los menores, especialmente los de temprana edad, carecen de la facultad de disponer su participación en relaciones con contenido sexual, aunque fácticamente pueden participar o pueden consentir las mismas, existe, en este sentido, una intangibilidad sexual; es decir, se sanciona la actividad sexual propiamente dicha, aunque la persona haya prestado su consentimiento,

puesto que lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Refiere Salina Siccha, que le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

Sobre el particular, Muñoz Conde señala que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objetos sexuales por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos y apetitos sexuales (Derecho penal; parte especial, 1999; Pág. 197).

Como ya ha quedado dicho, la indemnidad sexual de menores, como objeto de protección jurídica, se concretiza en la idea de preservar intangible un futuro y normal desarrollo de la libertad sexual que luego le será reconocida a los menores cuando sean adultos. “El ejercicio de la sexualidad se prohíbe con ellos en la medida en que puede afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro” (Muñoz Conde, loc. Cit.). Con respecto a estos casos, Mantovani refiere que el disvalor reside, a veces, en la precocidad del acto sexual en cuanto desestabiliza y abre la puerta de un mundo de emociones que el adolescente no administra ni controla y porque es capaz – como enseña la respectiva competencia científica- de perjudicar el normal

desarrollo y la gradual maduración de la personalidad bajo el perfil afectivo y psicosexual: el derecho a un crecimiento equilibrado también de la sexualidad (Diritto Penale; Parte Speciale: I Delitti contro la liberta e l'intangibilita sessuale, Pág. 5).

La indemnidad sexual se constituye así en un derecho fundamental, que le asiste al menor, que a su vez le asegura, en su condición de persona, la salvaguarda de la intangibilidad y protección que el Estado debe brindar a una esperanza a futuro de la posibilidad que ellos deben tener de un normal ejercicio de su sexualidad; derecho que se vería truncado o menoscabado por conductas, violentas o no, que tergiversaran la noción que a futuro debería tener el menor de su propia sexualidad, sometiéndolo a tratativas sexuales que su psiquis no está todavía en la posibilidad de entender plenamente.

Por lo dicho, resulta incuestionable que el Estado manifieste, dentro de su política criminal, un ámbito de protección específica sobre la indemnidad sexual de los menores; pero, sobre la base de criterios de razonabilidad, oportunidad, merecimiento y mínima intervención, la doctrina en general siempre se ha planteado la problemática de la extensión que debe caracterizar dicha protección (específicamente en los casos en que medie aceptación del propio menor). ¿Resultará oportuno a los fines proteccionistas del Derecho penal, reprochar la actividad sexual consentida de todos los menores en general?. ¿Le compete al Estado, vía Derecho penal, limitar la posibilidad que los menores, con cierto desarrollo psíquico, puedan acceder al conocimiento de su propia sexualidad, privándoles de un fundamental derecho constitucional?.

Creemos que no y coincidimos con Prado Saldarriaga en que el Derecho penal moderno debe orientarse a posibilitar las diferentes opciones personales en el ámbito sexual, sobre la base de principios dogmáticos, político criminales y lejos de concepciones moralistas, para que así signifiquen un derecho de avanzada en la solución de los problemas sociales.

La legislación comparada da testimonio de que los actos sexuales consensuados entre un joven y un adulto no son prohibidos generalmente. Las normas alemanas concernientes al sexo con jóvenes están fundadas sobre la noción que los jóvenes necesitan desarrollarse gradualmente en seres sexuales, y así, que los contactos sexuales no pueden ser totalmente prohibidos (Tatjana Hörnle, en *Delitos Contra la libertad Sexual*; Director Luis Reyna Alfaro, 2005, Pág. 206). En esta perspectiva, Hörnle, manifiesta también (loc. Cit.), que esta consideración es obviamente familiar para la legislatura en New York, donde la Ley penal exime a los compañeros sexuales jóvenes de pena si la diferencia de edad no es substancial, p.e. el ofensor es mayor por menos de cinco años (Ley penal de N.Y. 130.55). Esta disposición deja espacio para el intercambio sexual consentido entre personas jóvenes. Los dos sistemas difieren, por tanto, en la valoración de actos sexuales consentidos entre un joven y un adulto. El derecho alemán prohíbe tales actividades sólo bajo específicas circunstancias agravantes, por ejemplo, cuando un adulto de más de dieciocho años explota a un joven vulnerable (p.e., cuando la víctima se encontraba sin hogar o era adicto a las drogas) o paga por los actos sexuales.

El asunto parece residir en la elección del marco de tutela penal. Al derecho penal le asiste una función preventiva y protectora, que legitima a veces su intromisión hasta en ámbitos que lindan con la afectación de otros derechos fundamentales, pero que se acepta socialmente en aras de la protección de bienes jurídicos fundamentales para la vida de relación. La justa medida de tal aceptación social se da en una relación directamente proporcional a la lesión o puesta en riesgo de tales vitales bienes objeto de tutela.

Así, para evitar una intromisión vedada, se debe escoger y poner límites al *ius puniendi*, escogiéndose el preciso objeto de protección. Así, la lesividad debe corresponder a una estricta elección del momento del desarrollo humano que verdaderamente requiera de protección. En el caso de menores de muy corta edad, la elección es sencilla, pero cuando se trata de menores que por su desarrollo psico fisiológico van alcanzando madurez sexual, resulta ardua la tarea de elegir hasta donde y hasta cuándo se debe ejercer la protección penal, que evidentemente recorta sus posibilidades de elección en cuanto la relación sexual pueda ser consentida.

Al parecer, y no siendo esta la solución todavía más perfecta, resulta oportuno apelar a fórmulas abstractas y genéricas, que identifiquen el merecimiento penal en relación a la edad de los menores.



6. La protección de la indemnidad sexual de los menores en el Derecho comparado

Así, de manera meramente referencial es pertinente recoger, las experiencias normativas que sobre el particular se dan en algunos de los sistemas penales iberoamericanos, para constatar cómo es que han asumido el problema de la protección de la sexualidad de los adolescentes:

El Código penal español, en su parte pertinente, imputa como punible la agresión sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de de las dos primeras vías, con pena de prisión de seis a doce años (Art. 179. Por su parte, el Art. 180 establece pena de doce a quince años, cuando en la violación concorra cualquiera de las siguientes circunstancias: 3) “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”. Así la norma española ha considerado que a partir de los trece años de edad una persona es capaz de disponer libremente de su sexualidad.

El Código Penal argentino, establece en su artículo 119, que será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: Cuando la víctima fuere menor de doce años. En igual sentido, el artículo 120 señala que: Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta

mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números dos y tres del artículo anterior. De esta manera constatamos que en la legislación argentina se considera que una persona mayor de doce años de edad es capaz de discernir sobre su sexualidad.

El Código Penal de Bolivia, señala por su parte en el artículo 308, que en caso de acceso carnal con persona de uno u otro sexo, si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato. Por su parte el artículo 309 refiere que: El que mediante seducción o engaño tuviere acceso carnal con mujer honesta que hubiere llegado a la pubertad y fuera menor de diez y siete años, incurrirá en la pena de privación de libertad de dos seis años. Como vemos, el Código Penal boliviano se remite al concepto de “pubertad” que es más lato que establecer un cuantificado etéreo.

El Código penal chileno establece en el artículo 363, que será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias que la ley señala, como por ejemplo: abusar de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno. Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia,

educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral. Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima o Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. De igual manera el artículo 366º, refiriéndose al abuso sexual, sanciona al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años. Como vemos, la edad de libre disposición de la sexualidad en consecuencia es los doce años en Chile.

El legislador penal colombiano también adopta esta fórmula, y sanciona en su artículo 208, al que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, imponiendo pena de prisión de cuatro a ocho años. El derecho colombiano, establece la protección penal hasta los catorce años de edad y a partir de ella la persona puede disponer libremente de su sexualidad.

Por su parte, el artículo 375 del Código penal venezolano, tipifica la conducta del que por medio de violencia o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años. La misma pena se le aplicará al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo, que al momento del delito: 1) No tuviere doce años de edad. En Venezuela se establece, como vemos, los doce años como parámetro para la protección de la indemnidad sexual.

En Brasil, conforme a su Código penal (Art. 218), se sanciona, como corrupción de menores, a quien corrompe o facilita la corrupción de personas mayores de 14 años y menores de 18 años.

En Ecuador, la ley penal sanciona como violación el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por la vía vaginal, anal o bucal, con persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos (Art. 512): 1) Cuando la víctima fuere menor de 14 años.

En Panamá, el Código penal (Art. 216), imputa la conducta de quien tenga acceso sexual con persona de uno u otro sexo, utilizando sus órganos genitales u otras partes de su cuerpo, o introduciendo cualquier objeto en los genitales, boca o en el ano de la víctima, será sancionado con prisión de 3 a 10 años, en los siguientes casos: 4) Con persona de uno u otro sexo que no hubiere cumplido 14 años...

En Paraguay, observamos que el artículo 135 de su Código penal, sanciona con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, la conducta de quien: 1° Realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en si mismo o a terceros. A tenor del numeral 8° del artículo acotado, "se entenderá por niño..., a la persona menor de catorce años.

La legislación penal Uruguay sanciona, en su artículo 272, como violador al que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. Señalando además, que la violencia se presume cuando la

conjunción carnal se efectúa: 1° Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos.

#### 7. La protección de la indemnidad sexual de los menores en el Derecho Penal Peruano

Como ya se ha hecho referencia, la legislación penal en materia de atentados contra la sexualidad, se sustenta en una larga y arraigada tradición moralista, que se remonta a la época colonial, apreciándose en el devenir histórico, “un marcado sistema estratificado, dependiente de una concepción religiosa y moral discriminadora de la mujer” (Hurtado Pozo, Delitos sexuales y derechos de la mujer...2000, págs. 23-26).

El Código penal de Santa Cruz, vigente en el Estado Sud-Peruano de la confederación Peruano-Boliviana (1836-1838), influenciado principalmente por el C.P español de 1822, el Código Napoleónico de 1810 y el derecho histórico español (Cfme. Villavicencio, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, 1990, pág. 73), implemento un sistema normativo de gran contenido moral, que a decir de Caro Coria y San Martín Castro (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, 2000, págs. 59-60), determinó la presencia de un catálogo de moralidad sexual donde sólo el hombre podía realizar los comportamientos punibles de “abusos deshonestos”, teniendo como víctima principalmente a la mujer, determinándose por excepción, que sólo el varón menor de edad (“impúber”) podía ser objeto de delito sexual.

El Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava (“De los delitos contra la honestidad”), Título II, los delitos de violación, estupro, rapto y otros delitos, disponiendo que: “El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado....En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impúber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido” (Art. 269). Es de apreciarse, del contenido normativo de este código, que el legislador de la época, influenciado todavía por la legislación y doctrina ibérica, mantuvo en sus disposiciones un marcado contenido moralista. La referencia a la edad del impúber estaba contenida en el artículo 270, en el que se sancionaba el estupro de una virgen mayor de 12 y menor de 21 años, mediante la seducción.

Producido el movimiento de reforma de la época, se dio vida a nuestro Código penal promulgado mediante Ley N° 4868 (11-01-1924). En dicho cuerpo normativo la protección penal de la indemnidad sexual de los menores, se instituyó en el Libro Segundo, Sección Quinta: “Delitos contra la libertad”, tipificándose en el artículo 199, el delito de “violación de menores”.

La fuente originaria de tal modalidad delictiva la encontramos en el Artículo 166, inciso 2°, del proyecto suizo de 1918, mientras que el precedente legislativo nacional lo tenemos en los artículos 269, segunda parte, y en el artículo 272 del Código penal de 1863 (Cfrme: Roy Freyre, Derecho Penal Peruano, Tomo II, 1975, pág. 81).

Inicialmente el artículo 199 reprimía con penitenciaría o prisión no menor de dos años, al que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años. Indicaba también, que la pena será de penitenciaría no menor de tres años, si la víctima es un discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo, o hijo de su cónyuge, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado.

El texto original fue modificado por el Decreto Ley N° 17388, Art. 3°, en el que se introdujo la pena de muerte para este delito en el caso de que la víctima tuviere siete o menos años de edad. Posteriormente, mediante Decreto Ley N° 20583, de 9 de abril de 1974, se modifica el acotado artículo 199 y apelándose a un criterio escalonado en base a la condición personal de la víctima, se inserta una gradualidad de penas en relación a un reproche mayor en atención a la edad de la víctima.

Así, el nuevo texto disponía que “será reprimido con pena de muerte el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de siete o menos años de edad. La represión será penitenciaría no menor de diez años, si la víctima contara con más de siete a catorce años de edad y estuviera comprendida en la circunstancia agravante prevista por este artículo. La pena será penitenciaría o prisión no menor de cinco años, cuando tratándose de estos menores no medie dicha circunstancia”. “Constituye circunstancia agravante de responsabilidad si la víctima es discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge o

conviviente, o su hermano, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado u hospedado” (Ref. Espino Pérez, Código Penal, 1982, Pág. 243).

Conforme al nuevo texto, la edad de referencia para la protección penal se redujo de 16 a 14 años y se introdujo un criterio escalonado de imputación: En primer lugar, si el menor tenía siete o menos años de edad, se aplicaba pena de muerte; Si la edad del menor era de más de siete a catorce años, la pena era de penitenciaría no menor de diez años.

Por su parte, el legislador de 1991, aunque siguiendo la fuente que constituye el Código Maúrtua (1924), y por tanto, de manera indirecta, el proyecto Suizo de 1918, se preocupa en quitar de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual (Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de “delitos contra la libertad, Capítulo IX “violación de la libertad sexual”. No obstante, una visión general a los delitos sexuales, permite apreciar cierto rezago de fundamentos moralizadores, como cuando se utilizan las expresiones: “seducción” (Art. 181), “ofensas al pudor público” (Capítulo XI), “obsceno” (Art. 183), “pudor” (Art. 183), etc.

En tal sentido, y como ya hemos tenido la oportunidad de apreciar, la política criminal peruana actual sitúa como objeto jurídico de protección, a la “libertad sexual”, pero esta noción queda todavía corta de cara a la amplitud del contenido normativo protector, ya que no comprendería in extensu, la protección de la indemnidad o incolumidad sexual.



El codificador penal de 1991, consideró conveniente también limitar la edad del menor, en cuanto a la protección de su indemnidad sexual, hasta los 14 años. Conservó también una de las innovaciones más destacables que se introdujo en la legislación anterior, que fue instauración de un sistema punitivo escalonado en relación directa a la edad del menor, que permite una graduación del reproche y la sobrecriminalización de la conducta del agente, para quien se reservan las más graves penas de acuerdo al menor desarrollo de la edad cronológica del menor.

La técnica legislativa adoptada, permite apreciar que la decisión político criminal, adoptada en relación a la defensa de la sexualidad de los menores, ha sido la de circunscribirla dentro de los delitos contra la libertad sexual, pero con un matiz de superior penalidad en cuanto se refiere al ataque a la indemnidad sexual, es decir, contra menores de 14 años o incapaces; por lo que, el ámbito de discusión, sería la idoneidad de este referente, que constituye la edad, para poder considerar la indemnidad sexual; al respecto, debemos señalar que, originariamente, en el ordenamiento penal peruano, se protege a los menores de edad, sólo hasta los 14 años, de algún acto contra su indemnidad sexual y por encima de esta edad, se pasaba a la protección de la libertad sexual, siempre que medie violencia, amenaza, o engaño, con excepción de las personas incapacitadas mentalmente o incapaces de resistir, a los que se le protege la indemnidad sexual.

Consideramos que la edad fijada de 14 años constituye el límite correcto, teniendo en cuenta las circunstancias biológicas, sociales y culturales de nuestro país, lo cual es concordante con las legislaciones penales contemporáneas que nos muestra el derecho comparado. No obstante, mediante la Ley N° 28704 publicada el 5 de abril de 2006 se modifica el artículo 173, y en la actualidad el delito de violación de menor de 14 años de edad, ha sido variado, hasta convertirse en delitos de violación sexual de menor de edad, ampliándose el radio de protección de la indemnidad sexual a cualquier menor, víctima de menos de 18 años de edad, conforme se aprecia en inciso 3 del referido artículo; es decir, que cualquier persona que tenga acceso carnal con un menor de 14 años a menos de 18 años de edad, será imputado como autor del delito de violación sexual de menor (de esta situación se desprende que se estaría negando la libertad sexual a los adolescentes comprendidos entre estas edades, ampliándose la protección de la indemnidad hasta los 18 años de edad, que es la misma edad en que el adolescente alcanza la mayoría de edad, conforme a la Constitución y a las normas civilistas.

Como podemos apreciar, esta modificación legislativa distorsiona la tradición legislativa que se mostraba en el Código penal de 1991, que consideraba sólo punible al acceso carnal u otro análogo con menores de 14 años de edad, brindándose así, de manera restrictiva la protección a la indemnidad sexual; reservándose para los mayores de 14 y menos de 18, la defensa de la libertad sexual, en los actos de violación, mediando violencia o amenaza, y si hubiese consentimiento y mediase engaño, la seducción.

En el caso de mayores de catorce años y menores de 18 años de edad, por diversos factores, no sólo psico-físicos, sino también culturales y de socialización, consideramos que si pueden ejercer su sexualidad de manera libre, siempre y cuando medie consentimiento entre los involucrados. Pero al parecer esta no ha sido la posición asumida por el legislador, que como ya se ha hecho referencia, mediante la Ley N° 28704 publicada el 5 de abril de 2006, modificó el artículo 173, ampliando así el radio de protección de la indemnidad sexual a cualquier menor hasta los 18 años de edad, conforme se aprecia en inciso 3 del referido artículo.

Esta Ley, que resulta criticable en cuanto al fin ínsito y no declarado que contiene, pretende introducir en sociedad los fundamentos de una ya vedada finalidad “promocional”, rechazada por la doctrina penalística mayoritaria; y es que el Derecho penal se concibe modernamente como un instrumento de control utilizado con fines preventivos, protectores y resocializadores, siendo del todo equivocada la posición de quienes pretenden instrumentalizarlo para imponer en sociedad patrones culturales o modos de vida moral, que le son completamente extraños a su esencia (Para un mayor desarrollo, véase: “función ético-social y “función promocional” del Derecho penal; en: Lecciones de Derecho penal: Derecho Penal General I, Hugo Vizcardo, Silfredo, 2009, págs. 36 y 37) .

No es posible imponerse cuestiones de orden moral desde una ley, ya que la moral no puede ser reglada por actos legislativos, habida cuenta que no constituye función de Derecho penal promover una moral determinada, sino la

protección de bienes jurídicos de relevancia, y en este caso, se intenta reprimir el ejercicio de la sexualidad de los mayores de 14 años y menores de 18 años, lo que podría colisionar con los derechos fundamentales de las personas y los principios penales de lesividad y mínima intervención.

Sobre el particular, Castillo Alva señala que “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. Por ende, no debería homologarse la mayoría de edad, 18 años de edad, con el hecho de que la persona pueda estar autorizada a tener relaciones sexuales, puesto que denota fines moralizantes e intenta reprimir el libre desarrollo de la sexualidad de las personas, por medio del Derecho penal, lo cual no es soportable, habida cuenta que el Derecho penal debe ser el mecanismo último para mantener la convivencia pacífica de los hombres y lograr la protección de la sociedad (Ob. Cit. Pág. 22).

Es así que a partir de la modificación del artículo 173 (5 de abril de 2006), se introdujo no solo una distorsión de los fundamentos y principios que sustentan la ciencia penal, sino que operativamente se instaló en el sistema judicial una circunstancia que afectó los mismos cimientos de la imputación penal, y caló profundamente en la conciencia de los magistrados, poniendo a prueba la fortaleza del derecho que les asiste a la más libre determinación al pronunciar sentencia, amparados sólo por su criterio de conciencia y libre determinación.

De esta manera, exigidos y obligados por el principio legalista, se vieron forzados a imputar responsabilidad penal (con el peligro de la inminencia de penas tan severas que la nueva norma aplicaba: de 25 a 30 años de pena privativa de libertad), inclusive en aquellos casos en los que, mediando consentimiento (por preexistir relaciones afectivas e incluso de pareja). Esta situación se manifestaba no solamente abusiva, sino también peligrosa para la seguridad jurídica.

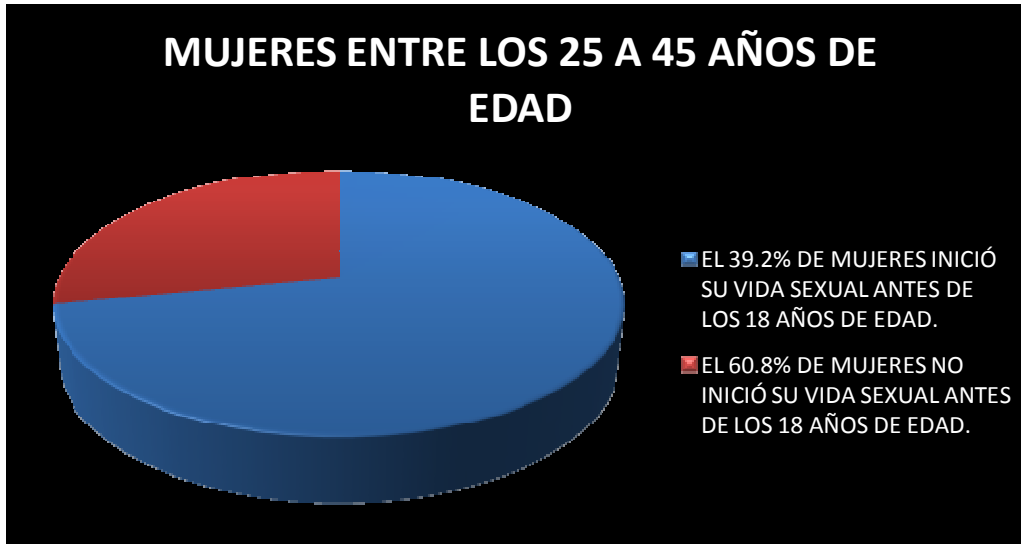
Muchos casos, debidamente documentados, se produjeron al comenzar a regir la nueva norma. Muchos adolescentes se vieron inmediatamente enfrentados a la justicia; jóvenes y menesterosos padres de familia, vieron truncada su esperanza de vida y quebrada su relación de pareja, cuando al dar a luz la joven madre, declaraba en la maternidad su edad, obligando inmediatamente a las autoridades sanitarias, bajo amenaza de ser imputados por omisión de denuncia, a dar parte a las autoridades policiales.

Es justamente allí donde radica la problemática que fundamenta nuestro trabajo, analizar los factores político criminales que orientaron la modificación legislativa, en el específico caso de los menores de 14 a menos de 18 años de edad que consientan la relación sexual; así como la problemática de su inserción sistemática y su operatividad, bajo el filtro de los principios de merecimiento, lesividad, mínima intervención y subsidiaridad.

Trataremos de demostrar la inoperancia de la norma, mostrando en el desarrollo de la investigación, los distintos ensayos de solución aportados por la judicialidad y la doctrina, que van desde la postulación de penas por debajo del mínimo legal, hasta implementar criterios de exclusión de responsabilidad por causas de atipicidad o falta de antijuricidad, pasando incluso por declaratorias de inconstitucionalidad en aplicación del control difuso de la constitucionalidad.

Pretendemos llegar a conclusiones de validez general, que denoten los distintos factores que involucra la problemática planteada, con la finalidad de formular recomendaciones técnicamente viables.

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



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



Conforme a las encuestas realizadas por nosotros, a nivel de estudiantes universitarios (Lima), del universo de 450 alumnas encuestadas, el 42.4% manifestó haberse iniciado sexualmente entre los 15 y 17 años de edad.





9. Fundamentos de la prohibición en la tratativa sexual con menores

La doctrina en general denomina a violación de menores como “violación ope legis” o “violación presunta” (incluyéndose dentro de esta denominación, incluso la ocasionada sobre personas que padecen de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental).

El uso de esta terminología ha motivado a un sector de la doctrina a formular serias objeciones acerca de la adecuada utilización penalística de su significado (Cfrme. Martínez Zúñiga, Lizandro: “Derecho penal sexual”, 1977, pág. 268; Rodríguez Devesa, José María – Serrano Gómez Alfonso: “Derecho penal español, 1994, pág. 181). El problema radica en que la denominación de “violación presunta”, determina una presunción iuris et de iuris de la utilización

de la violencia o grave amenaza en toda relación sexual que pueda haberse tenido con un menor, pudiendo ello no ser coincidente con el dato de la realidad, ya que en muchos casos el acceso sexual se encuentra desprovisto de estos elementos.

En esta perspectiva la ley no solo presupone, sino que supone violento el acceso carnal con menores (y en su caso con personas que sufren anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental). Se trataría de una ficción iuris et de iuris, de una ficción verdadera y propia en interés del orden jurídico. El legislador estimaría violenta una unión carnal que en realidad no lo es; para ello finge creer que hay ausencia de consentimiento, aunque en realidad no sea exacto (Al respecto, véase: Núñez, Ricardo: "Derecho Penal Argentino", 1959, T IV, pág. 254; Maggiore, Giuseppe: "Derecho Penal", T IV, 1986, pág. 62).

Se argumenta que contra la utilización del término "violación presunta", cabe oponer serios reparos tanto desde el punto de vista de la dogmática penal como desde la perspectiva constitucional, los cuales demostrarían lo errado de esta denominación, ello en razón de que tal expresión parte de una idea inexacta y falaz de considerar que la única modalidad de comportamiento que se sanciona en los delitos contra la libertad sexual es la que se caracteriza por el empleo de violencia física o grave amenaza (ello se deduce de la utilización del término "violencia" presunta). Circunstancia que incluso colisionaría con el principio de legalidad.

Nosotros, sin necesidad de dar por agotado el tema, consideramos que lo que en realidad quiere significar la terminología referida, que en este caso debe ser tomada como un indicativo representativo de lo que en realidad se quiere reprochar, es asumir que de lo que se trata aquí es de reprimir la violentación de la indemnidad sexual como atributo que el Estado debe garantizar al menor en su desarrollo sexual futuro.

Reseñada así esta problemática, cabe resaltar los fundamentos mismos que orientan la decisión político criminal de sancionar toda unión sexual que pueda tener un adulto con un menor, sea que medie o no violencia intimidación u otra modalidad de acción. Algunos pretenden fundamentar la imputación sobre la base de criterios morales, resaltando que lo reprochable tendría relación con un comportamiento antiético del agente, que revelaría inclinaciones amorales y abuso de su condición física y de la indefensión de la víctima. Tras este criterio, que no es el más aceptado, se traslucen las ideas de inocencia, candidez, virginidad, por un lado y maldad, bajeza y deshonestidad, por el otro.

Este fundamento destaca la existencia de un imperativo moral que obliga a no mantener ningún tipo o clase de acto sexual con personas que no hayan alcanzado la madurez biológica y no sean capaces de autodeterminación en sus actos cotidianos (Cfrme. Castillo Alva, Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pág. 267).

Otro criterio esgrimido es apelar al fundamento de la “mayor peligrosidad criminal del delincuente”, que nos podría llevar peligrosamente al fundamento de un pretendido derecho penal de autor. En esta perspectiva, la mayor carga del reproche tendría relación directa con condiciones personales del agente, que revelaría con su conducta una acentuada culpabilidad (no obstante ello, al parecer, nuestra errática política criminal, demuestra en realidad, que en materia de represión de los atentados contra la sexualidad –y así en otros campos de la imputación penal- el legislador echa mano peligrosamente a este criterio para fundamentar la intensidad de la represión penal vía penas excesivamente exageradas). Consideramos que no puede brindarse legitimidad a la utilización de argumentos que puedan fundamentar una mayor penalidad sobre la base de subjetivas especulaciones y consideraciones hipotéticas, no comprobadas empíricamente y que carecen del mínimo sustento científico en el campo psicológico y criminológico, y que como sostiene Castillo Alva, ven en la personalidad del autor una mayor peligrosidad criminal, cuestión que genera una más acentuada temibilidad social (op. Cit., pág. 269).

Por otro lado, apelar al fundamento de la ausencia del consentimiento y la incapacidad de comprensión del significado del acto sexual y la inexistencia de una adecuada motivación conforme a la internalización de dicho entendimiento por parte de los menores e incapaces, nos introduce en el tortuoso terreno de distinguir los conceptos de ausencia de consentimiento y consentimiento viciado, que en este caso se traduce en determinaciones no de orden biopsicológico (en cuanto pueda existir menores que si puedan apreciar la magnitud de su decisión), sino en consideraciones de orden normativo, que

niegan tal capacidad de decisión en menores de muy temprana edad (y también en los que adolecen anomalía psíquica entre otros).

En desmedro de esta posición podría argumentarse la imposibilidad de poderse determinar objetivamente y con un grado aceptable de precisión, que grado de comprensión o capacidad psíquica ha de requerirse para considerar aceptada válidamente la práctica sexual en los menores e incapaces, que posibilite una adecuada imputación. Podría llegarse al extremo exagerado de fundamentar la impunidad de quien realiza el acto sexual con menores con experiencia sexual, como el caso de las o los prostitutas.

Por todo lo dicho, y en un afán conciliador, la posición mayoritaria alcanzada en la doctrina actual, es la de fundamentar la naturaleza del injusto, en el caso de la protección de los menores, en el concepto de indemnidad o intangibilidad sexual, que corresponde, como ya se ha dicho, a un derecho prevalente, que le asiste al menor, en salvaguarda de la intangibilidad y protección que el Estado debe brindar a una esperanza o expectativa a futuro de la posibilidad que ellos deben tener de un normal ejercicio de su sexualidad; derecho expectatio que se vería truncado o menoscabado por conductas, violentas o no, que tergiversaran la noción que a futuro debería tener el menor de su propia sexualidad, sometiéndolo a tratativas sexuales que su psiquis no está todavía en la posibilidad de entender plenamente. Así, el repudio que se hace del abuso sexual encuentra su fundamento criterios biológicos, psicológicos y jurídicos.

Surge así la necesidad de un control penal, que, sobre la base de considerar las tratativas sexuales, incluso las permitidas por los menores, asegure la salvaguarda de la intangibilidad sexual de los mismos, surgiendo de esta manera el concepto de violación presunta, caso en el cual, por el escaso desarrollo psico-físico que presentan los menores de corta edad, lo que se presume es la violentación de su indemnidad sexual.

La indemnidad o intangibilidad sexual del menor no debe entenderse como si se aludiera a la necesidad de preservar la vida moral del menor o si se tutelara la inocencia, la candidez o la virginidad del mismo. La delimitación del bien jurídico no se relaciona con patrones morales, sino con parámetros estrictamente jurídicos o con intereses sociales indispensables. Al Derecho penal no le interesa la moralidad o no del menor, como si éste es inocente, cándido, dulce o virgen, pues aún cuando no lo fuera el ordenamiento jurídico desplegaría la tutela de su sexualidad y limitaría al máximo el ejercicio de la misma.

Se trata del ejercicio de un manto de protección utilitatis causa, que manifiesta el Estado en beneficio de un sector tan importante de la sociedad, compuesto por los menores, que constituyen el futuro y pilar del desarrollo social.

10. Problemática de la modificación del Art. 173 del C.P. introducido mediante Ley N°28704

Como ya se ha podido apreciar y criticar, mediante la Ley N° 28704 publicada el 5 de abril de 2006 se modifica el artículo 173, determinándose así que en la actualidad el delito de violación de menor de 14 años de edad, ha sido variado, hasta convertirse en delitos de violación sexual de menor de edad, ampliándose el radio de protección de la indemnidad sexual a cualquier menor, víctima de menos de 18 años de edad, conforme se aprecia en inciso 3 del referido artículo; es decir, que cualquier persona que tenga acceso carnal con un menor de 14 años a menos de 18 años de edad, será imputado como autor del delito de violación sexual de menor (de esta situación se desprende que se estaría negando la libertad sexual a los adolescentes comprendidos entre estas edades, ampliándose la protección de la indemnidad hasta los 18 años de edad, que es la misma edad en que el adolescente alcanza la mayoría de edad, conforme a la Constitución y a las normas civilistas.

A todas luces esta Ley modificatoria evidencia la apelación de criterios sobre criminalizadores relacionados a la peligrosidad del agente, pretendiendo introducir patrones moralizadores de un pretendido derecho penal con fines promocionales. Y es que muchas veces los criterios técnico-legislativos, no necesariamente respaldan la redacción de tipos penales objetivos y concretos, sino que por el contrario sus fundamentos son influenciados por opiniones o puntos de vista políticos, mediáticos y coyunturales que muy poco ayudan a enfrentar adecuadamente la delincuencia, y que por el contrario generan

situaciones que en determinadas oportunidades contravienen principios y normas jurídicas vigentes.

Conforme a los fundamentos del Proyecto de Ley N° 1055/2006-CR, presentado por el Congresista aprista Alejandro A. Rebaso Martel, se ha dejado establecido que a través de dicha reforma se tipificó el delito de acceso carnal sexual sobre una menor cuando la víctima tiene una edad cronológica entre 14 y 18 años de edad. A partir del 6 de abril, fecha de promulgación de la norma aludida, toda relación sexual en la que intervengan personas mayores de 14 años y menores de 18 años es considerada un delito, sin importar si dicho sujeto haya prestado su consentimiento y no se haya empleado violencia, grave amenaza o engaño. Y no sólo es delito cuando en la mencionada relación participen adultos (mayores de 18 años) y adolescentes (mayores de 14 y menores de 18 años), sino también cuando todos los participantes de la relación sean adolescentes. De ocurrir esto último, estaremos frente a menores infractores y, pese a que no se abrirá proceso penal, los adolescentes serán sometidos al Código del Niño y del Adolescente.

Como era de esperarse esta disposición ha generado una seria reacción por parte de la doctrina nacional más especializada, la que sostiene que se ha dado la espalda a una realidad social no sólo propia de la sociedad peruana, sino de la mundial:

a.- La nueva Ley al prohibir y castigar las relaciones sexuales con personas cuya edad está fijada entre 14 y los 18 años, parte de una valoración negativa



del ejercicio de la sexualidad en los adolescentes, que concibe a las prácticas sexuales en los adolescentes como lesivas o que causan un determinado daño a un bien jurídico es que queda justificada su justificación como delito.

b.- El legislador pasa por alto lo que el ejercicio de la sexualidad en las personas y en particular en los jóvenes forma parte del libre desarrollo de su personalidad y de la dignidad de la persona humana, que no puede ni debe ser suprimida arbitrariamente sin que se socave la esencia misma de la capacidad de autodeterminación y el núcleo de la misma dignidad humana. Los jóvenes desde una determinada edad, que coincide con determinados condicionamientos biológicos, emocionales, psicológicos y culturales, tienen derecho al ejercicio de la libertad sexual (Refe. CASTILLO ALVA, José Luis..."La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador". En Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 149, 2006, Abril, p 14 y 15).

c.- La conclusión a la que llegó el legislador y que ha determinado la expedición de la Ley N° 2804 no se basa en ningún sustento empírico, ya sea en una investigación de campo de carácter psicológico, psiquiátrico o sociológico. Se trata de una norma que configura un delito sobre la base exclusiva de una valoración arbitraria sin respaldo científico. No hay justificación alguna para que una conducta que se estimaba lícita permitida hoy se convierte en un delito grave, merecedor de una pena tan dura.

d.- La tutela de un bien jurídico debe cumplir las exigencias de idoneidad, demostrando al menos de manera racional que la adopción del Derecho penal mejora sustancialmente a la conservación del bien jurídico que es imposible lograrlo acudiendo a otros ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico o del control social; de tal manera que si demuestra que otros mecanismos sociales o jurídicos cumplen mejor ese papel tuitivo o protector debe prescindirse del Derecho penal. En el mismo sentido si se demuestra que la utilización del ius puniendi trae consigo consecuencias más perjudiciales, nocivas o perturbadoras que beneficiosas no habrá justificación alguna del derecho penal. Ello ocurre primeramente con la configuración del abuso sexual cuando se extiende su alcance hasta el límite de los 18 años, criminalizando un comportamiento (relación sexual) que lejos de generar distorsiones y afecciones psicológicas o somáticas graves en el adolescente es compatible con el libre desarrollo de su personalidad.

e.- El legislador pretende “proteger” a los jóvenes entre los 14 a 18 años de edad de las relaciones sexuales que pueden tener con sus respectivas parejas al margen de la edad de las mismas y de la clase de relaciones que se practiquen (relaciones homosexuales o heterosexuales). 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. En suma, el Derecho penal no es ni debe ser como el legislador peruano lo

piensa con la expedición de la Ley N° 28704, la prima ratio en la protección de los bienes jurídicos.

f.- Por otro lado, debe recordarse que el legislador no puede crear de la nada bienes jurídicos, inventarlos o extenderlos caprichosamente mas allá de su límites normativos o empíricos. Con razón, la doctrina alude a la necesidad que haya un sustrato material del bien jurídico, requisito que no se cumple cuando de manera antojadiza y arbitraria se extiende a la indemnidad sexual. La necesidad de proteger la indemnidad sexual o de preservar el desarrollo sexual de los menores evitando contactos o relaciones sexuales no tiene una vigencia ilimitada o un alcance general. El legislador solo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portador y titular del bien no se encuentre en la capacidad cognoscitiva o valorativa de protegerlos. En cambio, cuando el titular del bien jurídico ya goza de autodeterminación o de una mínima capacidad de disposición, el Derecho penal no debe imponer sobre la voluntad individual la tutela de un bien jurídico, sin que con ello no se revele de manera palmaria un Derecho penal autoritario. En pocas palabras: cuando la persona (entre los 14 a 18 años), que cuenta con una mínima pero adecuada conciencia para disponer de sus bienes jurídicos personales (sexualidad), pretende relacionarse sexualmente con un tercero como manifestación de su libertad, de su capacidad de autodeterminación, de una elección libre y porque es una expresión de la dignidad de la persona humana, el Derecho penal no puede ni debe criminalizar dicha manifestación espontánea de su libertad convirtiendo un acto positivo y libre en un delito, imponiéndole una pena tan severa.

g.- La ampliación del límite temporal máximo en el abuso sexual a los 18 años constituye una lamentable involución y contraste con los desarrollos legislativos y aportes del derecho comparado en esta materia, las cuales se caracterizan por una mayor flexibilización y reducción de la edad al momento de configurar el delito de abuso sexual de menores, fijando como barrera máxima de protección de la indemnidad sexual los 12 o 13 años. Se advierte en todos los casos una tendencia a rebajar la edad que usualmente se mantenía entre los 16 y 14 años para fomentar un correcto ejercicio de la libertad sexual. Lamentablemente, el legislador incurriendo en una práctica retrógrada y de manera contraria a lo señalado por las legislaciones de nuestra órbita cultural, lejos de disminuir el límite máximo de la edad del abuso sexual, lo ha aumentado. Con ello, el Perú se asemeja más a los países musulmanes que a las legislaciones latinoamericanas o que ejercen una tendencia racional inequívoca en el mundo.

Con la emisión de la Ley N° 28704 el legislador ha cometido un craso error en tanto que este dispositivo peca por sobrepenalizar y de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y, peor aún, atenta contra lo usual, lo cotidiano, la realidad de lo que se ha dado y se viene dando, en el sentido de que los jóvenes en edad de madurez fisiológica tienen trato carnal de acuerdo con su inclinación sexual.

Vista así la norma modificatoria, se aprecia que desconoce tácitamente las disposiciones normativas relacionadas con la capacidad relativa de la persona, esto es el caso de menores de edad y otras de ámbito civil, tal es el caso del

matrimonio de menores. Asimismo ha generado problemas de interpretación de la norma penal, específicamente en relación con los casos del delito de seducción, que inicialmente aparecía derogado tácitamente, así como problemas en su aplicación práctica por parte del Ministerio Público. Por otro lado no ha considerado aspectos relacionados con nuestra realidad social, ni ha tomado en cuenta criterios especializados referentes a la “capacidad”, “discernimiento” o “voluntad” de una persona menor de dieciocho años, edad cronológica, que si bien es cierto, es la que de acuerdo a nuestra legislación inicia la mayoría de edad, no necesariamente implica una incapacidad total de discernimiento ni de una evaluación personal de los hechos y circunstancias.

De esta forma, se ha producido un distanciamiento de la norma con el sistema jurídico en general, al no concatenarse ni considerar preceptos o disposiciones legales contenidas en el ordenamiento legal vigente, incluso aquellas normas contenidas en el propio Código penal, siendo estas las razones fundamentales para una eventual reformulación del texto precitado.

En este orden de ideas, la organización “Meza de Vigilancia Ciudadana por los Derechos Sexuales y Reproductivos”, en una comunicación realizada con fecha 23 de noviembre de 2006, al Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, Dr. Raúl Eduardo Castro Stagnaro, manifiesta su apoyo a las modificaciones propuestas en el proyecto de Ley N° 207/2006, sobre violencia sexual y adolescentes.

Esta organización manifiesta su apoyo basándose en lo siguiente:

- El inicio sexual generalmente voluntario de los y las adolescentes en el país ocurre en promedio a los 17 años, y en algunas poblaciones y/o regiones se produce incluso a los 14 años o menos.
  
- La tasa de embarazo adolescente según las últimas encuestas, es de 12.7 y en algunas regiones de la selva y sierra alcanza el 29% de la población total de adolescentes.
  
- El Ministerio de Salud ha hecho esfuerzos importantes por garantizar el acceso de las mujeres a la atención institucionalizada del parto como estrategia fundamental en contra de la mortalidad materna, considerando que aproximadamente el 20 % de partos en el país son de mujeres adolescentes.
  
- La Constitución, el Código del Niño y Adolescente y un conjunto de normas del Ministerio de Salud, así como el Código penal antes de ser modificado, reconocen los derechos sexuales y reproductivos de los y de las adolescentes, los que incluyen el ejercicio de su sexualidad de manera voluntaria, saludable y sin riesgo de discriminación, coerción o violencia.

Asimismo, esta organización identifica los efectos de la Ley 28704 en su inicial vigencia, y que son apreciaciones valederas hasta la actualidad:

- Extiende el concepto de “indemnidad sexual” a todos los adolescente por debajo de los 18 años, esto implica considerarlos jurídicamente incapaces para el ejercicio de su libertad sexual.
  
- En base a esta modificación y a lo establecido en el artículo 30 de la Ley General de Salud, el Instituto Materno Perinatal aprobó la Directiva N° 039-DG-INMP-06, referida a la “información de pacientes menores de edad a la autoridad competente”, ocasionando que los operadores de salud de los servicios de obstetricia, se vean obligados a poner en conocimiento de la autoridad la supuesta comisión del delito de violación sexual que habría originado el embarazo de las adolescentes que atienden, para que ésta, a su vez, la remita a la Fiscalía.
  
- Se ha generado la “retención involuntaria” e innecesaria de adolescentes que tuvieron sus partos en este establecimiento con el consiguiente costo para sus familias y sus parejas.
  
- Se ha atribuido a los operadores de salud competencias que son del Ministerio Público, distrayendo a estos de sus funciones más importantes que son la atención de salud con calidad, atención de emergencias y la prevención de complicaciones y muertes maternas.
  
- La modificatoria vigente no toma en cuenta si las directamente implicadas han sido víctimas o no de violencia sexual.

Así, el Grupo Coordinador de la Mesa de Vigilancia Ciudadana por los Derechos Sexuales y Reproductivos, manifiesta su preocupación y postula la inmediata modificación de la norma, opinando que debería regresarse al texto original, que extendía protección penal hasta los 14 años, indicándose que de optarse por ello, estaríamos expuestos a los siguientes peligros:

- Considerar “ilegal” todo ejercicio sexual de las y los adolescentes menores de 18 años.
  
- Desalentar y confundir el cumplimiento de la normatividad vigente respecto del acceso de los y las adolescentes a recibir información, orientación y servicios de planificación familiar en los establecimientos de salud con el consiguiente incremento de los embarazos no deseados.
  
- Desinstitucionalizar la atención del parto adolescente, habida cuenta los riesgos y complicaciones de los embarazos y partos en este grupo etareo.

Se evidencia y reafirma la criticable finalidad subrepticia que se percibe en el fondo mismo de la norma modificatoria, que pretende imprimir vedadas finalidades “promocionales” instrumentalizando al Derecho penal como un medio de cambio social basado en consideraciones muy subjetivas, buscando la implantación de un determinado orden social, escogido por un sector minoritario divorciado de la realidad general de la actividad y libertad sexual social.



El Derecho penal tiene asignado, como principio, un papel diferencial, legitimando su presencia social, como un instrumento de protección y prevención, así como de resocialización. No es posible imponerse cuestiones de orden moral desde una ley, ya que la moral no puede ser reglada por actos legislativos, habida cuenta que no constituye función de Derecho penal promover una moral determinada, sino la protección de bienes jurídicos de relevancia, y en este caso, se intenta reprimir el ejercicio de la sexualidad de los mayores de 14 años y menores de 18 años, circunstancia, que como hemos dicho ya, podría colisionar con los derechos fundamentales de las personas y los principios penales de lesividad y mínima intervención.

Se ha menoscabado la esencia de los principios que orientan los fines del Derecho penal, pretendiendo la introducción de normas que evidencian sólo un papel simbólico, inoperante y trasgresor de la seguridad jurídica en la que nos merecemos convivir como sociedad.

## Sub Capítulo II

### Conceptualización, objetivos y fines del Derecho penal

#### 1.- Conceptualización y funciones del Derecho Penal

Desde la perspectiva de un concepto general, el Derecho penal está constituido por un conjunto de normas que definen las conductas prohibidas, que se configuran como infracciones criminales y que imponen como consecuencia penas o medidas de seguridad

Conforme lo aprecia Roxín (1997, p.41), el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones <pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos>, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o

medidas de seguridad (por ello es que se propugna acuñar el nombre de: “Derecho Penal y de medidas”).

Dado que el Derecho Penal, a diferencia del Derecho Civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho Público. No pertenecen al Derecho Penal, sino al Derecho Público en sentido estricto, aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas de las del Derecho punitivo. Así el Derecho disciplinario de diversos status profesionales (por ejemplo de los funcionarios) no es Derecho Penal, por que el castigo disciplinario de infracciones no es una pena en el sentido estricto. Igualmente el derecho de las contravenciones, regulado en nuestra normatividad mediante Decreto Supremo No 005-2000-IN, de fecha 25 de Mayo del 2000 (Código Administrativo de Contravenciones de Policía), cuya disposiciones en parte son similares a las del Derecho Penal, tampoco son Derecho Penal, ya que sus tipos sólo permiten el castigo con sanciones administrativas, que en nuestro caso pueden ser: decomiso, multa, pago reparatorio y servicios a la comunidad.

El Derecho Penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la justicia penal y se denomina por ello también “Derecho Penal Material”. Este Derecho Penal Material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados, que sólo junto con el Derecho Penal regulan legalmente todo el campo de la justicia penal y que hacen del hecho, el

autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho Procesal Penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho Penitenciario, el Derecho Penal Juvenil y la Criminología (Roxín 1997, p.44).

### 1.1) Derecho Penal Objetivo y Derecho Penal Subjetivo

Tradicionalmente suele distinguirse el Derecho Penal en subjetivo y objetivo. En el primer sentido se entiende como el derecho de castigar (*ius puniendi*). Es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas (es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo). En esta noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal. En sentido objetivo, el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del Derecho Penal positivo. Por ello es que Von Liszt lo definía como “el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (1929, T. I, p. 5).

Como producto de la evolución de la doctrina y de las legislaciones, a estas nociones tradicionales se ha agregado, por su importancia de carácter esencialmente preventivo, el concepto de medida de seguridad. Así pues, se llegó a proponer que el Derecho Penal en su aspecto subjetivo, tendría que definirse como el derecho del Estado ha determinar, imponer y ejecutar las

penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, y en su sentido objetivo como el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. En así que el Derecho penal se constituye en aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad.

En tal sentido, conforme lo señala Mir Puig, la definición de Von Liszt puede ser mejorada, para entender como Derecho Penal al conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, a penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (resulta interesante la posición del maestro español, quien indica que sin embargo el Derecho Penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos. Por otra parte señala, el Derecho está integrado no sólo por normas en sentido estricto, sino también por valoraciones y principios, lo que aconseja preferir el término genérico “prescripciones”, por lo que prefiere definir al Derecho penal como: conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (1996, p. 11).

Pero el Derecho Penal no se encasilla en este dualismo conceptual, ni en nociones puramente normativas, su influencia abarca otros aspectos fundamentales, que se relacionan con los mecanismos sociales de control y la conjunción de normas y reglas para la aplicación de las consecuencias

jurídicas a que haya lugar ante la infracción de las mismas. En tal sentido el Derecho penal tiene incidencia tanto en el ordenamiento social como en el ordenamiento jurídico.

#### 1.2) Derecho Penal y ordenamiento social: control social

Modernamente concebido, el Derecho Penal se constituye en un medio de control social, ya que forma parte integrante de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida de relación social. En este sentido, indica Bacigalupo (1989, p. 1), el Derecho Penal comparte su tarea con la ética y la moral, aunque no puede identificarse con estas. El control social comprende aquellos mecanismos y modelos socio culturales, mediante los cuales el Estado ejerce su dominio sobre los individuos que componen una sociedad dada, buscando superar las tensiones o controversias que los puedan aquejar, tratando así de erradicar los elementos conflictivos potenciales que puedan amenazar los intereses comunes, propiciando una mejor convivencia social.

Claro esta, que si bien estos mecanismos buscan superar tensiones o conflictos opuestos entre individuos o grupos parciales de una sociedad determinada, coincidimos con Villavicencio (1990, p 21) que no siempre se les puede atribuir sólo esta finalidad, pues también pueden servir como instrumentos de opresión o sometimiento por parte de los grupos que detentan el poder (conforme: Bustos, 1983 p 11). El control social se constituye así en una condición esencial de la vida de relación social, pues asegura el

cumplimiento de las expectativas estatales de controlar, orientar y planificar la vida en común. De ello se deduce que el control social influencia los límites de la libertad humana en sociedad y es también un instrumento de enculturación y socialización de sus miembros. Desde esta perspectiva no hay alternativa al control social, lo que ha llevado a decir a Muñoz Conde, que es inimaginable una sociedad sin control social.

El control social se representa así, con una cobertura muy amplia generando una diversa influencia en la población. Puede estar oculto o disimulado (normas educativas, terapéuticas, religiosas, de familia, costumbres, etc., pero otras veces se presenta explícito (sistema penal). Se pueden diferenciar así formas de control social formal e informal.

El control social informal, se constituye en un mecanismo natural de regulación social, que incide sobre la vida de relación sin crear conflicto, y resulta eficaz en relación directamente proporcional a la adaptación social de los individuos en sociedad, y a la aceptación (internalización) de estos mecanismos por parte de ellos (que aceptan lo que la sociedad les impone a lo largo de su vida), que pueden ser por ejemplo relacionadas a normas familiares, educativas, terapéuticas, políticas, artísticas, etc.

Al respecto coincidimos con Villavicencio (1990, p.23) en que el Perú es un País pluricultural, lo que origina que existan otros mecanismos naturales de regulación social con características propias, que adquieren formas naturales de solución de conflictos de acuerdo a su ubicación geográfica, cultura y

costumbres, como sucede por ejemplo en las Comunidades andinas y amazónicas, rondas campesinas, pueblos jóvenes en sectores urbanos, etc.

El control social formal, a diferencia del caso anterior, se constituye en un mecanismo artificial de regulación social, por cuanto su aplicación se materializa sólo cuando los mecanismos informales fracasan y es necesaria la composición social mediante la coerción punitiva. Ello se logra mediante la intervención del sistema penal, entendido como el control social punitivo institucionalizado (que involucra la determinación o selección del comportamiento desviado, la consecuencia jurídica y la operatividad para la aplicación de la coerción). Para este efecto el Estado pone en funcionamiento agencias y operadores de control penal, como son la policía, jueces, fiscales, procuradores, etc., y viabiliza su operatividad mediante medios normativos, como el Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Leyes Orgánicas, etc., adicionando a ello los medios logísticos, económicos, administrativos, etc. necesarios para la función.

Aparece así una aparente posición omnipotente del Estado, que en aras de una pretendida “teoría de la seguridad nacional”, lo podría llevar al extremo totalitario de implementar el derecho penal como instrumento de opresión y respuesta ante situaciones políticas apremiantes, lo que nos introduciría en los aspectos más oscuros y negativos del derecho punitivo. Por ello se hace necesaria la determinación de los límites de la potestad punitiva del Estado, mediante el respeto de los principios que orientas al derecho penal. Esta



posible situación anómala, ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de desaparecer el derecho penal (tesis abolicionista). Posición doctrinaria, que se ve matizada con la aparición de tendencias que postulan la vigencia de un derecho penal mínimo (minimización del Derecho Penal). Este “Derecho Penal mínimo”, como así lo refrendó Ferrajoli, es una nueva técnica de tutela de derechos fundamentales, que se basa en un planteamiento utilitarista, orientado a la minimización de la violencia en la sociedad, respetando primordialmente las garantías individuales.

Por sistema penal se entiende, in extensu, al conjunto de instituciones estatales, que de acuerdo a su actividad funcional, intervienen en la creación y aplicación de las normas penales en sociedad. En tal sentido, Zaffaroni indica que el sistema penal es entonces, la parte del control social institucionalizado, que contiene un discurso punitivo (1994, p.31). Para su funcionamiento, dispone de distintas agencias, como la institución policial, el Poder Judicial y la administración penitenciaria, que se encuentran delimitados por medios normativos como leyes orgánicas, código penal, código procesal penal, código de ejecución penal, entre otras (Villavicencio, 1990, p. 23).

Entendido así, el sistema penal evidencia su necesidad y razón de ser, aunque su deslegitimación es muy acentuada, y en tal sentido el profesor Zaffaroni, expresa que los sistemas penales latinoamericanos presentan características negativas, como la utilización de la violencia abierta (detenciones arbitrarias, ejecuciones sin proceso, apremios ilegales, etc.) sectorización (funcionamiento asimétrico, descoordinado de las parcelas del

control social penal), burocratización (separación de funciones con contradicción de discursos y actitudes, lo que da por resultado una compartimentalización del sistema penal) y corrupción (actuaciones de los operadores con fines de lucro) (1994, p. 21). El sistema penal nacional no está exento de estas observaciones.

a) El Sub Sistema Policial: La Policía Nacional, conforme al mandato constitucional, tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, así como prevenir, investigar y combatir la delincuencia (Art. 166 Constitución Política ). Desde esta perspectiva, la institución policial se constituye en uno de los instrumentos de mayor fuerza con que cuenta el poder político. Su misión es estar al servicio del Estado y en tal condición, al lado de los ciudadanos, si éstos obedecen los mandatos del mismo.

La Policía está jerárquicamente organizada y depende formalmente del Poder Ejecutivo. A diferencia de otras ramas de la administración pública, tiene relación directa con las libertades fundamentales y actúa no sólo como auxiliar de la función jurisdiccional, sino en el ejercicio de su propia competencia y autonomía, adoptando inclusive medidas preventivas y cautelares (ejemplo de ello lo tenemos en las normas contenidas en el Código Administrativo de Contravenciones de Policía -D.S. 005-2000-IN publicado el 25 de mayo del 2000-, que faculta a esta institución a imponer

sanciones contravencionales, de orden coercitivo). Su “fuerza”, puede manifestarse en algunos casos, como “violencia”, por ello, su participación en determinados actos, pueden lindar en ámbitos de ilegitimidad con respecto al paradigma del estado de derecho (Ferrajoli, 1995, p. 766).

Por ello, indica Bustos Ramírez, el planteamiento del Estado social de derecho trae como consecuencia la necesidad de vinculación social entre policía y comunidad y, por ello, el requerimiento de asunción por parte de la policía, de valores de asistencia social a todos los niveles (1983, p. 6)

Acertadamente Wilfredo Pedraza y Rosa Mavila (1998, p. 26), informan que en el proceso de criminalización secundaria, la policía mantiene un amplio campo de decisión, pues prácticamente define quienes son “presuntos responsables”, bajo ciertos criterios de selectividad como la apariencia, conductas sospechosas, lugar de procedencia, modos de hablar, vestir, etc., asumiendo incluso funciones de juez, porque utiliza diversos mecanismos de resolución de conflictos. Por ello, es indispensable lograr la máxima transparencia en la actividad policial, con el propósito de conseguir que la ciudadanía y sus representantes puedan ejercer una revisión crítica de sus actos. La policía debe incorporarse a la vida ciudadana activamente, transformando su organización, con el objetivo de eliminar o reducir los procesos de criminalización atentatorios del principio de igualdad, reconocido por la Carta Magna (Ferrajoli, 1995, p. 766).

b) El Sub Sistema Judicial, que se encuentra compuesto por:

El Ministerio Público.- De conformidad con el mandato constitucional, el Ministerio Público es un órgano público autónomo del Estado y sus miembros actúan con independencia en el desempeño de sus atribuciones. Sobre él recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejerciten. De acuerdo al artículo 159 de la Constitución, le corresponde, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar a la sociedad en los procesos judiciales, conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

Esta agencia de control penal, no ha sido objeto de gran preocupación intelectual y discusión teórica en América Latina, por ello, carece de un desarrollo doctrinario independiente y de investigaciones empíricas. Los pocos estudios sobre su funcionamiento obedecen a preocupaciones personales, alguna crisis circunstancial o cambios menores en su legislación, más que a una constante preocupación intelectual. Conforme lo señalado por Binder, es una institución de pálida actuación tradicional, que no tiene perfil político propio y que genera desconfianza entre los ciudadanos. (20).

Actualmente, se asiste a un proceso de reforma procesal penal en Latinoamérica, en el cual el Ministerio Público juega un rol importante. Este movimiento apunta esencialmente al cambio del llamado sistema inquisitivo por

el sistema acusatorio, para lo cual se demanda una institución preparada para sumir roles de cambio y de liderazgo que no sea sólo caja de resonancia de los vicios de la cultura inquisitiva (Conforme: Wilfredo Pedraza y Rosa Mavila, ob. cit. p. 30).

El Poder Judicial.- Conforme al principio universal, contenido en nuestra Carta Magna, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (Art. 138 de la Constitución). Así, El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a su Ley Orgánica.

Sin duda, uno de los aspectos más sensibles en esta agencia de control penal, es la llamada “independencia judicial” (reconocida en la Constitución Política de 1993, en su artículo 146° inciso 1o). En doctrina, se distingue entre una independencia “externa” y otra “interna”. La primera garantiza al juez su autonomía respecto de los poderes ajenos a su propia estructura institucional; mientras que la “interna”, es la que le garantiza su autonomía respecto del poder de los propios órganos de la institución judicial. Así, se afirma que un juez independiente no debe ser un empleado del poder ejecutivo o legislativo, ni tampoco serlo de las instancias superiores; por ello, las dos formas de independencia resultan necesarias y concurrentes para posibilitar la autonomía moral de los magistrados, vale decir, para dotar al juez del espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del

derecho. Zaffaroni agrega que la independencia interna, sólo puede garantizarla una magistratura en la que se reconozca que todos los jueces son en principio iguales, y que las únicas diferencias que median entre ellos son las derivadas de sus distintas funciones en razón de las distintas asignaciones de competencia. Esta magistratura “horizontal” se opone frontalmente a las magistraturas “verticalizadas”, cuyos modelos más perfectos, los brindan, originariamente, la magistratura napoleónica y, modernamente, la magistratura fascista.

La preconizada independencia judicial se constituye así en presupuesto para la imparcialidad de los jueces, que deben asumir su posición de “tercero entre partes”. Este concepto sin embargo, no debe coincidir con la imagen de un magistrado sin ideas o desligado de los problemas de su comunidad (“juez aséptico”). En un sistema democrático, la imparcialidad se obtiene mediante un pluralismo ideológico propio de la misma, cuando la estructura de la magistratura permite la disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir el mundo y el derecho.

El nivel técnico o entrenamiento profesional, es también otro presupuesto sustancial de la actividad judicial. Como toda función que demanda un elevado grado de profesionalidad, la función judicial debe estructurarse en forma tal que las personas con la más alta calificación técnica tengan acceso a ella. Evidentemente, la capacitación de los operadores judiciales tiene una relación directa con la calidad y eficiencia de la

administración de justicia. Cuanto más formación tenga un juez, contará con mayores recursos para resolver los asuntos contenciosos puestos a su consideración. Es de apreciarse que en materia penal, donde los bienes en conflicto son mucho más sensibles, la adecuada formación de un juez será una garantía de respeto al debido proceso y a los principios de un derecho penal moderno y democrático.

Es necesario tener presente también, que las diferencias porcentuales entre la población penal procesada y sentenciada en nuestro país, ha sido siempre relevante, situación que en parte se debe a una inadecuada administración de justicia.

La corrupción es otro elemento fundamental de la problemática del Poder Judicial, que se constituye inclusive en un factor de sometimiento al poder político, propiciando una nociva dependencia, dado que el corrupto es siempre el más vulnerable y fácil de captar. Adicionalmente a ello y como un mal conexo, se presenta las bajas remuneraciones que tienen los magistrados, que aunque no lo justifique, los puede colocar en una situación fronteriza de necesidad, lo que origina un amplio espacio para la corrupción.

Es necesario también tener en cuenta, como indica Roberto Bergalli, que en la actividad judicial aparecen implicados distintos operadores del derecho, de modo que quien pretenda conocer en profundidad el funcionamiento y las diversas facetas que comprende el conjunto de operaciones vinculadas a ella, deberá, sin duda, estudiar los papeles que

dichos operadores desenvuelven en la búsqueda de la justicia. Así los abogados, los funcionarios y empleados en los diversos órganos judiciales, toda la gama de los tantos auxiliares de la justicia (médicos forenses, peritos en múltiples aspectos técnicos, etc.), constituyen los representantes de distintas funciones y, a la vez, el reflejo de los diferentes intereses que confluyen en la tarea judicial (1983, p. 15).

c) El Sub Sistema Penitenciario: Esta agencia de control, se constituye en el órgano de ejecución de las decisiones del poder penal. Su actividad funcional corresponde a la denominada tercera etapa del proceso de criminalización, que se ha dado en denominar “poder de ejecución, porque es la fase que permite al gobierno o la administración decidir en torno al tratamiento, el sitio de reclusión y el régimen disciplinario a que es sometido el condenado” (Pérez pinzón, 1993, p. 24).

Conforme a su postulado principista, nuestro sistema penitenciario, tiene por finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22, del artículo 139 de la actual Constitución Política del Estado y artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, que es su marco normativo).

En tal sentido, nuestro ordenamiento legal de ejecución, consigna expresamente en la Exposición de Motivos del Código de Ejecución Penal, que “el tratamiento es el elemento esencial del sistema penitenciario”, al que estará sujeto el condenado de manera integral desde su ingreso hasta su



liberación (Art. 3). El tratamiento será individualizado y grupal y consistirá en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento, de acuerdo a las características propias del interno (Art. 61). Nuestro sistema de ejecución penal, se adscribe a los lineamientos de la criminología clínica, porque tiene un enfoque multidisciplinario de la criminalidad, que parte de la apreciación del delito, la personalidad y la peligrosidad del delincuente, y procura su rehabilitación por medio del tratamiento penitenciario. Se vale de diagnósticos, pronósticos y análisis del estado peligroso, estudios para los cuales se nutre de la psicología, psiquiatría, antropología individual y, eventualmente de sociología.

Nuestro sistema penitenciario, está adscrito entonces a la “ideología del tratamiento”, a la filosofía de la resocialización en boga en los años sesenta que hoy se encuentra en crisis, por la imprecisión de sus presupuestos, la fungibilidad de sus metas y modelos y la coactividad de los medios con que se lleva a cabo (García Pablos, en ob. cit, Pedraza y Mavila, p. 32). En realidad, los “resultados” que ha conseguido la filosofía “re”, son tan imperceptibles, que nadie ha podido demostrar empíricamente las bondades de sus planteamientos, quedando por ello como simples buenos propósitos, donde el objetivo resocializador de gran espectro, se convierte en una utopía (loc. cit.).

La dificultad de aplicar sus procedimientos en los delincuentes ocasionales, en profesionales y autores de delitos de “cuello blanco”, obligan a revisar sus planteamientos. La propuesta que formula Alessandro Baratta en el

sentido de abandonar en todas sus consecuencias prácticas la concepción patológica del detenido, constituye un importante aporte pues a partir de la presunción de normalidad del detenido, los programas de reintegración pueden resultar más adecuadas a las exigencias de cada individuo.

Es evidente, que en la actualidad, la institución de la cárcel no cumple sus fines y más bien ha llegado a constituirse en un gran medio reproductor de violencia, en la que confluyen la corrupción, alcoholismo, drogadicción, promiscuidad, homosexualismo y violencia. En los últimos años, observamos esfuerzos por mejorar la infraestructura carcelaria, aunque la necesidad ha llevado a priorizar los recursos, ya que se ha dado un notable impulso a la construcción e implementación de penales de máxima seguridad en desmedro de otro tipo de establecimientos, como por ejemplo, aquellos destinados a primarios de fácil readaptación.

### 1.3) Derecho Penal y ordenamiento jurídico: bienes jurídicamente protegidos

Desde una perspectiva puramente jurídica, el Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas para la aplicación de las consecuencias jurídicas ante las infracciones del ordenamiento penal. Por ello es que se le conceptualiza, como aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. Al respecto debemos agregar que el Derecho Penal tiene pues, un objetivo de carácter sistemático, destinado al desarrollo y

explicación coherente y racional de estas reglas jurídicas referidas al delito, a las penas y medidas de seguridad.

Lo que diferencia substancialmente al Derecho penal de otras ramas del Derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: Las penas y las medidas de seguridad. Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena. Como parte del ordenamiento jurídico, el Derecho penal esta constituido por enunciados que contienen, ante todo, normas y la determinación de las acciones que las infringen, que constituyen los delitos.

Con la finalidad de orientar la conducta de la persona mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el Derecho Penal tiene como objetivo evitar su realización. Una conquista del Derecho Penal liberal es el de haber llegado a la determinación, que sólo deben ser merecedores de represión penal, los actos que lesionen o pongan en peligro bienes que sean fundamentales para la vida social en común (en concordancia, Berdugo (1993, p. 46) anota que “en el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” -principio de protección del bien jurídico consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal-). Esta determinación legitima el contenido del Derecho Penal, alejándolo de consideraciones puramente subjetivas o éticas. Por ello es que

Hurtado Pozo, citando a Jescheck (1987, p.37), precisa que toda norma jurídico penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales. Esta concepción surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona cuya base era la teoría del contrato social.

El concepto de bien jurídico, fue inicialmente desarrollado por Birnbaum, con la finalidad de sustituir al derecho subjetivo como elemento nuclear del concepto de delito y con la pretensión en último término, de crear un límite externo al legislador a la hora de determinar lo que es el delito. El origen del bien jurídico está en la pretensión por tanto de elaborar un concepto de delito previo al legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción del Estado liberal, que concibe éste como un instrumento que el individuo crea (conforme: Berdugo Gómez de la Torre (ob. cit. 1993, p. 47). La concepción de Birnbaum fue posteriormente introducida por Binding en la sistemática del Derecho Penal y unificada por Franz Von Liszt en tema central del mismo. El criterio de Von Liszt respecto al bien jurídico, fue de carácter socio-jurídico y a él se vinculan casi todas las tentativas realizadas para una mejor concreción de su concepto. Si bien los autores discuten en cuanto a la noción del bien jurídico, existe entre ellos casi unanimidad con respecto a que su determinación debe ser de carácter material. Así tenemos que Maurach y Baumann consideran que los bienes jurídicos son los "intereses jurídicamente protegidos", y Welzel expresa que se trata de bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia social son jurídicamente protegidos. Michael Marx afirma que los bienes jurídicos pueden ser

materialmente definidos, como aquellos bienes (Gegenstaende) necesarios al hombre para su libre autorealización.

Por su parte, Roxin manifiesta que se trata de "condiciones valiosas" en las que se concretizan los "presupuestos imprescindibles para una existencia en común". Rudolphi, por el contrario estima que de esta manera no se considera su aspecto esencial, ya que no tienen en cuenta la naturaleza dinámica de la sociedad. Este autor prefiere hablar de "unidades de función", considerando que no se trata de cualquier interés, sino de su "función en la sociedad".

No obstante los esfuerzos realizados, no se ha logrado evitar que el concepto de bien jurídico siga siendo "una noción oscura y discutida". De otro lado, es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir una tarea limitadora de la acción punitiva del Estado (es necesario recordar, que la delimitación del contenido del tipo del injusto, tiene directa relación con la precisión del bien jurídico que se protege). La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos y culturales. Ante la cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones. Mas este criterio no deja aún de ser inseguro. Esto es notorio cuando sus defensores se ven obligados a considerar que no todos los bienes reconocidos

constitucionalmente deben ser penalmente protegidos. Sin embargo, es de admitir que la Carta fundamental (sin considerarla un rígido corsé), bien puede servir como base y marco de la actividad legislativa en materia penal. Lo que interesa es no dejar en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos, y de cuáles son los comportamientos que deben ser prohibidos. Un concepto material del bien jurídico, pleno de contenido, sería en cierta medida, capaz de permitir una crítica de la actividad legislativa penal. Los bienes jurídicos son tales, no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí, presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc. Se trata en realidad de aquellas condiciones fundamentales que para Hart constituyen el "mínimun de derecho natural" que es necesario reconocer. Admitir un criterio opuesto implicaría caer en un exagerado formalismo.

Si concebimos el Derecho Penal como un instrumento posibilitador de la vida en comunidad, cuya finalidad es la de garantizar el funcionamiento y evolución del sistema social, el concepto de bien jurídico, necesariamente tiene que referirse a la realidad social y sobre esta base no puede concebirse como la creación de la voluntad del legislador, sino que es anterior a la misma y de hecho puede y debe limitar su actividad, que en muchas ocasiones desborda lo legítimo, para amparar intereses subalternos.

## 2.- Características del Derecho Penal

Ya de antaño, el profesor Luis Jiménez de Asúa, apreciaba que el Derecho Penal es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista, que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora (la ley y el delito, p. 19), denotando así los aspectos mas característicos del Derecho Penal.

Modernamente no ha perdido vigencia lo preceptuado por el maestro español, siendo que en la búsqueda fenomenológica y política de las peculiaridades del sistema normativo penal positivo, es posible denotar las siguientes características:

- a)** Derecho público.- El Derecho penal es derecho público por excelencia, porque sólo es Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones bajo el principio nullum crimen, nulla poena sine lege. El Derecho Penal representa así el ejercicio de la soberanía del Estado, legitimado por su ius puniendi.
- b)** Judicialidad.- Su vigencia tiene manifiesto carácter judicial, porque su materialización sólo puede verificarse por la decisión de un juez en el desarrollo de un debido proceso.
- c)** Valorativo y finalista.- Desde la perspectiva del principio de mínima intervención, el Derecho Penal sólo acoge parcelas del injusto general, escogiendo teleológica y valorativamente como objeto de protección jurídica, los bienes de mayor prevalencia social, a los que unge como bienes jurídicamente protegidos. Se le asigna por ello la doble finalidad preventiva y protectora.

**d)** Expresión de justicia y equidad.- Las sanciones penales no pueden ser sólo respuesta punitiva a modo de venganza. La imposición de las mismas debe buscar el afianzamiento del equilibrio de las relaciones sociales y deben realizarse bajo el principio de proporcionalidad. Debe buscarse la justa medida entre el reproche y la sanción a imponerse.

**e)** Fragmentario.- Por cuanto la normatividad penal es expresión sólo de las conductas más nocivas. El Derecho Penal no interviene con su potestad sancionadora, en todos los ámbitos del injusto en general, sino que escoge el contenido de su propio injusto que encasilla en específicos tipos penales. En tal sentido, sólo trata con fragmentos de la antijuricidad en general. Por ello se dice que es un sistema discontinuo de ilicitud, ya que por principio de legalidad, las manifestaciones de conducta humana, por más inmorales que fuesen, sino están comprendidas en un tipo penal, resultan inocuas o irrelevantes para el Derecho Penal (se sitúan en los denominados vacíos de licitud, que las hace permitidas, aunque moralmente repudiadas).

**f)** Personalísimo.- Por que del hecho punible sólo responde su autor. El Derecho Penal debe aplicarse exclusivamente al agente sobre quien ha recaído el juicio-diagnóstico de culpabilidad.

**g)** Represivo – preventivo.- El derecho penal hace residir su obligatoriedad en la amenaza de las sanciones que contiene. Por ello es posible afirmar que no ha perdido su carácter sancionatorio. No obstante ello, modernamente ya no es concebido como pura reacción punitiva-vindictiva, sino que desde la perspectiva de una connotación eminentemente “motivacional”, se le asigna una doble finalidad preventivo-protectora, que actualmente denota su humanización y caracteriza al Estado social y democrático de derecho.



### 3.- Fines del Derecho Penal

Concebido el Derecho Penal como un instrumento de control, tiene adscrita una fundamental misión social, que, a decir de Jescheck (1981, p. 3), comprende: la protección de la sociedad; una función represiva y preventiva; y, protección de bienes jurídicos y protección de los valores ético-sociales de la acción.

Análogamente, el artículo I, del Título Preliminar del Código Penal, asigna a nuestra normatividad punitiva, la función fundamental de prevenir delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

#### 3.1) Protección de la sociedad

Como misión atribuida por el Estado, corresponde al Derecho Penal proteger la convivencia humana en sociedad. Dado que el orden social no puede asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad, requiere completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio del orden jurídico. Así, el Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coerción estatal. También el Derecho civil y el público prevén la posibilidad de aplicación de un tipo de coacción, pero la amenaza de coerción propia (la pena) y su realización, pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. Tan es así, que si el Derecho Penal dejara de poder garantizar la seguridad y el orden, aparecería el caos y la venganza privada.

El poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la sociedad. El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la Nación. El Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima, y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (*iustitia distributiva*) en caso de infracciones importantes (Jescheck 1981, p.5).

En tal perspectiva el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte absolutamente indispensable para la protección de la sociedad, en cuyo caso la norma penal se constituye en la “ultima ratio” que como herramienta corresponde utilizar al Estado mediante el legislador. Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. “El Derecho Penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad” (*loc. cit.*).

### 3.2) Represión y prevención

El Derecho Penal tiene una función represiva en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva va

siempre acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente. Las carencias propias de nuestro sistema penal, la crisis de valores, la ausencia de un Derecho Penal específico para jóvenes delincuentes y la antitécnica y facilista costumbre de sobrecriminalizar conductas, propiciando la agravación indiscriminada de la pena como prácticamente única respuesta al fenómeno delincuencial, se constituyen en los obstáculos principales de nuestro Derecho para llevar a cabo una buena función preventiva.

### 3.3) Protección de bienes jurídicos, vigencia de la norma y valores ético-sociales

El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social, representados por los bienes jurídicos.

Así, sostiene Polaino Navarrete, que la opinión mayoritaria en la dogmática penal sostiene que el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, esto es, de los bienes y valores que son consubstanciales a la convivencia humana y se consideran imprescindibles para la vida social. Esta función tutelar es, en su esencia, una función de garantía, que en cuanto a tal, a su vez, implica una función de prevención de futuros delitos, porque los comportamientos delictivos inciden sobre los objetos jurídicos de tutela penal. Protección y prevención constituyen un binomio

inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El Derecho penal protege bienes jurídicos (esto es, les concede garantía normativa), con el objetivo de la prevención de la lesión de los mismos (o sea, de la evitación de futuros delitos). La protección de bienes jurídicos es el contenido de la función, y la prevención de delitos es el objetivo final de la misma. Desde esta perspectiva, el bien jurídico, es tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, consubstancial a su propia existencia (Instituciones de Derecho Penal; Parte General, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2005, págs. 95 a 96).

Por su parte, Günther Jakobs, en su propuesta funcional-normativista de interpretación del Derecho penal, revisa la idea de la teoría del bien jurídico, sometiéndola a una dura crítica, manifestando que resulta un sinsentido afirmar que el Derecho penal protege bienes jurídicos, ya que como se aprecia tácticamente, el sistema penal recién se pone en marcha una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro (por ello Welsel afirmaba que el Derecho penal siempre actúa “demasiado tarde”). Para Jakobs, la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.

En tal sentido, precisa Polaino Navarrete (ob. Cit., p. 100), que la función del Derecho penal reside, según Jakobs, en la confirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, de una función de garantía de la estructura o identidad normativa de la sociedad. Sobre la base de la dialéctica hegeliana, concibe Jakobs el delito “como afirmación que contradice la norma” y la pena “como respuesta que confirma la norma”, de manera que “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal, por tanto, confirma la identidad social”, es decir, “restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma”.

Ejemplo: “el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma contra el homicidio; con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, que la norma sigue vigente” (loc. Cit).

Pero los juicios de valor subyacentes en las normas jurídico-penales no se refieren únicamente a los bienes jurídicos que se desea proteger, sino también a la cualidad de las acciones humanas, que de forma reprobable, desprecian esos bienes jurídicos. Es así que la doctrina penal acepta también que la misión del Derecho Penal consiste tanto en la protección de bienes jurídicos, como en la protección de los valores ético sociales de la acción y que el delito está, por tanto, constituido por el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y por el desvalor de la acción (abandono de los valores ético sociales de la acción). “La norma penal tiene ciertamente una

función protectora de bienes jurídicos, pero esta función protectora sólo puede llevarse a cabo a través de una función motivadora de conductas humanas, es decir, motivando a los ciudadanos para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos (conforme: Muñoz Conde y Jescheck, ob. cit., p.13).

#### 4.- Función instrumental y simbólica del Derecho Penal

Conforme lo aprecia García-Pablos de Molina (2000, p. 97), en doctrina suele distinguirse entre “función instrumental” y “función simbólica” del Derecho Penal. La primera es la genuina, la que legitima a la norma jurídico-penal, y consiste en la protección efectiva de los bienes jurídicos a través del efecto disuasorio que las conminaciones legales (y la eventual aplicación de estas) produce en los infractores potenciales. La segunda, la función “simbólica” es el efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de las personas en sociedad (autocomplacencia y satisfacción en los primeros; confianza, tranquilidad, en estos últimos), que nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos. Se trata pues, de política de gestos de cara a la galería y a la opinión pública (se produce así, en la opinión pública, la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido que satisface a todos, aunque realmente no se prevengan con eficacia los delitos que se tratan de evitar).

Al tratar el tema del derecho penal simbólico, abordamos el ámbito del lado oscuro de la utilización del Derecho Penal, que en este aspecto no se

refiere al fin de prevención general, sino que se instrumentaliza para servir a la defensa de un sistema social. En este sentido, el ordenamiento jurídico penal se pone al servicio de los gobernantes, quienes lo utilizan para legitimar su desempeño, introduciendo en la sociedad la idea de que están cumpliendo con una eficaz actuación preventiva. En tal sentido, se distorsiona la finalidad del Derecho Penal, que de esta manera ya no se concibe como protector de bienes jurídicos, sino como instrumento legitimador del poder o la ocultación de deficiencias en la política social, que se pretende burlar mediante el amparo del Derecho Penal.

De aquí, que a través de esta manipulación política del Derecho Penal se trata de alcanzar un consenso de mayorías, la confirmación de una ideología de la defensa social y la posterior legitimación de determinadas medidas represivas (ejemplo de ello lo tenemos las campañas desatadas con ocasión del fenómeno terrorista). En definitiva, el Derecho penal simbólico se estructura en base a un engaño, en el que las funciones latentes prevalecen sobre las manifiestas y sólo sirven para demostrar la fortaleza del Estado.

En tal sentido, afirma Serrano-Piedecasas (1999, p. 16), en contra de cualquier función simbólica debe exigirse el máximo respeto al principio de protección de bienes jurídicos evitando, asimismo, la llamada “función ideológica de los bienes jurídicos”.

En respuesta a lo dicho, el profesor Cancio Meliá (El sistema funcionalista del Derecho Penal, 2000, p. 20), anota que particular relevancia

corresponde en este contexto, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma que tan sólo cumplen efectos “simbólicos”. Como ha señalado Hassemer (cit.), quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos “simbólicos” puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado. En este sentido hay que subrayar que la idea que ronda la cabeza al común de los ciudadanos, y también al común de los juristas, es que el Derecho Penal “sirve” para algo, es decir, que cualquiera que sea la teoría de la pena que se utilice, se parte de la base que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado, aunque sólo sea <en el caso de las teorías retributivas> la realización de la justicia.

Sin embargo, a pesar de esa imagen de un “fin” del ordenamiento penal en el sentido de que se persigue y alcanza un objetivo concreto con la legislación y aplicación de penas en el ámbito penal, los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de modo que en realidad es incorrecto el discurso del “Derecho Penal simbólico” como fenómeno de algún modo negativo, y que habría de referirse, en todo caso, a normas con función meramente simbólica, es decir, dirigidas únicamente a “la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”. En efecto: desde una perspectiva crítica, por ejemplo, concretamente, desde la “criminología crítica”, crítica precisamente hacia toda existencia de un sistema penal, y, en particular, desde el así llamado enfoque del labeling approach, se han subrayado los



elementos simbólicos presentes en el ordenamiento penal: la tesis central de esta aproximación es precisamente que el crimen no es una realidad preexistente, sino que se crea en un proceso de "interacción simbólica", se atribuye socialmente la etiqueta de "crimen". Pero también ciertas explicaciones más tradicionales, más "jurídicas" del fenómeno penal no pueden concebirse, en realidad, sin componentes de carácter que podemos denominar "simbólico". Entonces ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que podemos denominar simbólicas?.

Para entender esta calificación es necesario tener en cuenta el trasfondo histórico de las legislaciones actuales, al menos en lo que es la idiosincrasia de los ideólogos (académico-críticos) de la disciplina: valgan aquí algunas palabras clave: Derecho Penal mínimo, que aún hoy se enseña como paradigma esencial del Derecho Penal moderno, origen de éste en el Estado abstencionista-liberal...En suma, una imagen ideal: protección de la vida, de la integridad física, del patrimonio como "bienes jurídicos". Son pocos y marginales los supuestos de delitos que no protegen intereses "tangibles" (traición, determinados intereses comunes como la seguridad del tráfico jurídico en las infracciones de falsedades).

Sin embargo, a cualquier observador mínimamente avisado no se le escapa que el fenómeno de nuestros tiempos es la inflación penal. El C.P. español de 1995 es un ejemplo paradigmático. Cada vez aparecen más intereses difusos, menos tangibles. Estos "intereses" se siguen denominando

bienes jurídicos (por ejemplo y de modo destacado: medio ambiente), pero evidentemente están muy alejados de la que era la imagen original de un “bien” incluso físico. Son –valga la expresión- complicaciones derivadas de sociedades mucho más complejas, de un Estado que ya no se puede entender como mero guardián de los procesos sociales, sino que interviene en éstos. En este sentido, la norma penal no es un medio para constituir la identidad de la sociedad –es decir, para marcar los mínimos de convivencia- o para resolver un determinado problema social en términos de prevención (instrumental) del delito, sino que la aprobación de la norma en sí y su publicitación son la solución evidentemente, aparente. Y aquí se muestran los supuestos de Derecho Penal “meramente simbólicos” como verdadera manifestación del *esprit du temps*.

##### 5.- Función ético-social y “función promocional” del Derecho Penal

Existe un sector doctrinario que sostiene que el Derecho penal cumple un función ético-social consistente en la defensa de los principales valores éticos de la sociedad, garantizando el “mínimo ético” imprescindible para el desarrollo de la vida social, de modo que el Derecho penal desempeña una “significativa función configuradora de la costumbres”. Para esta corriente, el Derecho penal, al sancionar determinadas acciones delictivas (homicidio, lesiones, violaciones, etc.), no protege inmediatamente bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad sexual, etc.) sino que garantiza un respeto a tales bienes jurídicos, esto es, fomenta en los ciudadanos la idea de que tales bienes

jurídicos no deben ser lesionados. Se trata, pues, de una función pedagógica de enseñanza educación o fomento de la “cultura” del respeto a los valores éticos de la sociedad. Mediatamente, esto es, protegiendo esos valores éticos, se protegen también bienes jurídicos. Pero esta doctrina no se libra de consideraciones críticas que la hacen inoperante, puesto que en último extremo lleva a inaceptables conclusiones, como la de confundir el Derecho penal con la moral o la ética social.

Otra corriente doctrinal argumenta que al Derecho penal de compete una función “promocional”, debiendo promover actitudes en el seno de la sociedad, no tanto para satisfacer determinadas necesidades sociales cuanto para promover la actitud de respeto y de alarma frente a esas conductas. “Esta supuesta función promocional guarda evidente similitud con la función ético-social: ambas asignan al Derecho penal una función pedagógica de fomento del respeto a determinados bienes o valores jurídicos” (Polaino Navarrete, ob. Cit, p- 105).

Así, el Derecho Penal se constituiría en un instrumento al servicio del desarrollo social, por lo que cuando se invoca la “función promocional” del mismo, se quiere dar a entender que el Derecho penal no debe limitarse a consolidar el statu quo (modelo conservador), sino que ha de actuar como poderoso instrumento de cambio social. En esta perspectiva, el Derecho penal, afirma Stratenwertch (citado por García-Pablos de Molina, Ob. cit., p. 99), no puede limitarse a cumplir el papel de protector o conservador de las opiniones y representaciones del ciudadano medio en un momento concreto; no puede ser

una traba del cambio y el progreso, sino un importante factor que incida de forma activa en el orden social. Si el Derecho Penal se conformase con proteger el orden ético-social en su concreta configuración histórica acabaría perdiendo su capacidad de respuesta a los problemas reales, su iniciativa.

No parece, sin embargo, corresponda al Derecho Penal resolver la tensión que toda sociedad viva experimenta entre las fuerzas que pretenden conservar el statu quo y las que intentan o promueven el cambio social. El poder de decisión y la iniciativa necesaria pertenece a las instancias sociales, no al Derecho Penal.

Es de apreciar entonces que el Derecho Penal encauza el cambio social, no lo dirige ni lo impulsa. Su naturaleza subsidiaria, como “ultima ratio” y el principio de “intervención mínima” se oponen a la supuesta “función promocional” que en vano algunos le asignan. El Derecho Penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio consenso social, pero no puede ser el instrumento que recabe o imponga consenso (la intervención penal no es una intervención “promocional”, sino “mínima”, “subsidiaria” y “fragmentaria”. En tal sentido, resultará mala política la que dinamiza el cambio social apelando a leyes penales).

Como afirma Silva Sánchez (ob. cit. p. 54), al Derecho Penal no le compete (ni tampoco posee la fuerza para ello) transformar los principios de organización de la sociedad; por eso se rechazó muy mayoritariamente la denominada “función promocional del mismo”. Más bien, el Derecho Penal

debe reflejar el orden social, de modo que su legitimación deriva de la legitimación de las normas cuya vigencia asegura. Otro Derecho Penal distinto, necesariamente disfuncional, sencillamente no sería viable. Lo que si es posible y deseable es que dentro del marco de lo funcional (cuyo abandono sería, por lo demás, el germen de la desaparición del modelo jurídico-penal existente y su sustitución por otro funcional), desde el Derecho Penal se introduzcan los máximos elementos de racionalidad o ilustración. Ahí radica probablemente el elemento de dinamización de la sociedad en un sentido crecientemente humanista, que sí puede aportarse por el Derecho Penal.

6.- Derecho Penal del enemigo: Derecho penal de tercera velocidad.

Conforme lo precisa Jesús-María Silva Sánchez (“La expansión del Derecho penal”, IBdeF Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 183), en doctrina ya han quedado definidas las características que denotan la presencia de un derecho penal de “dos velocidades”. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal “de la cárcel”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarios, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho penal en la que el Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios

procesales. Esta cuestión guarda una estrecha relación con el denominado, “derecho penal del enemigo”.

El denominado “derecho penal del enemigo”, en cuanto concepto doctrinal y político-criminal, fue introducido al debate jurídico por Gunther Jakobs (el término aparece por primera vez en 1985 en su obra “Estudios de Derecho Penal”). Para el profesor alemán, es posible distinguir en el contexto social, a individuos que tendrían que ser diferenciados como “enemigos”, y esa diferenciación se establecería con respecto a los “ciudadanos”. En fundamento de ello, Jakobs sostiene que el derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso en su condición de sujetos sociales vinculados a y por el Derecho. Para el maestro teutón, el delito de un ciudadano “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”, y por ello el Estado moderno ve en el autor del hecho no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo) a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto es así cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, “como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”. Por ello, en principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, pues éste, por un lado, “tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como

ciudadano”, y por otro lado, “tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad” (Conf. Jakobs, ob. cit.).

Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos, indica Jakobs. Estos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tiene lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente “delictivas”. Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc. y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada “criminalidad organizada” (como aclara Silva Sánchez: el tránsito del “ciudadano” al “enemigo” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo).

Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, como asesinatos, lesiones, daños, extorsiones, etc., pero no son estos hechos los que constituyen la base de las regulaciones del “Derecho Penal del enemigo”, pues en cuanto tales, los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente por los ciudadanos vinculados a y por el Derecho. Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del “Derecho Penal del enemigo” son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones. Por otro lado, estas circunstancias fundamentarían respecto de los comportamientos de estos individuos un significado adicional de “negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia” y, por ello, representarían peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o quebrantos de normas respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual.

En definitiva pues, los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las



expectativas normativas vigentes en la sociedad. Dicho de otro modo, sostiene Jakobs: “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo”.

Puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, indica Jakobs, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existe con respecto a ellos, esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico, es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho Penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad que no tiene ninguna alternativa posible de configurar un Derecho Penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas. Jakobs considera necesaria esta diferenciación de un Derecho penal del enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del Derecho Penal general a la noción del Estado de Derecho. “Quien no quiere privar al Derecho Penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, dice Jakobs, debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho Penal del enemigo, guerra refrenada, etc.. Y ya que no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico, entonces la introducción de un cúmulo prácticamente inabarcable ya de líneas y fragmentos de Derecho Penal del enemigo en el Derecho Penal general es

un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho. Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como “persona jurídica” con arreglo al Derecho Penal del ciudadano, la tarea apenas comenzada que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho Penal del enemigo y separarlas del Derecho Penal del ciudadano.

En realidad, afirma Gracia Martín, este llamado Derecho Penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho Penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideologías de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión o inocuización. El fin principal del Derecho Penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya como sucede en el Derecho Penal general de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas. El derecho Penal del enemigo es la regulación jurídica de “exclusión” de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son considerados “no personas”, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos. El Derecho Penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el Derecho Penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad. Mediante el Derecho Penal del enemigo, el Estado ya no

dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, “combate peligros”, y, por ello, en él “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.

La particular y distinta finalidad del Derecho Penal del enemigo tiene que dar lugar también, por fuerza, a una diferencia en sus principios constitutivos y en sus reglas operativas con respecto al Derecho Penal del ciudadano. En concreto, en el Derecho Penal del enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal de la normalidad. Estos principios y reglas propios del Derecho Penal del enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado, y mediante su inocuización .

Para hacer frente a los enemigos se recurre en las sociedades modernas a regulaciones de características tales que permitirían identificarlas como típicas de un Derecho Penal del enemigo:

- 1) Una primera manifestación de éste está representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a

los principios básicos de la sociedad (falta de seguridad cognitiva) y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho. Mediante tales tipos se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia (así se criminalizan, por ejemplo, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas <v.gra. delito de “favorecimiento o colaboración en el delito de terrorismo”, tipificado en el artículo 4 de la Ley de Terrorismo, D. Ley 25475 de fecha 06 de mayo de 1992>).

2) Una segunda característica del Derecho Penal del enemigo sería la desproporcionalidad de las penas, la cual tendría una doble manifestación. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo (v.gra. el delito de “asociación ilícita” tipificado en el artículo 317 del C.P.). Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio desproporcionadas, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los

individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización.

3) Una manifestación típica del Derecho Penal del enemigo, se representa en el hecho de la vigencia de tipos con características abiertas, como leyes de lucha o combate.

4) Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho Penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde o se reinterpreta restrictivamente el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines investigatorios”, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura.

5) Finalmente, y aun cuando en la bibliografía no se hagan hasta ahora más que tímidas referencia, no deben perderse de vista determinadas regulaciones del Derecho Penitenciario que, sin duda, constituyen exponentes típicos del Derecho Penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados

beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional.

Un recorrido pretérito de las ideas políticas y jurídicas deja en claro que los defensores actuales del llamado Derecho Penal del enemigo disponen de un serio aval histórico-filosófico como garantía de su doctrina. Por lo demás, la idea de que en el caso de determinados delincuentes se trata en realidad de enemigos de la sociedad, perdura en el último tercio del siglo XIX y primero del XX. Como es sabido, así consideraba V. Liszt a los reincidentes, a los habituales y a los delincuentes por tendencia, para los cuales propuso la prisión perpetua o la prisión con duración indeterminada, incluso la pena de azotes como sanción disciplinaria y, en todo caso, la pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho Penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del Derecho Penal moderno, es decir, de la actual tendencia “expansiva” del Derecho Penal que, en general, da lugar, formalmente a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.

Independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el Derecho positivo un específico y diferenciado corpus legal

punitivo “contra enemigos”, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese “Derecho Penal del enemigo” en cuanto concepto doctrinal y político-criminal.

No obstante ello, conforme lo desarrolla brillantemente Luis Gracia Martín (ob. cit.), en la doctrina este “Derecho Penal del enemigo” ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. No obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de enemigos en el Derecho Penal Y Procesal Penal de la actualidad (v.gra. nuestras leyes sustantivas contra el terrorismo y narco-tráfico, así como sus aspectos procesales), que, obviamente, es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho Penal del enemigo.

Por otro lado, es de observarse que ya de por sí, la expresión “Derecho Penal del enemigo” suscita ya determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término “enemigo”. Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo (democráticas y, sobre todo, progresistas), induce ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido “Derecho Penal del enemigo”, y no sin razón, cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica actual, y desde ella contemplamos el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho Penal en determinados lugares. En efecto, la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos

totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes, y cómo aquéllos dictan leyes nominalmente penales que, sin contenido alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de “guerra” contra los etiquetados como enemigos (ejemplo de ello lo tenemos en nuestra historia reciente en la pretendida lucha contra subversiva; en España la “Ley de represión contra la masonería” promulgada por la dictadura fascista de Franco).

A la vista de estas reales experiencias, pues, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de “enemigo” predisponga ya a un rechazo de un Derecho Penal del enemigo en sociedades que, como es el caso de las actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad.

Un debate y una indagación acerca de este denominado Derecho penal del enemigo, por consiguiente, no podría plantearse, ni tendría sentido, en relación con la legislación de un régimen totalitario. En los regímenes de este tipo, se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos. Estas legislaciones, se entiende, no pueden ser partícipes de la idea del Derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción. Por otro lado, si es cierto que como observa Elías Díaz, no es lo mismo Estado con Derecho que Estado de Derecho, en los Estados totalitarios



no puede reconocerse a ningún Estado de Derecho. El debate sobre un Derecho Penal del enemigo, pues, sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho. Ahora bien, es evidente que en este contexto nada resuelve sobre el problema un rechazo puramente emocional, históricamente fundado, de toda pretendida diferenciación de algunos miembros de la sociedad como “enemigos”. De lo que se trata es de indagar sobre si en las sociedades democráticas existen realmente, es decir, objetivamente, tipos de comportamiento antisocial de tales características que fueren a su diferenciación no sólo en el plano de la fenomenología social sino sobre todo en el de los modos de hacerles frente y de tratar a sus autores, si ello, en caso de ser afirmado, indicaría como adecuada una diferenciación asimismo de un Derecho Penal específico, de características especiales y con reglas diferentes de las del Derecho Penal ordinario, y en el caso de que a esto se contestara también afirmativamente, si ese Derecho Penal especial podría legitimarse en el Estado de Derecho y en tal caso cuáles serían sus límites y las reglas específicas por las que debería regirse. Claro que la respuesta a todas estas preguntas, concretiza Gracia Martín, irá de la mano de la respuesta al interrogante que debe emerger ya en el punto inicial, y que no es otro que el relativo a la nada evidente cuestión de si realmente existen “enemigos”, y en el caso de que existan, el relativo a la delicada y peligrosa cuestión de la determinación tanto de quiénes podrían ser encuadrados en semejante status como de quiénes tendrían competencia para llevar a cabo semejante determinación.

De esta manera, como bien aprecia Silva Sánchez (ob. Cit. p. 187), constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características – sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna-, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo. Ciertamente ésta habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia. Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “Derecho” o es ya, por el contrario, un “no Derecho”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “excluidos”. Tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal “de la normalidad”, seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad nos hallemos ante un “mal”, éste pueda ser el “mal menor”. Pero es evidente que esta justificación obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esa índole. Pues, bien, en nuestra opinión eso no está sucediendo, sino que los Estados, por el contrario, van acogiendo con comodidad la criticada lógica de la “perenne emergencia”. A la vista de dicha tendencia, aparece como no del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de “los enemigos” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer.

### Sub Capítulo III

#### Principios Reguladores del Control Penal

##### Normas Rectoras

###### 1.- Límites del ius puniendi

Desde la perspectiva subjetiva del Derecho Penal ya tratada, corresponde al Estado la facultad punitiva, esto es, el ius puniendi. Pero esta atribución no puede tener carácter libérrimo ni omnipotente, sino que, muy por el contrario, se ve sujeto a ciertos límites, que se auto impone el Estado, en atención a la característica social y democrática en el que se sitúa como sistema político (diferente es el caso de las dictaduras, en las que el sistema se distorsiona).

Estos límites auto impuestos permiten al Estado ejercer legítimamente su potestad punitiva, señalando con precisión dentro de qué

límites es legítimo el recurso del ius puniendi. En este sentido, Santiago Mir Puig (1996, p. 74), manifiesta que el derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas, prefiriendo él partir de la concepción del Estado social y democrático de Derecho como fundamento del ius puniendi y sus límites (según este criterio, el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte heredera de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzado por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal).

Al respecto, Villa Stein (1998, p. 99), indica que un breve análisis de la propuesta de Mir Puig, nos informa entonces que el Estado social le atribuye al Derecho Penal una función de prevención limitada por la eficacia - efectividad- en la protección de los ciudadanos “según el principio de máxima utilidad posible”. En cambio, sostiene el profesor sanmarquino, el Estado liberal y democrático de derecho, que propugna y al que indica corresponde la Constitución Política del Perú, exige el máximo de garantismo en materia penal, dado que éste se torna verdaderamente severo y eficaz en salvaguarda de los bienes jurídicos penales.

Estas consideraciones han llevado a Jescheck (1981. P. 33), a referirse a un principio del Estado de Derecho, como otro baremo de la Política Criminal, erigido por la Constitución como principio rector de toda la actividad del Estado. Al respecto, indica el maestro alemán, hay un concepto formal y otro material del Estado de Derecho. En el sentido formal importan sobre todo al Derecho penal, aquellos elementos del principio del Estado de Derecho

llamados a albergar la seguridad jurídica. Puesto que el Derecho Penal puede realizar las más graves injerencias en la esfera de libertad del ciudadano que conoce el ordenamiento jurídico, es preciso adoptar especiales precauciones para evitar su abuso. El principio de predominio y exclusividad de la ley posee, indudablemente, mayor importancia en el Derecho Penal que en cualquier otra parte del Derecho vigente. Por ello se resalta la necesaria observancia del principio de legalidad. En sentido material, el principio del Estado de Derecho determina cómo ha de configurarse el Derecho Penal para que corresponda al ideal del Estado justo. Debe partirse para ello, de la protección de la dignidad humana como norma fundamental de todo el sistema de valores de nuestra Constitución. De esto y de la protección de la libertad general de actuación se sigue para el Derecho penal, su limitación a la intervención necesaria para asegurar la convivencia humana en la comunidad. De la dignidad humana se deriva, además, la exclusión de penas crueles o denigrantes y la prohibición de trato indigno a los reclusos durante el cumplimiento de la pena. El derecho fundamental de la libertad general de actuación condujo al reconocimiento del principio de culpabilidad como postulado constitucional. Otra consecuencia del aspecto material del principio del Estado de Derecho, es la vinculación a la realidad de toda Política Criminal. Así, no pueden decidir la punibilidad de una acción criterios basados en el sentimiento ni en opiniones preconcebidas, sino sólo consideraciones fundamentales en la protección de la sociedad. Por otra parte, las sentencias judiciales no pueden ser resultado de juicios de valor personales ni de emociones, sino solamente expresión de los juicios de valor del legislador, de consideraciones objetivas y de conocimientos de validez

general. Posee también naturaleza material el principio de igualdad y el principio de la proporcionalidad de los medios (prohibición de exceso).

En atención a lo dicho, el derecho de castigar (*ius puniendi*) atribuido al Estado, se legitima en relación directamente proporcional, al origen democrático de su normatividad (origen legislativo) y a las necesidades sociales de protección de bienes jurídicos fundamentales, que el conglomerado social en conjunto estime como valiosos (Estado social), de ahí la frase: *Nule lex poenalis sine necessitate*.

Estos límites al *ius puniendi* tienen esencia político constitucional, en atención a que el Derecho Penal, como ordenamiento interno de cada país, se subordina a la Constitución Política del Estado, de modo que su contenido formal y material debe ajustarse a este magno marco, que a su vez se nutre de principios fundamentales, que universalmente se constituyen en el soporte de la identidad ecuménica del Derecho Penal.

Es así que Wolfgang Schone, señala que entre orden constitucional y orden jurídico-penal existe una interrelación muy peculiar y casi paradójica. El orden constitucional requiere protección por el derecho penal y, al mismo tiempo, debe prestar protección frente a los posibles excesos del Derecho Penal (1992, p. 187).

## 2.- Principios universales

## 2.1) Conceptualización

El cabal entendimiento de los fundamentos y fines del Derecho penal, parte del estudio de los principios básicos que lo sustentan, es decir, de aquellos enunciados o conceptos jurídico-penales fundamentales, que sirven de fuente a la normatividad. En tal sentido, se constituyen en las ideas "básicas", "nucleares", "originales", que sirven de sustento y dirigen la creación, aplicación y ejecución de las reglas punitivas.

Estos principios, revisten una característica universal, ya que independientemente que las legislaciones las asimilen a su normatividad positiva, ellas subsisten y mantienen latente vigencia. No olvidemos que la normatividad penal responde a criterios directrices de una política criminal determinada por el régimen político imperante, que puede, como así nos lo ha demostrado la historia, utilizarlos y acomodarlos de acuerdo a sus especiales conveniencias. No obstante ello, Pérez Pinzón señala que importa tener en cuenta, sin embargo, que en nuestros días tales axiomas se encuentran ya en las Constituciones, en los tratados y en los códigos penales. Sintetizanse pues, los cimientos del Derecho penal contemporáneo según la doctrina actual en materia dogmática, criminológica y política (1987, p. 52). Los instrumentos supranacionales fundamentales, que informan y sustentan estos principios, son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966) y la Convención Americana de San José de Costa Rica (1969).

En efecto, como sostiene Peña Cabrera, los principios rectores son fórmulas abstractas, generales e inductivas que sirven de sustento o apoyatura a la más variada legislación positiva. Además, ayudan en la tarea hermenéutica y permiten cimentar una mejor coherencia sistemática (1994, p. 34). Con acertada técnica, nuestros legisladores, han recogido legislativamente muchos de estos principios y los han convertido en verdaderos enunciados normativos en el Título Preliminar de nuestro Código Penal de 1991.

Entre los principios generales más importantes tenemos:

## **2.2) Principio de igualdad**

También el principio de igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos, y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales. El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual en el caso concreto. Resulta fácil entender que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un reducido grupo de personas, o incluso para una sola (cualificación de los sujetos), si de acuerdo a



la naturaleza del delito, sólo ellas pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los ciudadanos, como en el caso de los funcionarios públicos, magistrados, etc. Y de igual modo, es necesario otorgar una tutela específica a determinadas personas en función al papel que desarrollan en la vida social (como el caso del Presidente de la República, Congresistas, representantes diplomáticos, etc.), y ello porque la necesidad de tutela de su función es diferente.

### 2.3) Principio de legalidad

Denominado también “principio de reserva”, se constituye en un axioma fundamental, que significa que al delito, la contravención, la pena, la medida de seguridad y el proceso, debe preceder específicamente la descripción legal estricta.

En su aspecto formal, y por influjo de Feuerbach, el principio de legalidad se expresa con el aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que en su momento vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa (Anselmo Von Feuerbach sostenía al respecto, que las transgresiones se impiden si cada ciudadano conoce de antemano las consecuencias de su acción, pues “la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazado por una ley”).

En su sentido actual, indica Mir Puig (ob. cit. p.75), el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social, y

presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular (al respecto, Beccaria, que fue quien mejor trasladó el espíritu de la ilustración al Derecho Penal, escribió que: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”. Los jueces no pueden, consiguientemente, <aumentar la pena establecida> por las leyes, ni siquiera <bajo pretexto de celo o de bien público”).

Así concebido, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que determina la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Así, el postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, pasó a inspirar las legislaciones más vanguardistas y consideradas democráticas. En el caso peruano, tanto la vigente, como también las derogadas Constituciones, ungió a la categoría constitucional este principio, que ha orientado nuestra

legislación y que el Título Preliminar de nuestro Código Penal ha recogido en su artículo II.

La conceptualización de este principio, reviste los siguientes presupuestos:

- a) Legalidad del hecho punible: Nadie puede ser imputado por un hecho delictuoso, si antes de su realización no se encontraba previa y específicamente descrito como punible en la ley penal.
- b) Legalidad de la pena: A nadie se puede imponer sanción penal alguna, si ella no se encontraba previa y plenamente determinada en la ley, cuantitativa y cualitativamente, antes de la realización de la acción delictuosa.
- c) Legalidad de la medida de seguridad: A los inimputables sólo se les puede someter a las medidas de seguridad predeterminadas en la ley.
- d) Legalidad del proceso: El moderno concepto del debido proceso, informa la necesidad y obligatoriedad de la observancia irrestricta de la normatividad procesal. En tal sentido, debe respetarse estrictamente la legalidad del rito, descrito con anticipación al despliegue de la conducta; el procesamiento por parte del "juez natural", es decir, del ordinario, preestablecido, independiente y autónomo; y, la prohibición de tribunales y procedimientos de excepción.
- e) Legalidad de la ejecución de pena: La ejecución objetiva de la pena impuesta, debe observar los parámetros legales establecidos por las normas de ejecución penal.

Dentro de este mismo principio debe ser incluido el de reserva, según el cual la ley penal, concretamente los códigos, tienen que emanar del legislativo normal y jamás del ejecutivo, por cuanto la ley penal debe ser planificada, obedecer a una política criminal determinada y, por tratarse del área más cruel del ordenamiento, debe nacer del querer popular, es decir, de quienes representan las varias corrientes culturales, sociales y políticas. Es acudir simplemente al pluralismo inherente a las democracias (Pérez Pinzón, 1988, p. 60).

Por otro lado, y desde la óptica ya tratada, se impone, de cara a la norma jurídica, la observancia de ciertas garantías que tienen que ver con la exigencia de: *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de la ley penal (salvo el caso de la retroactividad benigna, en cuyo caso la nueva ley resulta más favorable). Con la exigencia de una *lex scripta*, queda, desde luego, excluida la costumbre como fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo. El requisito de *lex stricta* impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige la que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales

absolutamente indeterminadas. El “mandato de determinación” se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial. Igualmente, el “mandato de determinación” plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (exclusión de las medidas predelictuales) y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho (conforme: Mir Puig, 1996, p. 78).

Otro aspecto de importancia en el tratamiento del principio de legalidad, es el que se refiere a la incidencia que al respecto tiene la analogía, entendida como la posibilidad de extender la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero.

La principal utilidad de la analogía se evidencia cuando el legislador trata de integrar ciertas lagunas del ordenamiento jurídico positivo de un Estado, al faltar una disposición legal específica que regule el supuesto de hecho problemático. Su aplicación supone, como bien precisa Urquiza Olaechea (Principio de legalidad, ob. Cit., p. 94): a) Que falte una disposición

precisa en el caso que va a decidirse; y, b) Que exista semejanza esencial entre el caso que se va a regular y el caso ya regulado.

Asimismo, agrega el referido profesor sanmarquino (loc. Cit.), que en el campo de la teoría general del Derecho se distingue entre analogía legis y analogía iuris. La primera consiste en aplicar a un caso no regulado por una disposición particular, pero semejante a los supuestos en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley; mientras que la segunda consiste en aplicar ya no una disposición particular, sino un conjunto de normas o principios al caso no regulado. En el Derecho penal, la principal problemática que atañe a este tema es la que se deriva de la aplicación de la analogía legis, por lo cual se desborda el sentido literal posible del texto cuando se pretende aplicar a un caso no previsto por la norma. Sin embargo, cabe precisar también la posibilidad que se atente contra la fundamentación jurídico-política del principio de legalidad cuando, apelando a principios superiores, generalmente éticos o morales, se busca castigar como delito una conducta que no se encuentra prevista como tal en la ley. De allí que el peligro de vulneración al fundamento de la prohibición de analogía se localice, por un lado, cuando se busca extender la aplicación de la ley más allá del sentido idiomático-jurídico (analogía legis), y, por el otro, cuando se quiere incriminar conductas que no se encuentran previstas por la ley sin extender ningún sentido literal, apelando al sencillo recurso de que el hecho no regulado atenta contra el sano sentimiento del pueblo, como sucedió en la Alemania nazi; o la consideración del hecho como un acto inmoral grave (analogía iuris).

Dentro del marco normativo nacional, la Constitución introduce una norma prohibitiva con respecto a la aplicación de la analogía. Así, el inciso 9 del artículo 139 de la Carta magna establece la “inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos” (éstas últimas pueden ser de cualquier naturaleza extra penal). Este dispositivo constitucional informa a su vez, que si no se trata de normas penales o de otras que puedan limitar derechos, entonces la analogía si es permitida como instrumento integrador, básicamente aplicado en el ámbito del derecho civil y otros ordenamientos. En este sentido el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, establece que: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.

Por otro lado, la prohibición de la aplicación de la analogía en materia penal se refuerza mediante la norma contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que prescribe que: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad, o determinar la pena o medida de seguridad que corresponde”.

Pero, desde la perspectiva penal, es necesario precisar que la doctrina hace ya una clara distinción entre las dos modalidades que puede asumir la analogía: “la analogía in malam partem” y “la analogía in bonam partem”. Distinción que se basa en la posibilidad que la analogía beneficie o en su caso perjudique al reo o imputado.

La analogía in malam partem es la que permite ampliar el alcance de los tipos penales o de presupuestos de punibilidad, así como la creación o agravación de las penas, medidas de seguridad u otras consecuencias accesorias (Cfr. Roxin, Claus, ob. Cit. P. 120). Por su lado, la analogía in bonam partem es aquella que desincrimina los hechos o sirve para atenuar la pena. Esta distinción permite ya aseverar, que la doctrina penal rechaza la aplicación de la analogía in malam partem y privilegia la analogía in bonam partem.

Conforme lo aprecia Maurach, con la prohibición de la analogía in malam partem el legislador busca proscribir la creación o agravación de delitos y sanciones penales, más allá de lo expresamente descrito en la ley o de lo que fluye de su sentido literal posible. La creación de delitos como la incorporación de figuras agravadas, así como la fundación de la pena y su agravamiento, sólo pueden establecerse mediante una ley penal estricta y escrita. “En efecto, el Derecho penal contemporáneo prohíbe la creación de un Derecho penal ajeno o nuevo, distinto al previsto por el legislador (analogía iuris), o la ampliación a supuestos que no encajan en su texto (analogía legis) (Urquiza Olaechea, Principio de Legalidad, ob. Cit., p. 98).

El principio de legalidad amplía también su ámbito de protección al amparo constitucional de la persona, en cuanto a la preservación de sus fundamentales derechos constitucionales. Así, la conducta delictiva imputada puede perder su carácter típico en cuanto el operador penal, apelando al control difuso de la constitucionalidad, constata, por ejemplo, una evidente



colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación y la vigencia protectora de la norma constitucional.

Este es el caso de la Sentencia expedida por la Corte Superior de justicia de Arequipa, Segunda Sala Penal, Exp. 2156-2006, en la que precisamente se absuelve al procesado de la acusación de violación de menor (entre 14 a 18 años), que le fuera imputada, en atención a que, “si los supuestos de la ley penal en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, siendo expresos son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces, no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal (...). Constatado en el curso del procedimiento criminal, la afectación de los principios constitucionales del derecho al libre desarrollo (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), del derecho a la libertad (artículo 2, inciso 2, apartado a) de la Constitución) y de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, apartado d) de la Constitución) en el contenido del dispositivo normativo referido y toda vez que los fallos judiciales deben sostenerse en marcos legales adecuados (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), corresponde a la judicatura, en cumplimiento del deber igualmente constitucional de control difuso, el declarar su inaplicación cuando menos para este caso (artículo 138 de la Constitución)”.

#### 2.4) Principio de tipicidad objetiva

Este principio guarda estrecha relación con el legalidad. Si bien se puede decir que coinciden, lo evidente es que éste apunta más allá de la mera descripción previa. Exige la necesidad de fijar, en cada estructuración típica, todos los elementos que deben acompañar al comportamiento punible. Así, el tipo debe establecer nítidamente los sujetos activos y pasivos, la acción u omisión, el objeto jurídico y los aspectos materiales y subjetivos. Legalidad y tipicidad objetiva exigen que la descripción sea previa, expresa e inequívoca; así, se establece:

- a) La prohibición de tipos oscuros, ambiguos, amplios, de doble sentido o en blanco, ya que los tipos indeterminados, no tienen aceptación en Derecho Penal.
- b) La prohibición de aceptar el derecho consuetudinario o la costumbre, como fuentes creadoras de delitos y penas, pues se opone a la legalidad estricta.
- c) La prohibición de aceptar la analogía, cuando perjudica al procesado (in malam partem).

#### 2.5) Principio de materialidad

La sola intención o idea criminal, no genera reproche ni pena (nemo cogitationem poenam patitur), de donde se deduce que, para que el pensamiento delictivo sea punible debe ser exteriorizado. El comportamiento,

entonces, requiere de una objetiva corporeidad, debe ser perceptible sensorialmente. Por ello se afirma que "...El hecho material es la base primaria e imprescindible de todo juicio de desvalor penal".

## 2.6) Principio de ofensividad o lesividad

En virtud de este principio se establece que, para imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido (*nullum crimen sine injuria*). Materialidad y lesividad u ofensividad equivalen al llamado también principio de "Antijuricidad Material".

El principio de ofensividad descansa en la consideración del delito como un acto desvalorado; esto es, contrario a la norma de valoración. La antijuricidad comportará el desvalor propio del resultado; esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y derivado de una acción desvalorada; esto es, peligrosa para la integridad del objeto o de los objetos de tutela. La desvaloración viene dada, por tanto, por la doble consideración de la acción y del resultado como objetos de la misma. Y el principio de ofensividad determinará la no tipificación de conductas que no resultan peligrosas para los bienes jurídicos o que no pueden comportar lesión o puesta en peligro de valores con relevancia constitucional.

Desde la perspectiva tratada por Carbonell Mateu (1995, p. 213), en el seno de una concepción imperativa de la norma, la exigencia del bien

jurídico para la tipificación de una conducta es, ciertamente, un loable deseo: desde el principio de ofensividad se limita el poder punitivo del Estado, en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de conductas -ni obligar a la realización positiva- si no es en virtud de que ellas puedan resultar lesivas para un bien jurídico. Desde la concepción valorada de la norma, el principio de ofensividad, entendido como exigencia de bien jurídico, no comporta limitación alguna: toda norma penal supone una valoración; por consiguiente, de toda norma penal se desprenderá necesariamente la existencia de un bien jurídico. Sólo si atendemos a la dignidad de ese bien jurídico, puede recobrar el principio de ofensividad su razón de ser como limitador del poder punitivo del Estado. Pues no se trata aquí de referirnos a la no aplicación de la pena cuando de la conducta realizada no se desprenda lesión al bien jurídico, cuanto de que el legislador democrático no tipifique conductas delictivas que no sean necesarias para la tutela de un bien jurídico digno de protección penal. Y la dignidad tiene, a nuestro juicio, una doble vertiente. En primer lugar, resulta necesario referirse a la dignidad formal del bien jurídico, ya que sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal.

Pero no sólo la dignidad formal es necesaria para afirmar el principio de ofensividad, también es necesario atender a su concepción material: ha de tratarse de un valor asumido socialmente, susceptible de ataque y destrucción; esto es, de ser lesionado o puesto en peligro gravemente, y necesitado de tutela penal. Desde luego, la valoración constitucional de un bien jurídico no implica en absoluto la necesidad de su tutela penal, ni siquiera en aquellos supuestos donde la Constitución

explícitamente encarga al legislador democrático, la tutela penal del bien jurídico, lo que, por cierto, sólo sucede con el urbanismo, ha de ser ésta interpretada como una exclusiva actuación del ordenamiento punitivo. También en este punto rige el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario o fragmentario del Derecho penal.

## 2.7) Principio de culpabilidad

Constituye garantía fundamental del Derecho Penal, el que la respuesta coercitiva, producto de la conducta infractora, sea dirigida directamente al sujeto responsable, quien sólo ha de pagar por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que puede sacrificarse, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo). Asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho).

Modernamente en la Ciencia Penal, se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación. Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la imposición de la pena, exige la confluencia en el sujeto de capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta, que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de la culpabilidad como categoría de la estructura de la teoría del

delito (la ausencia de cualquiera de estos elementos determina la imposibilidad de aplicar la pena). El fundamento material común a estos elementos es bastante discutido e incluso se prefiere por alguno hablar de “responsabilidad” en lugar de “culpabilidad” para denominar la categoría en la que ubicar sistemáticamente estos elementos (Jescheck, 1981, p. 36).

Por otro lado, está la culpabilidad como fundamento o como elemento de la determinación o medición de la pena. Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso, se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc. (loc. cit.). Finalmente, se emplea el concepto de culpabilidad como lo contrario a la responsabilidad por el resultado. En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible (hecho fortuito), reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a la preterintencionalidad.

Conforme a lo reseñado, el principio de culpabilidad se basa en la concurrencia de los siguientes sub principios:

- a) Responsabilidad por el acto;
- b) Responsabilidad subjetiva;
- c) Responsabilidad personal (imputación personalísima); y,
- d) Imputación personal (atribuibilidad).

a) El principio de responsabilidad por el acto o acción, informa que lo que verdaderamente trasciende al campo penal es el reproche del comportamiento desviado y trasgresor del agente, quien sólo debe responder por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que se auto incrimina, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo, sancionar al padre del violador o asesino). Asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho).

Así, el principio de responsabilidad por el acto (sea comisivo u omisivo), privilegia y fundamenta el denominado “derecho penal de acto” desechando el ya superado “derecho penal de autor” (el objeto del reproche penal debe circunscribirse exclusivamente a la manifestación objetiva del hecho). Por tanto, este principio se relaciona estrechamente con los de tipicidad objetiva, lesividad, materialidad y legalidad, que en el caso peruano, se encuentra consagrado constitucionalmente en el Art. 2, Inc. 24, letra d), de nuestra Constitución: “Nadie será procesado ni condenado por “acto u omisión”

que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El objeto del tratamiento normativo penal es la conducta o comportamiento humano, y que en materia punitiva es indistintamente aludida como: “acción”, “acto”, “hecho”, que corresponde a conceptos que engloban tanto las acciones propiamente dichas como también a las omisiones (resulta entonces válido hacer referencia a acción de comisión como a acción de omisión). (El artículo 11 del C.P. establece que “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”).

A diferencia del “hecho” como concepto genérico, que significa la modificación de la realidad externa mediante las fuerzas de la naturaleza (aire, agua, terremotos, etc.), en la acción (que se representa como especie del género hecho), la modificación de la realidad externa se produce por el comportamiento humano que presupone conciencia, voluntad, orientación en determinado sentido, dirección o fin.

Conforme lo aprecia Jakobs, en la comisión concurren impulsos conscientes o inconscientes conducentes a la formación de un motivo para ejercitar el movimiento corporal correspondiente al resultado y que en la omisión, se produce un hecho que no se habría producido si el autor se hubiere motivado a impedirlo, actuando como corresponde y añade que “si se equipara evitabilidad y acción y se define acción como suceso diferenciador entre un



hacer y un omitir con independencia de cual de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción y la acción es un supraconcepto que abarca tanto la comisión como la acción”.

En tal sentido, y desde la perspectiva valorativa y finalista que lo caracteriza, el Derecho penal selecciona las conductas consideradas más nocivas (por afectar bienes jurídicos fundamentales), y las conmina con una pena (o medida de seguridad), construyendo así el catálogo de delitos que corresponde a su parte especial (o leyes penales especiales).

Es así que la fundamentación de la responsabilidad penal en el Derecho penal moderno, es consecuencia directa del disvalor de la acción y nunca en razón de la persona del sujeto. Por ello se atiende contemporáneamente a un derecho penal de acto y no a un derecho penal de autor. Ello trae como consecuencia una garantía fundamental, ya que así se pone un límite y control en la intervención punitiva del Estado, ya que en su función legislativa, sólo podrá atender la tipificación de conductas constitutivas de realizaciones externas y observables en la realidad. Al respecto, Muñoz Conde refiere que de la concepción del Derecho penal como de acto, se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento ni las ideas, mientras no se traduzcan en actos externos (“*cogitatione poenam nemo patitur*”).

El carácter necesariamente direccional de la conducta, determina que ésta se manifieste en dos fases: La fase interna y la fase externa. La fase

interna comprende una conducta anticipatoria de meta integrada por manifestaciones psicológicas que se suceden en el ámbito cognitivo y motivacional (es aquí donde el sujeto se define en su intención, enfoca su direccionalidad, elige los medios y la oportunidad). En su fase externa se aprecia ya la materialización de la conducta, la que objetivamente modifica la realidad externa.

Titular del comportamiento.- Conforme lo aprecia Muñoz Conde, desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual. En tal sentido, sólo el ser humano individualmente considerado es capaz de comportamiento jurídico penal relevante, ya que la acción requiere realización voluntaria, conocimiento, direccionalidad y finalidad.

Por tanto, no es posible imputar responsabilidad penal a los animales, a las cosas y a las personas jurídicas “societas delinquere non potest” (no obstante en el ámbito de la actividad de las personas jurídicas es de aplicación el principio de representación o el actuar por otro; Art. 27 C.P.).

Ausencia de comportamiento.- Como ya ha quedado establecido, la voluntad es el ingrediente fundamental del comportamiento, por lo que si ésta falta, nos dice Mir Puig, no existe comportamiento desde el punto de vista jurídico, aunque si de dé desde un criterio psicofisiológico. Tres son los estados o situaciones excluyentes de comportamiento: a) la fuerza física irresistible, b) la conducta refleja, y c) la conducta inconsciente:

- La fuerza física irresistible: Situación en la que no se aprecia motivación ni voluntad en el accionar, que existe físicamente, pero que no puede ser atribuido en responsabilidad al autor ya que sobre él se ha ejercido un estímulo externo que le imprime a su cuerpo un movimiento involuntario (producto del hecho de otro ser humano, de la naturaleza, de los animales, etc.). Ejemplo de ello se da cuando la persona es empujada por otra, produciéndose la muerte de la víctima.

Se trata del ejercicio de la fuerza física o vis absoluta, no de la vis compulsiva o amenaza, ya que si el comportamiento se motiva por la vis moral (que no mueve el cuerpo sino la mente), se afectaría no la acción sino la tipicidad.

El artículo 20, inciso 6 del C.P. establece que: “está exento de responsabilidad penal el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de tercero o de la naturaleza”.

- Conducta refleja: Se trata de conductas desplegadas como respuesta natural y automática a un estímulo determinado y que no involucran voluntad o direccionalidad al daño (no se considera actos reflejos los llamados “reacciones en corto circuito o reacciones explosivas”, que podrían incluirse en el tratamiento de la imputabilidad).

- Estados de inconsciencia: La teoría dominante sostiene que la acción se excluirá cuando el autor haya obrado en estado de inconsciencia absoluta

(como el caso del sueño profundo o sonambulismo, o en estado de inconciencia inducida por sustancias tóxicas diversas). Ello no significa que la tipicidad del comportamiento no pueda derivarse del comportamiento anterior al estado de inconciencia absoluta. Por ejemplo: la madre que dormida ahoga con su cuerpo a su hijito de pocos días, produce el resultado muerte de su hijo en estado de inconciencia absoluta; sin embargo, sería falso excluir la tipicidad de este comportamiento por esta razón: la tipicidad de la acción derivará del hecho de haber puesto el niño a su lado sin el cuidado debido (acción típica de homicidio culposo).

En la actualidad resultan problemáticos desde el punto de vista del concepto de acción los llamados “comportamientos automatizados” (p. ej . los que se realizan en la conducción de vehículos de motor) y los comportamientos llevados a cabo en un estado de alta excitación emocional. En tales casos habrá que admitir el carácter de acciones de forma consciente. Por ejemplo: el conductor de un automóvil que realiza un brusco movimiento ante lo que cree es un obstáculo, que en verdad no existe, realiza una acción, dado que su comportamiento tenía la posibilidad de ser evitado mediante un mejor dirección del mismo. Naturalmente que esta afirmación deja abierta la cuestión de la culpabilidad. (En el caso que el chofer se queda dormido y mata, el caso ha sido resuelto por la doctrina en el marco del acto culposo).

No es pacífica la posición frente a la hipnosis o estados sugestivos intensos. La posición dominante niega la posibilidad de ausencia de acción

aunque hay un sector doctrinario que si considera estos estados como posibles de excluir la acción

a) El principio de responsabilidad subjetiva, obliga a que el reproche penal, fundamento de la imputación, debe basarse en la apreciación no sólo de un acto objetivo lesivo y trasgresor, sino que fundamentalmente, el hecho se haya verificado mediante un comportamiento doloso o culposo.

Una de las exigencias que conlleva el principio de culpabilidad, a nivel de presupuestos de la pena, se refiere a la imposibilidad de responsabilizar por su acción a quien ha actuado sin dolo ni culpa: nadie puede ser castigado sino por las consecuencias queridas (dolosas) o previsibles (imprudentes) de sus propios actos. Esta exigencia, que algunos autores denominan con acierto “principio de responsabilidad subjetiva”, merece una consideración detallada por su importante trascendencia práctica.

En efecto, sería absolutamente arbitrario (y absurdo desde todos los puntos de vista) un Derecho Penal que pretendiera exigir responsabilidad a las personas por cuestiones que no dependen en absoluto de su voluntad. Igual que no se le puede exigir a nadie que “no llueva” y no se puede sancionar al Director de un Centro Sismológico por el hecho de que se produzca un terremoto, no se puede sancionar a quien, al salir de un establecimiento en dónde acaba de comprar un carro nuevo, atropella y mata a una persona debido a una falla del mecanismo de frenado del automóvil, que ni el comprador conocía ni había podido en absoluto prever.

Precisamente por ello, la producción “objetiva” de un determinado resultado lesivo para los bienes jurídicos (causación de la muerte de otro, o de una lesión corporal o de daños en las cosas) no es suficiente para que el autor que ha producido el resultado pueda ser sancionado con una pena: es necesario, además, y como mínimo, que ese resultado haya sido querido por el autor (vale tanto como decir que haya sido causado con dolo), o haya sido al menos previsible para él (vale tanto como decir que haya sido causado negligentemente, por culpa o imprudencia). Si el autor ha causado el resultado sin quererlo y, además, sin poderlo prever (fortuitamente), la conducta no podrá ser penada: se excluye así totalmente la denominada “responsabilidad objetiva”, esto es, la responsabilidad por las conductas realizadas o por los resultados causados sin dolo ni culpa (Conf. Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 250).

Así, el comportamiento típicamente relevante, ha de medirse en relación directamente proporcional al grado de dolo, como expresión de la conciencia y voluntad evidenciada por el agente en la comisión del ilícito, o la omisión de su deber de cuidado, determinante del resultado lesivo. Este principio así rechaza toda forma de responsabilidad objetiva, excluyendo, como fundamento de la imputación penal el *versari in re ilícita* o responsabilidad por el sólo resultado objetivo. Este principio excluye también la posibilidad de incluir en el reproche penal, la valoración de cualquier daño o lesión al bien jurídico, obtenido mediante un resultado fortuito (*casus*).

c) El principio de responsabilidad personal, (que se relaciona estrechamente con la característica personalísima del Derecho penal), que como ya ha quedado establecido, rechaza toda posibilidad de adscribir responsabilidad penal a quien no sea el autor del hecho o conducta delictiva. Se rechaza así la posibilidad de imputar responsabilidad por conexiones familiares, por herencia, por simpatía al hecho o cuando no es posible identificar al autor, por ejemplo, en el contexto de un hecho tumultuario (como lo era durante la vigencia del delito de riña <C.P. 1924>, que sancionaba a todos los que participaron en ella, por el sólo hecho de su presencia física, sin identificar su participación en el hecho de la muerte o lesión que se podía ocasionar como consecuencia de ella).

d) El principio de imputación personal, se fundamenta en la atribuibilidad. Como hemos visto, la culpabilidad se funda en la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico penal y en la capacidad de motivación. En tal sentido, la culpabilidad precisa necesariamente que en la persona (sujeto del reproche normativo) se den una serie de requisitos sin los cuales no es posible invocar culpabilidad que son los siguientes: a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b) El conocimiento de la antijuricidad; y, c) La no exigibilidad de un comportamiento distinto.

En efecto, como precisa Peña Cabrera:

a) Aceptando que la culpabilidad antes y después de todo es un reproche personal, basado en que el autor pudo hacer lo que se esperaba de él y, sin

embargo, no lo hizo. Este reproche tan sólo se puede hacer a aquellas personas poseedoras de capacidad de dirigir libremente sus actos de conformidad con el conocimiento que implican éstos. El derecho los llama imputables y, por ende, la imputabilidad es, pues, “capacidad de culpabilidad”.

b) El poder comportarse de acuerdo con lo que el derecho esperaba, exige previamente “el conocimiento de la significación del acto que contraría al Derecho”; en otras palabras, el “conocimiento de la antijuricidad”.

c) El derecho exige normalmente comportamientos no imposibles. Por eso se dice que el Derecho no es para héroes ni santos. La norma jurídica genera un ámbito de exigencia viable, pero humana, más allá del cual no puede demandarse responsabilidad de ningún género. Pero lo capital es que esta “exigibilidad” representa un verdadero problema individual. Efectivamente, se trata del actor concreto en circunstancia concreta, quien ofrece la posibilidad humana de comportarse ora de un modo ora de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y con él, la culpabilidad.

En principio, estos tres elementos reseñados materialmente asumen la posibilidad de graduación a excepción, lógicamente, de la minoría de edad penal, y, es por ello que, cualquier modificación puede determinar tan sólo efecto atenuante de la culpabilidad, claro está, cuando no haya razón suficiente para excluirla radicalmente.

Además de la versión positiva examinaremos su negación, incluyendo tanto las causas que la excluyen o que meramente determinan su



graduabilidad. De allí la conveniencia de recordar las diferencias entre estas causas de exclusión de la culpabilidad de las causas de justificación. Las causas de exclusión de la culpabilidad mantienen intacto el tipo de injusto con todo lo que ello significa; en tanto, que las causas de justificación convierten el hecho en lícito y lógicamente aprobado por todo el ordenamiento jurídico. Tanto es así que sería absurdo hablar de legítima defensa frente a una legítima defensa.

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad es el requisito fundamental de la atribuibilidad, puesto que el autor sólo será imputable en la medida que pueda responder por su hecho. Conforme lo aprecia Muñoz Conde, el concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia éste pueda responder de ellos.

La imputabilidad es pues, el presupuesto de la culpabilidad, y se basa en la apreciación del grado de capacidad de obrar del sujeto, entendido como bien lo indica Von List, como la capacidad de conducirse socialmente, observando una conducta que responda a las exigencias de la vida en común. De lo que resulta que si el individuo no tiene la madurez (física o psíquica) suficiente, no puede llamarse culpable, y, en consecuencia, el sujeto no puede tener responsabilidad de sus actos a pesar de que estos sean típicos y antijurídicos. La noción de imputabilidad sirve para discriminar qué hechos antijurídicos

pueden ser atribuidos a su autor y para que, después, esta persona esté en condiciones de responder por estos actos.

El Código penal (Inc. 1 del Art. 20), adopta una fórmula de definición negativa de la culpabilidad, estableciendo (contrario sensu) dos formas de cómo puede llegarse a ser imputable:

- a) Cuando se actúa teniendo la facultad de poder comprender el carácter delictuoso de su acto.
- b) Cuando se tiene la facultad de determinarse según esta comprensión.

Causas de inimputabilidad.- La inimputabilidad es la ausencia de la imputabilidad, de este modo las causas de inimputabilidad vienen a ser aquellos supuestos de los que se deduce que la persona no puede ser imputable en el momento de la realización del delito.

Junto a la inimputabilidad pueden encontrarse personas en los que solamente concurre una imputabilidad disminuida o restringida, supuesto en el que se habla de semi-imputabilidad. El artículo 22 del Código penal hace referencia a ello, estableciendo que “podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”.

Como excepción, la norma también refiere que está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

Estas causas de inimputabilidad son:

a) Anomalía psíquica: Fórmula que reemplaza al término “enfermedad mental” utilizada en el Código derogado. A la doctrina y a la jurisprudencia tan sólo debe interesarles el efecto psicológico que debe causar la “anomalía psíquica” (término utilizado en el inc., 1 del Art. 20 del C.P.). Frente a las perturbaciones de las facultades psíquicas, fundamentalmente cognoscitivas y volitivas, el individuo será imputable si la tal anomalía psíquica constituye un obstáculo para comprender la licitud de su comportamiento o determinar conforme a dicho conocimiento. Las perturbaciones intelectuales y volitivas no son suficientes para la determinación de la inimputabilidad.

*b) Grave alteración de la conciencia: Son anomalías psíquicas, pero a diferencia de la enfermedad mental, pueden ser además de origen psíquico, de otros factores (v. gr. alcohol, droga, etc.). Importa que esta anomalía psíquica afecte gravemente la conciencia del sujeto del mundo que lo rodea e, inclusive la conciencia de si mismo. El trastorno debe adquirir la entidad de profundidad para involucrar ls perturbaciones distantes en grado de lo que se toma como normal. El trastorno mental para que pueda excluir la imputabilidad, ha de*

*excluir la capacidad de intelectualidad y volitiva en la misma magnitud con que éstas operan en las hipótesis de la enfermedad mental.*

*En el tratamiento de este tema se incluye la denominada “actio libera in causa”, circunstancia en la que dolosamente el propio agente se somete (dolosa o culposamente) a una condición de grave alteración de la conciencia para cometer el delito. En este caso, de comprobarse lo intencional de la maniobra, no se eximirá la responsabilidad penal.*

*c) Grave alteración de la percepción: La noción de alteración en la percepción está referida a cualquier sentido (de modo que no solamente el sordo y el mudo, o ambos a la vez); el abanico abarca otras dimensiones físicas de los sentidos. Importa que la alteración de la percepción de la realidad sea grave, pues como anota Bustos, el término realidad es equívoco y relativo, ya que cada uno tiene su propia realidad y ésta ciertamente no está alterada, luego en verdad se está hablando de alguna determinada realidad, la que es tal para otros, y desde este punto de vista lo que interesa es una determinada realidad valorativa, que puede ser la jurídica.*

*La oligofrenia es el ejemplo más ilustrativo. El grado de trastorno mental del oligofrénico, sea del idiota clínicamente determinado o el imbécil, o el débil mental debe ser de tal magnitud que impida obrar con la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esta apreciación.*

*d) La minoría de edad: Nuestra ley penal (Inc. 2 del Art. 20) establece como sujeto inimputable al menor de 18 años de edad. Basta la sola comprobación de la edad para fundamentarse la exclusión de la responsabilidad penal, sin interesar el desarrollo intelectual y volitivo, que haga suponer que el sujeto en*

*verdad pudo comprender el carácter ilícito de su acción y obrar conforme a esa comprensión (lo que a nuestro criterio debería ser lo relevante).*

*El conocimiento de la antijuricidad.- El cumplimiento de este requisito significa el ambiente seguro para la cabal realización del principio de culpabilidad, pues, sin el conocimiento del injusto no es posible el reproche de culpabilidad.*

*La ley no exige el conocimiento estricto del precepto jurídico conculcado, ni tampoco la pena que éste prevé como consecuencia; es suficiente que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del orden jurídico, que su comportamiento delictivo se encuentre prohibido jurídicamente al “modo del profano”, según el juicio del hombre medio con capacidad de comprensión y decisión.*

*El conocimiento de la antijuricidad puede verse influenciado negativamente por el error de prohibición (antes denominado error de derecho), cuando conforme lo señala el artículo 14 del C.P., el error sea invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal se excluye la responsabilidad (si el error fuere vencible se atenuará la pena).*

*El error de prohibición lleva su presencia al ámbito de la culpabilidad, dejando íntegro el injusto doloso o culposos, bien excluyendo la responsabilidad o bien atenuándola. Puede presentarse bajo los siguientes supuestos: a) Error sobre la existencia de una norma jurídica (ignora la existencia de la norma prohibitiva); b) Error sobre la validez de una norma jurídica de prohibición (la cree derogada o que contradice a otra de superior jerarquía constitucional, por lo que opta acatar ésta, negando la anterior); y, c)*

*Error sobre la validez de una norma de autorización (supone erróneamente que se encuentra amparado por una norma permisiva <de autorización>).*

*Se incluye en el presente tema, también la referencia al error de prohibición culturalmente condicionado, que se fundamenta, como bien explica Zaffaroni, en que el sujeto, no obstante la posibilidad de conocer la norma prohibitiva, no la ha podido internalizar por razones culturales. El artículo 15 del C.P. hace referencia a ello, indicando: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.*

La no exigibilidad de un comportamiento distinto.- El deber de actuar o simplemente abstenerse en el sentido demandado por la norma se funda en la posibilidad de realizarse la conducta jurídicamente correcta y en la exigibilidad de la misma. Ocurre que posibilidad y exigibilidad de adecuarse a lo pedido por la norma no son conceptos idénticos: lo imposible no es exigible, sin embargo, a veces, el derecho abdica a exigir comportamientos que el sujeto pudiera llevar a cabo; de suerte que, si bien lo imposible no es exigible, lo posible tampoco lo es, por el mero hecho de serlo exigible siempre.

En este sentido la responsabilidad se funda en que el sujeto, pudiendo comportarse conforme la norma que emana de la ley, decide libre y voluntariamente no acatar el mandato prohibitivo y ejecuta el acto con pleno conocimiento y voluntad.

Por el contrario, si se presenta por ejemplo, el caso extremo en el que el autor actúa en un estado de alteración motivacional por circunstancias de peligro, que hace que no pueda exigírsele una conducta distinta de la que realizó lesionando un bien jurídico, no puede reprochársele responsabilidad penal.

Causas de exculpación:

a) Estado de necesidad exculpante: Nuestra ley punitiva la norma en el inciso 5 del artículo 20: “El que ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias, especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”.

El estado de necesidad exculpante descansa en que los bienes en conflicto son de igual valor, como en el caso del náufrago que mato a su compañero para mantener el único madero que permitiría salvar su vida en el agua. En este caso el ordenamiento no justifica la agresión por tratarse de bienes preponderantes, pero si entiende y disculpa el acto por la imposibilidad de exigir al agente un comportamiento distinto.

b) Miedo insuperable: El miedo al que aquí se alude, es aquel que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (Muñoz Conde). La eximente elimina la responsabilidad del agente, dejando intacta tanto su capacidad de culpabilidad (imputabilidad) cuanto el manejo conductual, por no serle exigible por el Derecho (al hombre promedio) la sujeción a la norma, visto el miedo grave en relación con una circunstancia seria, real e inminente (en la medida en que el sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente).

El inciso 7, del artículo 20 del C.P., establece que esta exento de pena, “el que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

Por ejemplo el gerente que sustrae el dinero del banco, para los ladrones que tienen secuestrada y amenazada de muerte a su menor hija.

Por último, el principio de culpabilidad, que es pilar fundamental del Derecho Penal, permite comprender diversos aspectos:

a) La responsabilidad penal no se determina exclusivamente por la materialización y la lesividad. Requiérese, esencialmente, que el tipo objetivo sea ejecutado voluntariamente, ya con intención, voluntad y conciencia de ilicitud (dolo), ya con omisión del deber de cuidado exigible en el caso concreto (culpa).



b) Inadmisibilidad de la responsabilidad objetiva o determinación de penas sin observación y prueba de la psiquis del autor. No resulta admisible el procesamiento despojado del análisis de dolo, culpa o preterintención.

c) Rechazo de los llamados delitos calificados por el resultado, si se les concibe como simple fundamento del incremento punitivo, sin relacionar al autor y la consecuencia mayor. Las circunstancias de agravación sólo permiten incremento sancionatorio en cuanto puedan ser vinculadas culpablemente (dolo o culpa) al sujeto activo del hecho.

d) La responsabilidad penal resulta de lo que "el hombre hace y no de lo que el hombre es". En tal sentido, el principio de culpabilidad se orienta a la observancia del comportamiento, de la acción, del hecho o de la conducta, y por tanto, rechaza el Derecho Penal de Autor. A éste, entonces, se puede imputar, procesar, condenar y aumentar la pena exclusivamente por la conducta desplegada y nunca por sus características físicas, biológicas, culturales, políticas, económicas, etc.

e) Implica el análisis no sólo del autor sino, igualmente, el de su entorno o mundo circundante, porque no puede pasarse por alto que la personalidad de un sujeto, como también sus características personales externas, se van desarrollando o adquiriendo siempre en el medio social. Es el tema conocido con el nombre de co-culpabilidad o co-responsabilidad que se fundamenta, conforme aprecia Zaffaroni, en que como "... el orden sostenido por el derecho no da a todos las mismas posibilidades de realización, es lógico que le exija más a quienes más posibilidades le ha dado y que cargue con su parte respecto de aquél a quien menos posibilidades ha dado, cargando aquí la

sociedad con la parte de culpabilidad que le corresponde..." . Es reconocer, como hace Jean Pinatel, que "...la personalidad es inseparable no solamente del organismo sino del medio...", y que "...es, pues, la personalidad total la que hay que situar frente a la sociedad global, a fin de descubrir los procesos sociales (directos e indirectos) de la criminalidad".

## 2.8) Principio de dignidad

No obstante que el sujeto resulte imputado por la comisión de un delito, y como consecuencia de ello, sometido a un proceso penal, merece, por su condición de ser humano, el respeto a su integridad, honor y dignidad. Así debe excluirse todo atentado o discriminación, que parta de consideraciones de edad, raza, color, opinión, cultura, extracción social o económica, etc. Pero ello no exime al juzgador de tener en cuenta, durante la investigación judicial, los factores sociales, económicos, políticos, etc. que puedan ser condicionantes de un comportamiento determinado.

## 2.9) Principio de necesidad o utilidad

Este principio informa, que para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, "necesario", puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como

se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor posible.

Si el Derecho Penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho Penal sirve para evitar delitos.

“Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna” (Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 240).

Según este postulado, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte

no ha determinado un aumento en los delitos para los que estaba conminada; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá pena.

#### 2.10) Principio de proporcionalidad

Por proporcionalidad, no debe entenderse simplistamente, que la pena debe ser estrictamente fijada según la entidad del daño causado a la víctima o de acuerdo con el grado de culpabilidad (que en esta acepción se refiere al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena <proporcionalidad en concreto>). El principio va más allá, pues exige acomodación del Derecho penal (en lo sustancial y en lo procesal) a las finalidades del Estado en que se desenvuelve, es decir, que aquél debe seguir los lineamientos establecidos en la Constitución, especialmente en cuanto a los objetivos que se buscan según el tipo de poder plasmado en el ordenamiento jurídico (proporcionalidad en concreto). En sustancia conduce a que la aplicación del Derecho penal, se asiente sobre la base del respeto al libre ejercicio de los derechos esenciales. Trátase, en pocas palabras, de hacer coincidir las decisiones tomadas en materia penal, con las finalidades previstas en la Carta Suprema, pues no se puede concebir una medida, por ejemplo un auto de detención, que no persiga los mismos fines que pretende la Constitución.

Por ello con razón escribe Silvia Barona Vilar: "El principio de proporcionalidad tiene la tarea de conseguir una solución del conflicto entre el

derecho a la libertad personal del individuo y las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz...” En el principio de proporcionalidad deben entrar en juego, además, todas aquellas circunstancias no ya del asunto en sí, pena esperada o dificultad de resolución del mismo, sino incluso además las circunstancias personales y particulares del individuo al que presuntamente se le tuviere por acusado y al que pretende someterse a una de las medidas cautelares del proceso penal y, en este supuesto, de la prisión.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata, por emplear expresiones propias del análisis económico del Derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior: si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta. Pero no sólo es preciso ponderar el grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio que se obtiene con ésta, sino además las diferentes intervenciones del Derecho Penal entre sí. Efectivamente, lo primero que hay que ponderar es si la intervención del Derecho Penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico: si la materia es propia del Derecho Penal, y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado. Ya hemos visto que de la dignidad de los bienes jurídicos se desprende, por una parte la necesidad de un reconocimiento constitucional, en mayor o menor medida; de otra, una materialidad suficiente en el bien jurídico. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad,

en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto. Así, por ejemplo, no se representa como proporcional la utilización del Derecho Penal en contra del dueño del perro que defeca en la calle, para obtener la limpieza de las aceras.

También la conducta, en relación al grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar la intervención del Derecho Penal (verbigracia, la afectación nimia, por ejemplo del bien jurídico representado por la libertad personal, en el caso del chofer del autobús, que no se detiene en la parada solicitada por el pasajero, llevándolo a un paradero posterior, no justifica la intervención del Derecho Penal, aunque ciertamente éste habrá retenido contra su voluntad a dicho pasajero). Por último, también es necesario comprobar la relación existente entre las distintas respuestas que el ordenamiento da a diferentes conductas: no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes, y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra bienes jurídicos importantes.

#### 2.11) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Para justificar y legitimar la función de tutela y protección de la sociedad, asignada al Derecho Penal, éste ha de propender la protección de aquellos intereses sociales fundamentales, que por su importancia deban merecer la protección punitiva. Se trata de la protección de los denominados “bienes jurídicos”. Se dice entonces, que el Derecho Penal sólo puede proteger

bienes jurídicos, pero ello no significa que todo “bien jurídico” hay de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal. En tal sentido, estamos de acuerdo con Mir Puig (1995, p. 91), por cuanto ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho Penal. “El concepto de <bien jurídico> es, pues, más amplio que el de <bien jurídico-penal>” (Loc. cit.).

#### 2.12) Principio de humanidad

En su desenvolvimiento histórico, el Derecho penal ha transcurrido diversos estadios, marcados en principio por épocas de bárbara venganza, hasta su humanización. Contemporáneamente este principio conduce a la obligatoriedad del respeto a la persona humana y a la necesidad de disminuir cada vez más la presión individual y social constituida por la pena. De allí la preponderancia del principio de mínima intervención y la urgencia de descriminalizar, despenalizar, desprisionizar, etc.

El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación, si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados

y cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra hacia su persona. Como efecto de ello, las cárceles tienen que garantizar condiciones de humanidad mínimas, como lo exige contemporáneamente las Naciones Unidas en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

#### 2.13) Principio de oportunidad

En materia de aplicación del Derecho Penal, el Estado, mediante sus operadores penales correspondientes, tiene el deber jurídico de procurar el esclarecimiento de la verdad y la eventual sanción del imputado, para lo cual, entre otras cosas, debe promover y ejercer la acción penal, principio que supone, simultáneamente, la promoción necesaria de la acción penal y su irretractabilidad posterior. Sin embargo, por razones superiores como la utilidad pública, el interés social o la necesidad de descongestionar la administración de justicia, puede acudir al denominado principio de oportunidad, de acuerdo con el cual la persecución penal puede no iniciarse o terminarse, por ejemplo en hipótesis como las siguientes.

- a) Delitos de bagatela, es decir, aquellas infracciones que no conculcan apreciable o realmente el interés jurídico tutelado, así formalmente haya contradicción entre la conducta y la norma protectora, como ocurre en los delitos patrimoniales de escasa significancia, según la relación víctima - victimario, o las lesiones personales que no generan incapacidad relevante.
- b) Las transacciones entre autor y sujeto pasivo perjudicado, que producen satisfacción en éste.



c) La desprisonalización, sobre todo tratándose de penas cortas privativas de libertad, para evitar el influjo dañino de la subcultura o sociedad carcelaria.

En estos casos, como ya se establece en el artículo segundo, del Código Procesal Penal, bien puede acudir a la abstención del fiscal o al auto de sobreseimiento por parte del juez, para no comenzar el proceso penal o para extinguirlo.

#### 2.14.- Principio de Derecho Penal mínimo

Más que un principio es toda una corriente del Derecho Penal, que condensa los enunciados anteriores y aporta otros. El Derecho Penal mínimo se fundamenta en que el Derecho punitivo es violento, no resuelve ni afronta convenientemente los conflictos sociales, los enraíza y aumenta, así como también es altamente clasista, pues selecciona sus destinatarios. Por estas razones, y otras, debe ser:

a) Restringido desde el punto de vista de la cantidad de tipos estructurados en la parte especial de los códigos penales, para prever regulación penal sólo en aquellas hipótesis de lesión sumamente grave.

b) Considerablemente ampliado en su operatividad, es decir, en materia procesal penal, para extender al máximo todas las garantías del individuo, previstas en la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y en la ley penal, tales como presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho de ser oído y vencido en juicio, etc.

El denominado Derecho Penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un “Derecho Penal mejor”, sino “algo mejor que el Derecho Penal”. Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos.

Este principio, a su vez, resulta de otros, que, con contenido similar aunque con diferente nombre, conducen a la misma finalidad. Surge entonces, otros enunciados y características del Derecho penal, inclusive tradicional. Por ejemplo:

2.14.a) Carácter fragmentario.- En el campo penal se detectan comportamientos positivos o negativos que respetan y vulneran determinados intereses o bienes pertenecientes al individuo, la sociedad o al Estado; por ejemplo la vida, la salud, el honor, la administración pública, etc. Así, en toda sociedad, existen conductas jurídicas y conductas antijurídicas respecto de intereses tutelables. De estas últimas, que constituyen lo que podríamos denominar antijuricidad general, unas son extraídas por el Derecho Penal para configurar la llamada antijuricidad penal, previa descripción legal de los tipos. De la amplia gama de acciones y omisiones antijurídicas, entonces, el Derecho Penal toma algunos trozos, partes o fragmentos, con el propósito de otorgarles

una tutela muy particular, ordinariamente represiva y más severa que la concedida a otras conductas violatorias de intereses por los demás sectores del ordenamiento jurídico.

Carácter fragmentario alude a pedazos de la antijuricidad general que son tomados, para su propia regulación por el Derecho Penal. Se entiende, además, que estos fragmentos deben ser los menos posibles y que, de otra parte, no haya posibilidad de regularlos acudiendo a otras vías, como las civiles, administrativas, laborales, etc.

2.14.b) Ultima ratio.- Quiere decir que la agresión institucional, constituida por el Derecho Penal, debe proceder únicamente cuando sea indispensable, es decir, necesaria. A esta clase de Derecho debe acudir exclusivamente cuando fallen los demás mecanismo de control social formal o informal, es decir, que su puesto es el de instancia final (última razón). A decir de Calliess, citado por Bustos, "Sólo cuando fracasan la política social y de formación, y sólo cuando es ineludible para la vida en común de la sociedad, interviene la protección del Derecho Penal".

Fragmentariedad y última ratio señalan el carácter excepcional del Derecho Penal, que solamente debe intervenir frente a hechos muy particulares y de cierta significación en la vida social. Si así no fuera, el Estado se convertiría en un ente simplemente policial, y, además se correría el riesgo de paralizar la actividad social por medio de la violencia penal. Los ciudadanos, dentro de un Estado de Derecho no pueden vivir bajo la amenaza constante de

la violencia; tampoco de la que ejerce el Estado, pues ello significaría la negación de ese propio Estado de Derecho.

El respeto de los derechos fundamentales de la persona y de la sociedad, determinan la necesidad de que el empleo del Derecho Penal, como medio de control social, sea lo menos extenso y significativo, evitándose en lo posible, la aflicción o la estigmatización.

2.14.c) Carácter subsidiario. Tal denominación no quiere significar dependencia o sujeción del Derecho Penal a otra rama de las ciencias jurídicas, ni posición privilegiada o rezagada. Indica que en la sociedad se presentan conductas lícitas e ilícitas, y que éstas últimas son castigadas de diversas maneras, por ejemplo pérdida de las arras, ejecución de la cláusula penal, indemnización por despido injusto del empleado, etc. Sin embargo puede suceder que la ilicitud sea de tal proporción, que merezca otra forma de sanción, momento en el cual la conducta entra al grupo escogido por el Derecho Penal para ser objeto de reproche punitivo. De aquí resulta, igualmente, que con autonomía no existe una ilicitud penal, sino más bien conductas antijurídicas o lesivas que son reguladas de diversas maneras por el derecho civil, laboral, administrativo, etc. El Derecho Penal selecciona sectores de lo antijurídico y acude a su coercitividad para contrarrestar las conductas que se dirigen contra ellos.

2.14.d) Mínima intervención (intervención mínima o no intervención). El Derecho penal sólo debe inmiscuirse en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia, pues las ofensas menores son objeto

de otras áreas del ordenamiento. Constituye no sólo un límite importante al derecho de castigar que posee el Estado, sino que ubica al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico: La última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus disturbios, o el recurso final del que dispone el Estado de derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada. Pátese del convencimiento que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección.

Como se puede observar, estas cuatro características o tendencias, en sustancia coincidentes, se orientan a un mismo objetivo: La estrechez o restricción del Derecho penal.

El "Derecho Penal Mínimo", además de lo expuesto, y conforme lo reseña Pérez Pinzón, determina la formulación de otros principios subsidiarios:

- 1.- Irretroactividad de la ley sustancial, procesal y ejecutiva, salvo claro está, si favorece al procesado o condenado;
- 2.- Primacía de la ley sustancial o aplicación de los axiomas democráticos a todos los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal, principalmente en lo relacionado con la policía, el proceso y la ejecución.
- 3.- Representación popular. En el proceso de formación y conocimiento de la ley penal deben ser respetados los requisitos mínimos del Estado de Derecho,

es decir la participación en las decisiones y funcionamiento de la ley, de las asambleas legislativas, de las clases populares y de todos los partidos y movimientos políticos.

4.- La ley penal no puede ser respuesta inmediata de naturaleza administrativa, ante uno o varios conflictos. Es un acto solemne que tiene que emanar de amplios y detenidos debates llevados a cabo en las asambleas, parlamentos o congresos. Los disturbios que esperan una contestación legal deben ser suficientemente decantados antes de dar una respuesta penal. Trátase de frenar la ejecutivización o administrativización de la justicia penal.

5.- Idoneidad. La pena no debe ser impuesta si no existen pruebas empíricas de su efectividad o probabilidad de efectividad. De manera que no basta la lesión de los derechos humanos ni la proporcionalidad. Estos dos aspectos, ya reseñados, son condiciones necesarias pero no suficientes para castigar. Este principio, entonces, obliga al estudio atento de los efectos socialmente útiles que se puedan esperar de la pena.

6.- Respeto por la autonomía cultural. Se enuncia diciendo que falta una condición necesaria para la criminalización de determinados comportamientos, cuando estos pueden ser considerados normales dentro de una subcultura bien delimitada.

7.- Primacía de la víctima. La pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales, que van más allá de aquellos de la víctima es injustificada. Es necesario discriminalizar buena parte de conflictos para llegar a la "privatización" de los mismos, sustituir el Derecho penal por el derecho restitutorio, ampliar las facultades de las partes involucradas para con el delito, asegurar el derecho de indemnización de la víctima, etc. Búscase,

sencillamente, que antes de la intervención de una persona "desconocida" (el Juez), los protagonistas del acto lamentable pueden afrontarlo y solucionarlo.

#### 2.15) Principio Ne Bis in idem

Conforme al mandato constitucional, se establece en nuestro sistema la prohibición de “revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada” (Art. 139.13). Este principio denominado también de “no dos veces por lo mismo”, prohíbe a los órganos judiciales que reabran un proceso que ya que habiendo sido resuelto ha quedado ejecutoriado (salvo la excepción del recurso de revisión).

La aplicación de este principio reclama como presupuestos concurrentes: la identidad de persona, que trate del mismo hecho ilícito y que tal hecho ya haya sido resuelto judicialmente en la jurisdicción nacional o de otro país.

El anteproyecto de Ley del Código Penal 2004, también resalta el principio ne bis in idem (artículo IX: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”). Este principio consiste en la garantía que tiene el ciudadano de no ser sometido a proceso dos veces por un mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva. Ello significa que la persona no puede ser sometida a una doble condena ni

afrontar el riesgo de ello. Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución. Lo inadmisibles es, pues, no la repetición del proceso, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla. Existe uniformidad en la doctrina respecto de los requisitos para determinar cuándo estamos frente a un supuesto del *ne bis in idem*. Estos son la misma persona, el mismo hecho y el mismo motivo de persecución (*causa petendi*). En la doctrina y jurisprudencia no existe inconveniente alguno con relación a la aplicación del principio *ne bis in idem* dentro del ámbito del Derecho Penal (nadie puede ser sancionado dos veces por la misma conducta delictiva). Sin embargo, no existe uniformidad de criterios cuando se trata de la aplicación del *ne bis in idem* en el contexto general del Derecho sancionador; esto es, cuando se trata de la aplicación del principio en las relaciones del Derecho Penal con el Derecho extrapenal, prohibiendo doble sanción por una misma conducta: sanción penal y sanción administrativa. Se señala en el Anteproyecto la primacía del Derecho Penal sobre las facultades de la Administración, con lo cual se busca evitar, que una sanción administrativa previa que pueda dictarse no deba usarse como barrera que impida la actuación del Derecho Penal.

## 2.16) Principio de protección a la víctima



Conforme al mandato constitucional, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 C.E.). En este sentido se atribuye al Derecho Penal la función de protección de la persona humana en sociedad anteponiendo la pena como instrumento preventivo.

En tal sentido surge como principio la primacía de la víctima. Así La pretensión del sistema penal de tutela debe realizarse teniendo en perspectiva la entidad y la gravedad del derecho afectado a la víctima, asegurándosele también el derecho restitutorio bajo la premisa de la concesión de una adecuada y oportuna indemnización, que de alguna manera satisfaga su pretensión resarcitoria.

### 3.- Normas Rectoras en el Código Penal Peruano

#### 3.1.- Fundamento y utilidad

Como su propio nombre lo indica, las normas rectoras se constituyen en principios normativos fundamentales, que orientan principistamente, el sentido, legitimidad y finalidad del sistema punitivo. Son concebidas también como principios reguladores del control penal

A diferencia de lo dicho al tratar sobre los principios generales, en este caso nos encontramos ante la presencia de la sustantivación expresis verbis, de los mismos, vía reconocimiento de la ley, y plasmados

legislativamente en el Título Preliminar del Código Penal. Las normas rectoras, dado su carácter positivo, determinan una obligatoriedad indiscutible y general, que incluso desborda los límites propios del cuerpo punitivo fundamental, proyectando su influencia incluso a las leyes penales especiales, que deben respetar sus lineamientos fundamentales. Sin embargo, como bien apunta Prado Saldarriaga (1993, p. 25), resulta contradictorio, la constante conculcación que de tales principios se hace desde el interior del propio Código Penal y a partir de las leyes promulgadas en desarrollo de una política criminal de emergencia.

### 3.2.- Sistemática

Siguiendo los lineamientos esbozados por el Código Penal Colombiano de 1980, y teniendo como sustento legislativo, las disposiciones normativas emanadas de nuestras Constituciones de 1979 y 1993, el legislador peruano, con acertada técnica, introdujo en el Código Penal de 1991, un "Título Preliminar", que según las acertadas palabras de Roy Freyre (en Paredes, 1994, p. IX), "nos percatamos que se destina a catalogar las normas rectoras, es decir, aquellos principios de enunciado preciso, pero de contenido general, que establecen los límites auto-impuestos por el Estado en su ejercicio del ius puniendi y que no pueden ser sobrepasados sin vulnerar la libertad individual de los ciudadanos (abuso del derecho de castigar)".

Estas normas rectoras son las que orientan nuestro moderno sistema penal y determinan, desde una perspectiva garantista, la vigencia de esa

necesaria "Carta Magna de los ciudadanos", de la que nos habla Juan Bustos, que debe reflejarse en la codificación penal. En tal sentido, la exposición de motivos establece que el Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho.

En su sistemática, el Título Preliminar enarbola un conjunto de principios garantistas, que evidentemente no constituyen un círculo cerrado ni una enumeración *numerus clausus*, y que son:

### 3.2.1.- Finalidad preventiva y protectora

Artículo I.- Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Este principio guarda estrecha relación con los mismos fines del Derecho Penal en general, que desde una perspectiva garantista, se constituye como un instrumento de control social, que surge como respuesta a la transgresión del ordenamiento legal y la vulneración de intereses jurídicos socialmente predominantes. En tal sentido, cuando en sociedad, los mecanismos de control primario (normatividad social), se ven avasallados, surge la intervención Estatal, que en uso de su *ius puniendi* impone el Derecho Penal y su consecuencia jurídica que es la pena, como un mecanismo

represivo secundario, que de esta manera se legitima, buscando, como señala Muñoz Conde, dirigir, desarrollar o modificar el orden social mediante un plan debidamente predeterminado.

En tal sentido, el Derecho Penal tiene una trascendente función social, ya que debe procurar fines educativos, preventivos y protectores de las personas en sociedad. No debe ser utilizado como medio meramente represivo, autoritario o atemorizante, ni servir de instrumento para la realización de fines totalitarios, retribucionistas o sobrecriminalizadores, que le hagan perder su legitimidad. La razón de su existencia y su aceptación, debe aparejarse con el respeto a la persona humana, el mantenimiento de la confianza social y la defensa de bienes jurídicos. Estos postulados informan y sustentan las tendencias reduccionistas del Derecho punitivo.

.

En tal sentido, el Derecho Penal tiene una trascendente función social, ya que debe procurar fines educativos, preventivos y protectores de las personas en sociedad. No debe ser utilizado como medio meramente represivo, autoritario o atemorizante, ni servir de instrumento para la realización de fines totalitarios, retribucionistas o sobrecriminalizadores, que le hagan perder su legitimidad. La razón de su existencia y su aceptación, debe aparejarse con el respeto a la persona humana, el mantenimiento de la confianza social y la defensa de bienes jurídicos. Estos postulados informan y sustentan las tendencias reduccionistas del Derecho punitivo.

En tal sentido, el Derecho Penal tiene una trascendente función social, ya que debe procurar fines educativos, preventivos y protectores de las personas en sociedad. No debe ser utilizado como medio meramente represivo, autoritario o atemorizante, ni servir de instrumento para la realización de fines totalitarios, retribucionistas o sobrecriminalizadores, que le hagan perder su legitimidad. La razón de su existencia y su aceptación, debe aparejarse con el respeto a la persona humana, el mantenimiento de la confianza social y la defensa de bienes jurídicos. Estos postulados informan y sustentan las tendencias reduccionistas del Derecho punitivo.

### 3.2.2.- Principio de legalidad

Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Este principio, que es pilar fundamental del Derecho Penal, representado por el apotegma latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, encuentra su fundamento constitucional, en el artículo 2, inciso 24, letra d) de nuestra Carta fundamental, que indica que: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Concebido así, el principio de legalidad se constituye en un efectivo límite a las pretensiones abusivas o totalitarias del régimen estatal imperante, por cuanto limita su actuación punitiva, tan sólo a los supuestos típicos señalados previa y taxativamente por la ley, impidiendo así el recorte arbitrario de la libertad de accionar del individuo en sociedad. Ello implica también la vigencia de una seguridad ciudadana, que se vería seriamente afectada, si se permitiese la creación de delitos ex post facto, ya que en tal circunstancia, viviríamos un estado constante de inseguridad, por cuanto no podríamos saber que conducta podría ser calificada a posteriori como delictiva.

### 3.2.3.- Prohibición de la analogía

Artículo III.- No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que le corresponde.

Como consecuencia directa del principio de legalidad, se establece también, como principio, la prohibición de aplicar la analogía para suplir vacíos de Derecho Penal. Ello tiene su correlato en la afirmación de que sólo la ley es fuente de producción de las normas penales y que la jurisprudencia, la doctrina y el derecho consuetudinario, no crean normatividad positiva alguna, quedando como meros instrumentos cognoscitivos. La prohibición de la analogía en Derecho Penal, está unida a la necesidad, por parte del órgano de administración de justicia, de solventar seguridad jurídica en las sentencias

judiciales; por ello, ante el peligro que los actos de quien corresponde aplicar la ley -que al mismo tiempo se atribuya crearla- puedan resultar dudosos y ausentes de independencia judicial, se prohíbe la analogía en Derecho penal (Peña Cabrera, 1994, p. 61).

Este principio encuentra su fundamento constitucional en lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución, que establece como principios y derechos de la función jurisdiccional:...."El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos". En relación a este tema, se establece también que la analogía puede ser *in bonam partem* o *in malam partem*, según sea favorable o no al imputado. De ellas, se acepta en doctrina que, si la analogía resulta en favor del agente (*in bonam partem*), si puede ser aceptada; mientras que si lo perjudica (*in malam partem*), ella es rechazada, por cuanto afectaría incluso el principio de legalidad. La analogía de buena parte, se legitima ya que tiende a llenar vacíos o deficiencias de técnica legislativa, siempre que las soluciones analógicas concuerden con situaciones favorables al procesado.

En tal sentido, indica Manuel Jaén Vallejo (2002, p. 22), el procedimiento de la analogía, que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, se prohíbe en el Derecho penal, salvo que se trate de una analogía *in bonam partem*. Sin embargo tratar la cuestión como la simple prohibición de la analogía *in malam partem* es insuficiente; "de lo que se trata es de que la ley penal sea interpretada como una *lex stricta*". La dificultad está ciertamente, en que, por un lado, se prohíbe la aplicación de la sanción penal a supuestos no

previstos por ella, y, por otro, en que los textos legales se pueden entender en un sentido amplio o en un sentido restringido, y no siempre que se realiza una interpretación extensiva se vulnera el principio de legalidad. El problema reside en poder distinguir entre una interpretación extensiva perfectamente permitida, y una interpretación analógica prohibida.

#### 3.2.4.- Principio de lesividad

Artículo IV.- La pena, necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

Este principio es conocido también como principio del bien jurídico real o principio de protección de bienes jurídicos. Según su enunciado central, manifiesta Prado (1993, p. 29), el bien jurídico real pretende que toda decisión política de criminalización primaria -crear un delito- sea el resultado de la necesidad de tutelar un determinado interés individual o colectivo de trascendencia social (bien jurídico). Por consiguiente, es arbitrario incriminar conductas sólo para promover o reforzar ideas, credos o intereses particulares de grupos minoritarios. Y tampoco pueden considerarse como bienes jurídicos, nociones abstractas o eminentemente valorativas. Este es el caso por ejemplo de conceptos como "Buenas Costumbres". Se podrá proteger la libertad de autodeterminación sexual, que sí es un interés necesario para la vida social, pero no una "costumbre sexual".



La reacción penal debe basarse fundamentalmente en la conducta humana, que lesiona materialmente o pone en peligro intereses socialmente predominantes, que son los bienes jurídicos. Si bien es cierto que el resultado delictuoso debe estar vinculado a la subjetividad o voluntad del autor, la imputación requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. No es concebible la imputación basada en el mero pensamiento o en la sola intención aunque ella haya sido manifestada, sin evidenciar principio de ejecución objetiva. Una precisa conceptualización del injusto, orienta a la punición de las lesiones efectivas, proscribiéndose definitivamente la tendencia a castigar las ideas, los pensamientos y la mera peligrosidad, (*nemo cogitationis poenam patitur*).

Conforme se aprecia del texto del anteproyecto de Ley del Código Penal de 2004, en el Título Preliminar se destaca la reestructuración de la fórmula del principio de lesividad (artículo IV: “La pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Sólo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionaran comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico”). Esta modificatoria responde a la perspectiva de permitir excepcionalmente la sanción de comportamientos idóneos para producir un estado de peligro, siempre y cuando se trate de bienes colectivos o supraindividuales como el sistema crediticio o el tráfico monetario. Estos no son más que los tipos de peligro abstracto cuya técnica es aplicada con cierta regularidad en las sociedades de riesgo. Así, el legislador rescata de manera excepcional estas fórmulas de peligro abstracto

para delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, en especial, de aquellos que nacen con el desarrollo tecnológico, económico e intelectual de la sociedad. El fundamento político criminal de los tipos de peligro abstracto consiste en la conveniencia de no dejar a criterio del juzgador la estimación de la peligrosidad de acciones que normalmente lo son de "lato grado", incluso en el caso de conductas prohibidas de manera general mediante tipos de peligro abstracto, pero en el caso concreto no peligrosas, la punición se basa en la decisión político-criminal de querer crear costumbre de determinadas acciones, a fin de poder obtener una protección suficiente a bienes jurídicos importantes

### 3.2.5.- Garantía del debido proceso

Artículo V.- Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

Nuestra Constitución en el numeral 3 del artículo 139, establece como principio y garantía de la función jurisdiccional "la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional". Se preserva así el principio del juicio legal. Este principio se complementa también con principios procesales, como el de legalidad del juez (*nemo iudex sine lege*) y el de legalidad del juicio (*nulla poena sine iudicio legale*).

En virtud de lo establecido por los artículos 138 y 139 inciso 19 de la Constitución, nadie puede irrogarse la potestad de administrar justicia, sin antes haber sido debidamente nombrado con tal finalidad conforme a las

formalidades de ley. Por otro lado, según lo preceptuado por el numeral 10 del artículo 139 del texto constitucional, a nadie se le podrá aplicar pena alguna como consecuencia de la comisión de un delito, sin el requisito de haber sido previamente sometido a un proceso penal regular. Este principio, según señala Mixán Mass, se traduce también en la inevitabilidad del proceso penal para la aplicación de las penas.

### 3.2.6.- Ejecución legal de las penas

Artículo VI.- No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

Dentro de los cánones constitucionales que propugnan el respeto a la dignidad e integridad del ser humano, el cumplimiento o ejecución de una pena no debe importar aflicción, tortura o tratos inhumanos (artículo 2, inciso 24, letra h, de la Constitución). Debe respetarse en su cumplimiento, el marco legal que establece nuestro Código de Ejecución Penal. Cualquier transgresión a la normatividad penitenciaria o atentado contra la individualidad del sujeto condenado, debe importar responsabilidad administrativa e incluso penal, y el ordenamiento legal debe estar presto para la intervención a que haya lugar.

### 3.2.7.- Principio de responsabilidad penal

Artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor.

Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Este principio cumple un rol garantista fundamental, ya que postula la obligatoria observancia, para la imposición de una pena, que el hecho le sea atribuible y reprochable al autor (principio de culpabilidad). Esta garantía impone un freno a las pretensiones estatales totalitarias, e imprime el derrotero a seguir poniendo límites al ejercicio del poder punitivo de un Estado que se precie de ser democrático. Como resultado directo de este principio se derivan las siguientes consecuencias:

- a) La aplicación personalísima de la pena;
- b) Imposibilidad de imputación objetiva por el mero resultado;
- c) Vigencia irrestricta del Derecho penal de acto y no de autor;
- d) Rechazo a toda forma de responsabilidad objetiva y a toda manifestación del *versari in re illicita*;
- e) Necesaria concurrencia de dolo o culpa para imputar como delictivo un acto;
- f) Necesidad de sujeto imputable para el reproche penal; y,
- g) La culpabilidad como medida de la pena.

Gunther Jakobs (Derecho Penal, parte general, p. 594) indica que según una teoría desarrollada por Maurach, la responsabilidad por el hecho, como grado de la imputación orientado a las exigencias normales, se ha de distinguir de la culpabilidad. Esta responsabilidad por el hecho sólo se excluirá, según la última versión de la teoría, en los casos de inexigibilidad por estado de

necesidad (exculpante) o de exceso en la legítima defensa; las anteriores inclusiones del riesgo permitido y de la llamada imprudencia objetiva se han visto superadas por el desarrollo de la imputación objetiva y de la doctrina de la imprudencia. La finalidad de distinguir un escalón de responsabilidad con respecto a la culpabilidad no obedece primordialmente al interés didáctico en distinguir las instituciones generalizadoras de las individualizadoras, sino a la disposición de las consecuencias del delito y de las consecuencias sistemáticas. Sin responsabilidad por el hecho se excluirían las medidas de seguridad, y además sólo cabría participación en un hecho por el que hay que responder.

### 3.2.8.- Principio de proporcionalidad de la pena y la medida de seguridad

Artículo VIII.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

Este principio guarda estrecha relación con el de culpabilidad, ya que en esencia informa que la sanción penal a imponerse, debe guardar adecuada proporcionalidad entre la conducta y el daño ocasionado al bien jurídico. La inobservancia de este precepto podría constituir un atentado contra la persona humana, ya que traería como consecuencia la posibilidad de imponer sanciones o medidas de seguridad marcadamente desmedidas o abusivas. Las penas y las medidas de seguridad, están íntimamente ligadas a los fines de un

Derecho penal justo y garantista. Por eso ha quedado establecido, que la culpabilidad es la medida de la pena.

Conforme lo aprecia Zugaldía (ob. cit. p. 263), en la jurisprudencia constitucional española se afirma que el principio de proporcionalidad de las penas (pese a su amplia indeterminación), exige que se pueda realizar un juicio de adecuada ponderación entre el bien o interés que se lesiona o pone en peligro (gravedad del delito) y el bien que se restringe o del que se priva a través de la pena; se sostiene también que la exigencia de proporcionalidad es fundamentalmente un mandato dirigido al legislador para que adecue la gravedad de las penas a la gravedad de los delitos, aunque además deba ser tomada en cuenta por los Tribunales en el marco de la individualización de la pena.

De este modo, el principio de proporcionalidad de las penas operaría en un doble ámbito: el legislativo (mandato dirigido al legislador para que las penas abstractamente conminadas sean proporcionadas a la gravedad de los delitos) y el judicial (mandato dirigido a los jueces para que las penas concretamente impuestas guarden también proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido).

Este último mandato se ve motejado por una circunstancia de excepción, ya que según la modificación legislativa, esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito (Reincidencia; Art. 46 - B: El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa

de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El Juez podrá aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados. Habitualidad; Art. 46 – C: Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.)

Por otro lado, la justificación de la imposición de una medida de seguridad, se encuentra en la observancia de los intereses públicos predominantes, la protección de la convivencia social ordenada, justa y pacífica.

### 3.2.9) Función de la pena

Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

Desde el punto de vista de la perspectiva culpabilista, la pena debe estar armonizada a los lineamientos de política criminal, en relación a la prevención especial y a la prevención general. La pena no es mera retribución,

persigue esa doble finalidad mencionada (prevención general y especial), y aunque asoma como una amenaza de mal, ya que significa afectación de derechos y recorte de libertades, se legitima socialmente debido a su necesidad. Conforme a Jescheck, sin la pena el ordenamiento jurídico dejaría de ser un orden coactivo y quedaría rebajado al nivel de una simple recordación no vinculante. La pena así, se constituye, como indica Gimbernat, en un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. Recurso que debe propender fines preventivo-educativos y resocializadores.

Asimismo, la imposición de medidas de seguridad, que como hemos visto, responde a la necesidad de preservar intereses públicos predominantes, debe orientarse a la consecución de fines curativo-terapéuticos, protectivos y rehabilitadores.

### 3.2.10.- Aplicación extensiva

Artículo X.- Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales.

El mandamiento contenido en este artículo, no constituye norma rectora, sino una disposición normativa, que orienta el trabajo legislativo. Es iluso pensar que la codificación punitiva es suficiente para contener el acervo normativo penal. En muchos casos la variedad de normas penales requieren tratamientos individuales debido a su particularidad, por lo que surgen las leyes



especiales. La necesidad de ellas determina que, para conservar el marco constitucional y la política criminal estatal, no se abuse en su elaboración ni se desborden los principios básicos orientadores. Es esta la razón de la existencia de este dispositivo normativo, que extiende la vigencia de las normas rectoras ampliando su influencia a las leyes penales especiales no codificadas.

## Sub Capítulo IV

Esfuerzos de la judicatura para resolver la problemática de la imputación penal  
Control difuso de la constitucionalidad.

### 1. Resoluciones judiciales y consultas

1.1. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Arequipa; Segunda Sala Penal, Expediente N° 2156-2006, Arequipa, 28 de mayo de 2007. Violación de menores; Procesado: Alan Richard Tome Guillén (21).

Como ya hemos tenido oportunidad de apreciar, el principio de legalidad amplia también su ámbito de protección al amparo constitucional de la persona, en cuanto a la preservación de sus fundamentales derechos constitucionales. Así, la conducta delictiva imputada puede perder su carácter típico en cuanto el operador penal, apelando al control difuso de la constitucionalidad, constata, por ejemplo, una evidente colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación y la vigencia protectora de la norma constitucional.

Este es el caso de la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa, Expediente N° 2156-2006, en la que precisamente se absuelve al procesado de la acusación de violación de menor (entre 14 a 18

años), que le fuera imputada, en atención a que, “si los supuestos de la ley penal en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, siendo expresos son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces, no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal (...). Constatado en el curso del procedimiento criminal, la afectación de los principios constitucionales del derecho al libre desarrollo (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), del derecho a la libertad (artículo 2, inciso 2, apartado a) de la Constitución) y de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, apartado d) de la Constitución) en el contenido del dispositivo normativo referido y toda vez que los fallos judiciales deben sostenerse en marcos legales adecuados (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), corresponde a la judicatura, en cumplimiento del deber igualmente constitucional de control difuso, el declarar su inaplicación cuando menos para este caso (artículo 138 de la Constitución)”.

Esta sentencia, en su considerando Octavo (8°); expresa su fundamento en cuanto a la constitucionalidad del subtipo penal del artículo 173° inciso 3 del Código Penal (norma sustantiva)

#### 8.1. Sustento normativo básico

8.1.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, así como el artículo 8° de la

Convención Americana sobre Derecho Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

8.1.2. El artículo 2º de la Constitución Política del Estado, señala que toda persona tiene derechos fundamentales: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

8.1.3. El artículo 27º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

8.1.4. El artículo 16º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que:

1. 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.

2. Sólo mediante y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

8.1.6. El artículo 23° del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos establece que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

8.1.7. El artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley.

8.1.8. El artículo 2° inciso 24 párrafo d) de la Constitución Política del Perú señala que nadie será procesado ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

8.1.9. El segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del estado, establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

8.1.10. Los artículos 2º inciso dos, inciso veinticuatro acápite e) y 139º incisos 2, 3 y 10 de la Constitución Política del Estado, que contempla los principios constitucionales tales como igualdad ante la ley, principio de necesidad de la pena, principio de lesividad e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

8.1.11. El artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que de conformidad con el artículo 236º de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; asimismo, establece que la sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

8.1.12. La ejecutoria del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1679-2005-PA/TC, señala que para declarar la inaplicabilidad de una ley el órgano jurisdiccional debe actuar; a) en el seno de un caso judicial; b) que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez; c) acredite que su aplicación haya causado o pueda causarle un agravio directo, y d) que no puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.

8.2. Análisis respecto a las variables componentes de la inconstitucionalidad del artículo 173º inciso 3 del Código Penal peruano (las razones jurídicas de la inconstitucionalidad).

Son tres los aspectos (las variables) de interés constitucional abordados: el derecho al libre desarrollo, el derecho a la libertad y el derecho a ser procesado penalmente por ley expresa e inequívoca (principio de legalidad penal).

8.2.1. Respecto al derecho al libre desarrollo (artículo 2º inciso 1 de la Constitución Política del Perú)

8.2.1.1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en la Carta Magna del estado, como el derecho de toda persona a conseguir mediante acciones personales que se encuentren dentro de la ley, el desarrollo íntegro de su personalidad.

8.2.1.2. El Tribunal Constitucional peruano ha sentado en el Expediente N° 2668-2004-AA/TC que “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculen con el concepto

constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

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

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

Prosigue señalando que: “Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el de libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad ilimitada de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así suceden por



ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines ilícitos, a trabajar libremente, etc.”.

8.2.1.3. Es por ello que el derecho constitucional al libre desarrollo (es) 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 se enmarca dentro de las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona. En este sentido, cualquier norma legal que intente regular el orden social debe respetar en estricto sentido los mandatos de orden constitucional.

8.2.1.4. La reserva de 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. No basta una ley para la restricción de los derechos fundamentales, sino que esta cumpla con ser adecuada con las expectativas de progreso de la sociedad.

8.2.1.5. En este sentido, el Tribunal Constitucional señalado que “(...) el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un límite implícito (del Poder Legislativo) derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Y

es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional y otra, y distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio, de ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que “(...) no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, caso suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”.

8.2.1.6. Por ello no es suficiente que el legislador, ya sea en materia penal o de otra índole, cumpla con los requisitos legales formales de la ley para la restricción de derechos, sino como señala el Tribunal Constitucional el legislador se encuentra “obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la persona. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitada de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en si mismas, pues este último juicio solo podrá

considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

8.2.1.7. Concluyendo, toda norma que restringe derechos, como es el caso de la Ley N° 28704, publicada el 5 de abril de 2006, que modificó el artículo 173° del Código Penal, no puede aplicarse para los supuestos de hecho en que existen potestades constitucionales a las libertades, porque sino se vulneraría preceptos constitucionales.

8.2.1.8. Los derechos reproductivos y los derechos sexuales de la humanidad constituyen una gama amplia de potestades derivadas precisamente de la condición humana, cuyos pormenores no son objetos de la presente resolución, bastando señalar (sin que implique necesariamente hallarse de acuerdo el colegiado con su contenido) que una de las clasificaciones los estima del modo siguiente:

Los derechos reproductivos comprenden, sin que la enumeración sea limitativa; derecho de las personas para controlar y decidir sobre su propio cuerpo; derecho a recibir servicios de salud de calidad donde no exista discriminación en relación con la edad, sexo, orientación sexual, estado civil, etc.; derecho a recibir información sobre métodos de planificación familiar seguros, tener acceso a ellos y poder elegirlos libremente sin ningún tipo de coacción; derecho a recibir tratamiento en caso de infertilidad; y derecho a la atención durante el embarazo, el parto y después de un aborto, entre otros.

En cuanto a los derechos sexuales (tenemos): derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear, derecho a la libre elección de prácticas sexuales; derecho a formar o no una familia y a elegir libremente la estructura de esta, derecho a vivir una vida libre de violencia sexual; libremente para decidir tener relaciones sexuales o no, el momento y la pareja; derecho a que se respete en la intimidad; derecho a la libre expresión de su orientación sexual, así como la regulación de las distintas situaciones que de desprenden de su ejercicio cotidiano, y derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros.

8.2.1.9. El libre desarrollo de la personalidad de la agraviada se halla resguardado por aquellos marcos normativos y jurisprudenciales.

8.2.2. Análisis sobre el derecho a la libertad (artículo 2º inciso 24 acápite a) de la Constitución Política del Perú).

8.2.2.1. La libertad es la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita; es decir, es la prerrogativa que tiene la persona de realizar, sin obstáculos, sus actividades en el mundo de las relaciones. En mayor rigor, es el principio rector de la historia de la humanidad, que nos puede llevar a alcanzar el bien común y la justicia social. La libertad no constituye un derecho sino un valor personal y social (al igual que la justicia, la honradez y la verdad) que está vinculado a la confianza y al orden público. Un sistema

democrático, un legítimo Estado de Derecho, está sustentado en la libertad y en la igualdad de los derechos de sus ciudadanos.

8.2.2.2. En consecuencia, es el derecho a la libertad y a obrar de la manera en que uno desee, dentro de los marcos establecidos por la sociedad, un derecho esencial de la persona, que debe ser respetado por el Estado.

8.2.2.3. Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que uno crea conveniente, y poder disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, así también tiene el derecho de disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre con la capacidad física y psicológica para hacerlo; en este sentido, la ley debe ir de manera paralela con la realidad social y no establecer marcos normativos inadecuados con la misma.

8.2.2.4. Corresponde al Estado (a sus organismos pertinentes) y a la familia desplegar los esfuerzos y adoptar las medidas para la debida formación integral de los niños, y desde luego, en cuanto al ámbito sexual, informando y orientando oportuna y debidamente para preparar a tiempo a los que serán adolescentes para el desempeño racional de sus potestades sexuales.

8.2.2.5. Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad, debido a ello, ha de ser libre para decidir el momento y la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual.

8.2.2.6. El derecho a la libertad tiene sustancia constitucional y puede ser usado de manera negativa o positiva; en el tema bajo análisis, para negarse la interesada a la relación sexual o para consentir en la misma.

8.2.2.7. No debe por tanto vulnerarse su derecho, en aquella edad del desarrollo, a decidir libremente sobre temas que guardan relación estricta con un ámbito de su desarrollo en sociedad.

8.2.3. Análisis sobre el derecho a ser procesado por cargos que emanen de ley escrita e inequívoca – principio de legalidad penal – (al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes) (artículo 2º, inciso 24 acápite d) de la Constitución Política del Perú).

8.2.3.1. El reconocimiento de la antijuridicidad en una conducta presupone, según Zaffaroni, considerar al orden jurídico como un todo unitario para cuya totalidad la conducta es ilícita, porque no se puede dar lugar al “escándalo jurídico” de afirmar y negar algo al mismo tiempo y, por ello, “una conducta ilícita en un ámbito del derecho, no puede ser ilícita en otro”, salvo que se trate de comportamientos diferentes.

Ello obliga a la razonable búsqueda de la coherencia normativa en el conjunto del acervo legislativo, dado que no resulta jurídicamente aceptable que unas normas permitan lo que otras prohíban, mucho menos bajo aflicciones de privación de libertad.

8.2.3.2. El Código Penal peruano, desde el 5 de abril de 2006 (fecha de publicación de la Ley N° 28704), que modificó el parámetro típico precedente, bajo el cual se reconocía el derecho a la libertad sexual de las personas de catorce años de edad – incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante-), bajo sanciones penales diversas, pero (que) el Código Civil permite (a través) (d) el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años en adelante bajo ciertas reglas, de modo tal que la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal y genera, cuando menos a su vez una excepción de punición, por cuanto de no entenderse así el matrimonio de adolescentes de catorce años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y del Alcalde o el Funcionamiento Municipal celebrante del acto, o en su defecto implicaría la generación de una matrimonio exento de las potestades y deberes de lecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoría, hipótesis que no se ha previsto en la ley.

8.2.3.3. El artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (que el Perú suscribió y por tanto es observable y exigible), como se ha señalado anteriormente, concede a hombres y mujeres en edad núbil el derecho a casarse y fundar una familia.

Por edad núbil se puede entender solamente la edad legal para el matrimonio (del connubio), pero, en sentido lato, desde una perspectiva biológica – fisiológica, lo es la edad de la pubertad, asociada en el caso de la mujer a la menarquía que, como proceso complejo, se presenta aparejada de una carga

importante de cambios hormonales que influyen en las esferas psíquicas y social de su desempeño personal ante el surgimiento de nuevas características dirigidas a la reproducción aunque no se tenga la perspectiva de engendrar, por lo que resulta aconsejable que al legislar sobre derechos sexuales de las púberes se acuda a las investigaciones académicas sobre el particular-.

8.2.3.4. Si el matrimonio es una célula fundamental de la familia y si el niño recién nacido tiene derechos a pertenecer a una familia, como consecuencia de las indicadas prerrogativas constitucionales, es válido concluir que cuando menos las personas de dieciséis años en adelante, pueden sostener relaciones sexuales y engendrar estando casadas, sin que les afecte el alcance del artículo 173º del Código Penal ni a ellas ni a sus cónyuges aunque sean estos mayores de dieciocho años de edad.

8.2.3.5. A ello se suma que al no haber sido expresamente derogado el artículo 175º del Código Penal, que sanciona bajo el epígrafe de seducción las relaciones sexuales sostenidas bajo engaño en perjuicio de las personas de catorce a dieciocho años de edad, resulta paradójico que el sujeto activo que engañe a un menor que tenga de catorce a dieciocho años de edad para sostener relaciones sexuales deba ser sancionado con pena de tres a cinco años de privación de la libertad, en tanto que el sujeto activo que sostenga relaciones sexuales consentidas con un menor que se halle en idénticos parámetros de edad, deba padecer privación de libertad de veinticinco a treinta años.



8.2.3.6. No ha de perderse de vista que según el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, evento realizado en El Cairo, en septiembre de 1994 (en que el Perú estuvo representado), se resalta en el principio 11 el deber de los Estados y la comunidad de prevenir los abusos contra los menores, en especial los de carácter sexual, en tanto que en el apartado 6.10 se destaca el deber de los Estados de proteger a los niños y jóvenes contra todo tipo de explotación, y en el apartado 6.15 se precisa que los jóvenes tienen derecho a información sexual para evitar los embarazos precoces, lo que implica, según estimación del ponente de esta decisión judicial, que los Estados representados en aquel evento internacional consideraron, en beneficio de los adolescentes, un ámbito de libre determinación información para el embarazo temprano (sea el originado por relaciones sexuales o – de modo más complejo- bajo técnicas de reproducción asistida), de diferente tratamiento al del abuso sexual contra menores, generador o no de embarazo, todo ello de conformidad con los compromisos contraídos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir del indicado Informe sobre la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se puede colegir que no están satisfechas las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios dirigidos que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable; la salud reproductiva está en muchos casos en el mundo, fuera del alcance de muchas personas a causa del conocimiento insuficiente sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en

materia de salud reproductiva, hallándose los adolescentes dentro de los más vulnerables.

Queda, por tanto, la interrogante si es legítimo, desde la expectativa jurídico-constitucional el método de negar la libertad sexual de los adolescentes de catorce años a más para enfrentar el problema de la indicada vulnerabilidad, puesto que el artículo 170º del Código Penal protege ya a todos respecto de la violación sexual bajo violencia o amenaza, aunque nada impide que se califique especialmente la violencia o la amenaza como medios comisivos cuando se trata de víctimas de catorce a dieciocho años de edad por los efectos especialmente nocivos del abuso sexual en el proyecto de vida.

Ergo, es válido concluir que el Estado peruano no tienen claro ni definido de modo incontrovertible si un sector de los adolescentes (entendiéndose por tales cuando menos a los que van de los catorce años en adelante) están o no necesaria y/o absolutamente excluidos de los denominados derechos sexuales y reproductivo que se hallan reconocidos y declarados como derechos de la humanidad.

Si el Estado (Parlamento y Poder Ejecutivo) no tiene al respecto una posición firme y unicota, no es legítimo que se exija a la ciudadanía que se motiven en las prohibiciones penales que no son claras (y no lo son para los adolescentes – que podrían incurrir en infracciones penales en aplicación del Código de las Niñas, los Niños, las y los adolescentes – como para los adultos relativa o

plenamente responsable – que sostengan relaciones sexuales con personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad).

Es de resaltar que mientras se constata ausencia de coherencia en cuanto a la prohibición en el Perú (bajo sanciones penales) de la libertad sexual de los adolescentes mayores de catorce años, en contrario, está suficientemente claro que toda libertad debe ser ejercida por las personas con la información adecuada.

8.2.3.8. La Ley penal no solo debe ser escrita y previa (expresa), sino también estricta (inequívoca) para que se cumpla el principio constitucional de legalidad (que surge de interpretar en contrario el apotegma “nullum crimen sine lege praevia”) y que se halla positivizado en el artículo 2º inciso 24 párrafo d) de la Constitución Política vigente que exige tanto el carácter expreso como el carácter inequívoco (de la ley), estándares que deben concurrir simultáneamente.

8.2.3.9. Si los supuestos de la ley penal en el inciso 3 del artículo 173º del Código Penal, siendo expresos son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal.

8.2.4. Conclusión de inconstitucionalidad

8.2.4.1. Nuestro ordenamiento normativo es un sistema estructurado que debe ser aplicado por el operador judicial de forma ordenada, teniendo en cuenta los criterios de temporalidad y especialidad que lo rigen.

8.2.4.2. El estado democrático de Derecho tiene la potestad y el deber de perseguir el delito y lograr su sanción, dentro de los marcos de la legalidad.

8.2.4.3. El colegiado realiza el control de constitucionalidad en un caso judicial, siendo relevante determinar la validez de la norma a aplicar para resolver la presente controversia judicial, de modo tal que de aplicarse la norma generará privación de libertad innecesaria en perjuicio del acusado, no habiéndose emitido Ejecutoria del Tribunal Constitucional sobre el particular, ni pronunciamiento de convalidación por Tribunal Internacional de Justicia en materia de Derechos Humanos al que el Estado peruano se halle sometido competencialmente.

8.2.4.4. Constatado en el curso del procedimiento criminal, la afectación de los principios constitucionales del derecho al libre desarrollo (artículo 2º inciso 1 de la Constitución), del derecho a la libertad (artículo 2º inciso 2 apartado a de la Constitución) y de legalidad penal (artículo 2º inciso 24 apartado d de la Constitución) en el contenido del dispositivo normativo referido y toda vez que los fallos judiciales deben sostenerse e marcos legales adecuados (artículo 139º inciso 5 de la Constitución), corresponde a la judicatura, en cumplimiento del deber igualmente constitucional de control difuso, el declarar su inaplicación cuando menos para este concreto caso (artículo 138º de la Constitución).

Noveno: Consecuencia de la inaplicabilidad

9.1. Como efecto de la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal en que se sostienen la acusación, la conducta del acusado devienen en atípica, en cuyo caso no corresponde una absolución, dado que las previsiones en tal sentido establecidas en el artículo 284° del Código Penal se concretan a supuestos hipotéticos distintos.

9.2. La situación generada encuentra de las previsiones del artículo 5° del Código de Procedimientos Penales, habiéndose configurado un caso que no reviste connotación de naturaleza penal.

9.3. El efecto final ha de ser el archivamiento definitivo de la causa y la anulación de los antecedentes generados por el procesamiento penal (artículo 221° del Código de Procedimientos Penales).

9.4. Esta determinación en el ámbito penal no impide las acciones civiles de resarcimiento que la víctima o sus representantes legales pretendan contra el hoy acusado en la vía idónea.

Por todo ello:

En el ejercicio del criterio de conciencia que la ley ha previsto y administrado justicia a nombre del pueblo, de quien proviene la indicada facultad constitucional, los integrantes del colegiado de la Segunda Sala Especializa en lo Penal de Arequipa.

Fallamos por mayoría:

a) DECLARANDO INAPLICABLE por colisión con los artículo 2º inciso 1, 2º inciso 24 apartado a) y 2º inciso 24 apartado d) de la Constitución Política del estado, el artículo 173º inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704.

b) DECLARANDO fundada, de oficio, la excepción de naturaleza de acción en el proceso seguido en contra de don Richar Tome Guillén, por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor E.S.Z.Y.

c) DISPONIENDO el archivo definitivo del proceso y la anulación de los antecedentes penales generados por el mismo.

d) DISPONIENDO que en el caso de no ser impugnada la presente, se eleve a la sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la república, para los efectos legales pertinentes.

e) DEJANDO a salvo el derecho de la parte agraviada a reclamar lo pertinente en la vía idónea.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos en audiencia pública de la fecha en la Sala de Audiencias de la Segunda Sala Especializada en lo Penal de Arequipa.

S.S. SALAS ARENAS, ARCE VILLAFUERTE.

1.2. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 2716-2007; AREQUIPA. 07 noviembre 2007.

Esta sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte de Justicia de Arequipa fue elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al haberse dejado de aplicar la Ley 28704 en el extremo que modifica el artículo 173 del Código Penal, que incluye en su acápite 3 como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre catorce años de edad y menos de dieciocho.

En el presente caso, se acusa a don José Félix Álvarez por el delito de Violación de la Libertad en agravio de la menor L.H.R. básicamente se acusa al denunciado quien cuenta con veintiséis años de edad haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada de catorce años.

En sus considerandos, La Sala Constitucional establece que, según el artículo 138 de la Constitución Política del Estado en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera e igualmente deben preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, asimismo, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley resolverán la causa con arreglo a la primera.

Que, en este caso, la Sala de Derecho Constitucional y Social considera que se habría presentado un aparente conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado en cuanto reconoce como un derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, y de otro el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 del Código Penal y tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad. Situación jurídica que bien podría traer como consecuencia la inaplicación de la norma legal.

En principio, señala como fundamento la Sala, es preciso tener en cuenta el marco legislativo sobre el cual gira el denominado delito de violación de menores de edad comprendidos entre catorce y dieciocho años de edad. El artículo 173 del Código Penal ha sido objeto de sucesivas modificaciones legislativas, por Ley 26293, Decreto Legislativo 896, Ley 27472, Ley 27507 y



Ley 28251 respectivamente., normas a través de las cuales básicamente se modificó el quantum de la pena a imponerse en este tipo de delitos, teniéndose en cuenta la edad de la menor de catorce años de edad, llegándose a establecer inclusive que si la víctima tenía menos de siete años, la pena a imponerse sería de cadena perpetua; además , la última ley modificatoria 28251 introduce una nueva definición del delito de violación de menores de catorce años; estableciéndola como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a actos análogos a la introducción de objetos o partes del cuerpo; empero, las sucesivas modificaciones legislativas, el Código Penal mantiene la definición de los delitos de violación de menores de catorce años y seducción o estupro, contemplado en el artículo 175 del Código Penal.

Que, el cinco de abril del dos mil seis se publicó en el diario Oficial El Peruano la Ley 28704, norma que modifica el tipo penal de Violación Sexual de Menor de edad de catorce años, ampliando su ámbito de protección a las personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad. De acuerdo a esta norma, actualmente toda relación sexual con una persona menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no, aplicándose una pena privativa de libertad entre veinticinco y treinta años.

Que, el tema aquí en análisis ciertamente gira en torno al fenómeno de la violencia sexual que exige, si bien la toma de medidas necesarias y disuasivas para que esta clase de delitos desaparezca o por lo menos aminore en nuestra sociedad, no obstante, ello no puede servir como alegato para sobrepenalizar las relaciones sexuales de los adolescentes en desmedro de los que se ha

dado en llamar la “libertad sexual de los adolescentes” a efecto de elevar la edad mínima para el consentimiento sexual a la mayoría de edad, esto es, dieciocho años de edad, como en efecto se ha efectivizado mediante la reciente legislación.

Que, la norma en comento tal como está redactada, criminaliza todas estas relaciones sexuales, así, si es que ambas personas son adolescentes estos se convertirán en “infractores”, lo que supone que se verán involucrados en un proceso judicial ante un Juzgado de Familia; en ese entendido, si nos encontramos ante una pareja conformada por una persona de diecisiete y otra de veinte, la última será sometida a un proceso judicial penal, cuyo objetivo será sancionarla por lo menos a veinticinco años de cárcel.

Refiere Tavera – Orozco (Tavera Orozco, Luis. Contribución de las adolescentes a la muerte materna en el Perú. Encontrado en la página web: <http://sisib.unmsm.edu.pe/rvrrevistas/ginecologia/vol30n2/a06.htm>.2007), que una sociedad con patrones culturales tradicionales, como la nuestra, ni la familia, ni la escuela, ni en general la sociedad acepta fácilmente la idea de la sexualidad en la adolescencia. Por ello no se educa a los adolescentes sobre la vida familiar o sexual pues solamente se les brinda una educación insuficiente y sin relación con sus necesidades reales en el que las adolescentes raramente acceden a los servicios de salud reproductiva y anticoncepción.

Que, añade dicho autor citando a la encuesta Demográfica y de Salud Familiar dos mil (ENDES dos mil), que la edad mediana a la primera relación sexual de

las mujeres de veinte a cuarenta y nueve años es a los diecinueve años. Debe considerarse de esta la misma fuente que las mujeres sin educación o con instrucción primaria, este indicador ocurre a los diecisiete años. De otro lado, en lo que aquí refiere, agrega el citado autor, existen estudios que señalan que le inicio de la vida sexual es de los trece a los catorce años en varones y a los quince años en mujeres.

Que, es menester precisar que el problema de la violencia sexual contra menores en nuestro país deviene en causa y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso, y que más bien se encuentran vinculadas a la salud, educación, situación de inseguridad y pobreza de la población no basta entonces con la emisión de una norma que finalmente termine desconociendo precisamente a quienes pretende proteger.

Que, en tal sentido, la determinación del inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una Ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficientes para decidir sobre su sexualidad, antes bien corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo a con su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en que momento estará lista o ha adquirido la madurez necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en ese sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad.

Que, al respecto, según datos proporcionados por UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Datos encontrados en la página web de la UNICEF: [www.unicef.org/voy/spanish](http://www.unicef.org/voy/spanish)) la edad mínima de libre consentimiento, es decir, la edad en la que se puede decidir tener relaciones sexuales con una persona, varía bastante en todo el mundo, así por ejemplo, refiere dicho organismo que en algunas partes de los Estados Unidos, o en Egipto, y ahora en el Perú, la edad es de dieciocho años; en Irlanda del Norte, diecisiete; en Namibia, dieciséis; en Suecia, quince; en Canadá, catorce; en Corea, trece; y en México, doce. en tal sentido, si bien no existe un consenso sobre la edad de libre consentimiento, existe una preocupación de la Convención sobre los Derechos del Niño por que se proteja a los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual.

Que, otro alcance estadístico respecto a la edad del comienzo del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho comparado latinoamericano, nos lo proporciona el penalista nacional Castillo Alva (Castillo Alva, José Luís, "La muerte de la sexualidad en los adolescentes". En Revista Actualidad Jurídica N° 149. Lima Perú 2006); así por ejemplo: Brasil/catorce años, Puerto Rico/catorce años, Paraguay/ catorce años, Colombia/ catorce años, Ecuador/ catorce años, El Salvador/ catorce años, Argentina/ trece años, España/ trece años, Costa Rica/ doce años, Cuba/ doce años, Honduras/ doce años, Guatemala/ doce años, Chile/ doce años, México/ doce años y Venezuela/ doce años.

Que, es de anotar en cuanto a este último dato, que dentro de la legislación internacional sobre despenalización de las relaciones sexuales consentidas, la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio para que una persona esté en capacidad – dada su madurez biológica y psicológica – para decidir voluntariamente si tiene o no relaciones sexuales es doce años.

Que, un estudio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos sostiene, citando a la Escuela Demográfica Nacional (ENDES 2004 – 2005- Castillo Alva, José Luís. “La muerte de la sexualidad en los adolescentes” En la Revista Actualidad Jurídica N° 149. Lima Perú. 2006), que la edad del inicio sexual reportado en el país ocurre en promedio a los dieciséis punto ocho años en los hombres y a los dieciocho punto dos años en las mujeres. No obstante, existen grandes variaciones entre regiones y niveles educativos siendo el inicio sexual más temprano en las regiones de la amazonia y la sierra tal como lo reportan estudios de investigaciones realizados en el Perú. Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en tres ciudades del país (Lima, Huancayo e Iquitos) reporta que el inicio sexual en mujeres adolescentes sucede en promedio a los dieciséis años mientras que en el grupo de varones a los quince punto cinco años. Se sabe también por este estudio que existe un estrecho vínculo entre el acceso a educación sexual oportuna y la postergación del inicio sexual lo cual se evidencia en el dato que señala que el inicio sexual antes de los quince años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad. (ENDES 2004-2005)

Que, con respecto al tipo de pareja con la que los y las adolescentes reportan tener relaciones sexuales, en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (2005-Endes 2004-2005. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, encontrado en la página web del Ministerio de Salud. [www.minsa.gob.pe](http://www.minsa.gob.pe)), se encuentra que un noventa y tres por ciento de las mujeres y cincuenta y dos por ciento de los varones refieren haberse iniciado sexualmente con “el/la enamorado/a”, lo cual significa que se trata de relaciones sexuales voluntarias. Este dato se confirma con la información acerca de los motivos para tener relaciones sexuales en los cuales los y las adolescentes reportan relaciones sexuales consensuales (“porque ambos queríamos tenerlas”): cincuenta y cuatro punto nueve por ciento en el caso de las mujeres y cuarenta y nueve punto ocho en varones; “porque yo quería”: nueve punto cinco por ciento y veintidós punto cinco respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: treinta y cuatro punto siete por ciento y treinta y dos respectivamente). Merece destacar, asimismo, otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en cuatro regiones del Perú (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) con población adolescente mayor de catorce años que coincide con los datos antes descritos, en este caso, el setenta y nueve por ciento de los/las adolescentes señaló que había experimentado relaciones sexuales voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación.

Que, de otro lado, en torno a la noción del consentimiento del adolescente, cabe resaltar la noción de “edad de protección” consagrada por la Convención

Internacional de los Derechos del Niño, la que sustenta en el paradigma de que el niño debe ser protegido y, aun cuando es sujeto de derechos, estos deben regularse de acuerdo a su edad y madurez (preámbulo de la convención y su artículo 12). Además y en circunstancias en que se contrapongan los derechos y deberes de un adulto con los de un niño, debe tenerse en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 4, además de reconocer que los menores de dieciocho años no pueden ser penalizados, consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, entre ellos, a que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

Que, llegados a este punto, conviene efectuar algunas precisiones sobre la Ley 28704 finalmente aprobada por el Congreso de la República, así como su debate en sede congresal. No obstante, no es intención de la presente resolución hacer un seguimiento pormenorizado de los orígenes de la citada Ley pues la misma fue debatida in extenso en dicho Poder del Estado.

Que, así por ejemplo de la séptima sesión del veintidós de Abril del dos mil cuatro aparecida en el diario de debates del Congreso respecto al proyecto de Ley 28704, se advierte la formulación de una serie de textos sustitutorios que dejan denotar que la referida Ley fue muy discutida y en algunos puntos incluso no se llegaba a un consenso en cuanto al inciso 3 del 173 artículo del Código Penal. (Nos referimos en concreto a una votación del texto sustitutorio de los proyectos de Ley números 1022, 2562 y 3271/2001-CR.).

Que, en este escenario, la Ley 28704 encontrándose ya en plena vigencia ha sido objeto de críticas y opiniones contrarias a su promulgación, ellos en mérito a diversas instituciones públicas y privadas como el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Defensoría del Pueblo, entre otros, quienes se han pronunciado por una modificatoria de la Ley 27804, en especial del artículo 173 inciso 3 del Código Penal.

Que, por la inconveniencia de la norma o las voces de alarma de las organizaciones no gubernamentales o del gobierno sobre el tema, lo cierto es que existen en la actualidad varios proyectos de ley que proponen modificar el ya modificado artículo 173 del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual. (Uno de aquellos proyectos modificatorios de Ley 28704 fue la presentada por la Congresista Mercedes Cabanillas en fecha 18 de mayo del 2006 que se puede encontrar en la página web del Congreso de la República. Otra propuesta Legislativa tendiente a modificar igualmente la Ley 28704 es la presentada por el Congresista Alejandro Rebaza Martell en fecha 07 de marzo del 2007 que se puede encontrar en la página web del Congreso de la República).

Que, en el presente caso, la menor en cuyo agravio se habría cometido el delito de violación sexual de menores, ha manifestado en reiteradas ocasiones según aparece de autos, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado José Félix Álvarez se han realizado con su consentimiento, por lo que resulta evidente que la menor referencia al consentir las relaciones sexuales con el citado denunciado no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia



actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personal, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado.

Que, por tanto la Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el caso concreto se ha presentado un aparente conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado, en cuanto reconoce como un derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, y de otro el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 del Código Penal y tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad; situación jurídica que bien podría traer como consecuencia la inaplicación de la norma legal.

Que, empero el artículo 43 inciso 1) del Código Civil ha establecido la incapacidad absoluta para los menores de dieciséis años, salvo aquellos actos determinados por la ley, por lo que podría sostenerse que para los casos de delitos cometidos contra menores de catorce y dieciséis años, se estaría en contradicción con lo que pueda resolverse respecto a la constitucionalidad de la ley en cuestión, puesto que el propio Código Civil en su artículo 46 establece el cese de la incapacidad de dichos menores a partir del nacimiento del hijo, por lo que respecto a este punto, la legislación peruana no puede estar a contracorriente a lo que se ha estatuido legalmente en todos los países latinoamericanos cuyas realidades sociales y culturales corresponden a la

nuestra por lo que mantener una legislación punitiva a este respecto y más aun con penas desproporcionadas contradicen la realidad social a la que se debe el legislador para que sus leyes tengan efectividad jurídicas; no obstante lo expuesto, mientras subsista la normatividad civil respecto a la incapacidad absoluta de menores de dieciséis años, colisionaría con la exención penal de quien ha mantenido relaciones sexuales con personas de entre catorce y dieciséis años, pues a pesar del artículo 46 glosado su incapacidad absoluta solo cesa para ciertos casos y solo cuando el hecho punible ya ha sucedido por lo que a este respecto la criminalización no resultaría inconstitucional.

Que, en relación a ello, es necesario señalar que en los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido según la doctrina más avanzada, es la indemnidad sexual o la capacidad valorativa para comprender la trascendencia del acto sexual; no obstante, en el presente caso el Juzgado ha olvidado que los menores de dieciséis años de edad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43 inciso 1 del Código Civil prenotado, al resultar incapaces absolutos no tendrían un desarrollo integral suficiente para discernir las consecuencias del delito imputado, tanto más, si la incapacidad absoluta comprende por un lado a la incapacidad de hecho que a decir de Joaquín Llambias se instituye en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos y una incapacidad de derecho que se sustenta generalmente en razones de orden moral (Joaquín L., Jorge. "Tratado de Derecho Civil".Parte General, Tomo I Pág. 396. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina).

Que, aun cuando no ha sido materia de consulta, la Sala Constitucional agrega que es necesario realizar algunas precisiones sobre la desproporcionalidad de la pena, en atención a la severidad punitiva impuesta por el legislador para esta clase de delitos, dado que puede suceder que la norma legal no haya previsto determinados hechos o conductas que pudieran acontecer dentro de una determinada realidad social, así, por citar un ejemplo, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes menores de edad, lo que denotaría una marcada desproporción punitiva de aplicarse las penas previstas en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, por lo que es necesario realizar algunos alcances en cuanto al principio de proporcionalidad de las penas.

Que, por otro lado, es necesario tener siempre presente, que el derecho Penal es la forma más violenta de control social, que el Estado de manera formalizada ejerce sobre los sujetos a su jurisdicción. Esta forma de control legítima por cierto se ejercita; primero mediante la conminación de la pena, es decir, mediante la prohibición de ciertas conductas bajo amenaza de pena. En segundo lugar ante la realización de tal prohibición esto es, si ella ha sido de una manera ilícita y culpable, la sanción se aplicará a quien ha resultado responsable de la misma. Por último, la pena impuesta como consecuencia del delito, debe ejecutarse, viéndose la persona afectada en alguno o algunos de sus derechos fundamentales. En estos tres ámbitos, se matizan tres radios de acción concéntricos – y vinculados – el primero de ellos corresponden al legislador, el crea las conductas y fija las penas, para ello tiene un amplio poder configurativo que únicamente encuentra sus límites en la Constitución y en todo el bagaje de principios y garantías. El segundo aspecto corresponde al Poder

Judicial, quien es el único que con exclusividad juzga mediante sus órganos correspondientes. Por último, la ejecución de la pena, que se encuentra sujeta siempre en su realización al poder tutelador de la jurisdicción mediante los jueces de vigilancia respectivos.

Que, asimismo, existe un área común a todos los presupuestos de materialización de la pena señalados: el no exceso de poder, en efecto, en ninguna de estas áreas puede concurrir un uso abusivo e irrazonable de la pena, ni en su determinación abstracta, ni en su merecimiento concreto, ni tampoco en cuanto a las formas de ejecución; la pena en su conjunto, siempre debe estar inspirada por la limitación de el poder punitivo, por la real vigencia de la dignidad de la persona y por el hecho de que la pena no sea desmedida, es decir desproporcionada.

Que, el principio de proporcionalidad supone que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deben ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvaloración de los bienes protegidos que fueren afectados. Que, a este respecto, la doctrina contemporánea se encuentra conforme en señalar que el principio de proporcionalidad de la pena debe medirse y valorarse en relación al daño o lesión causado, a los bienes jurídicos protegidos o puestos en peligro por el accionar u omitir injusto e ilícito-penal del hombre. Este principio de Derecho que viene desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), se inspira precisamente en los documentos franceses históricos

citados, cuando manifiesta: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho....”

Que, ese contexto resulta evidente que el infractor de responsabilidad restringida (por ejemplo el mayor de dieciocho años y menor de veintiuno años), no puede ser tratado penalmente igual que el delincuente adulto; otro factor a tomar en cuenta es que la incultura y educación del autor no puede ser indiferentes en el ámbito del error de prohibición (artículo 14 del Código Penal), igual criterio se tiene que evaluar en el error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15 del Código Penal).

Que, el Tribunal Constitucional, por su parte, ha establecido dos aspectos o exigencias que se deben distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por un lado, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito, y de otro, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”). Ahondando sobre este tópico el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los derechos a que se asignan, según el grado de “nocividad social” del ataque al bien jurídico” (Expediente N° 003-2005-PI/TC.).

Que, a este respecto, la actividad sexual de los adolescentes resulta ser una realidad que se ha venido dando y se viene produciendo en la actualidad de manera que la aplicación de la norma penal bajo el supuesto señalado en los

criterios de atenuación de la pena bajo los supuestos ya señalados, implicaría una desproporción punitiva que, en su caso, sería prudente considerar a efectos de señalar penas debajo del mínimo legal establecido.

Que, otro factor que a juicio de la Sala Constitucional resulta importante analizar, es la razonabilidad de las penas a imponer, principio constitucional que limita el accionar del legislador en su tarea de determinar las penas a imponer ante las conductas tipificadas, en efecto, el principio de razonabilidad, según refiere López Funes (López Funes, Ingrid Elizabeth. “Los Mecanismos de Control de Constitucionalidad de la Jurisdicción Ordinaria” pg. 114, San Salvador 2003), como parte consustancial del principio de proporcionalidad, habrá de decidir sobre la validez material de la norma jurídica, la cual no se legitima por sí misma o por ser emanación de un órgano de poder, sino que su validez es la conformidad material de la norma con las formas que la Constitución establece.

Un segundo aspecto a tomar en consideración, en cuanto al principio de razonabilidad de las penas es la conformidad o armonía de la norma jurídica con los principios, garantías y derechos que el orden constitucional establece. Esta relación de conformidad es necesaria pues sólo si la norma respeta el orden constitucional, no será irracional, no obedecerá a árbitros desmedidos del legislador lo que significa entonces que el legislador debe respetar la Constitución. De ahí que la razonabilidad jurídica como parte integrante del principio de proporcionalidad señale la necesidad de adecuación entre la Constitución y la ley de manera especial, en cuanto a la observancia de los

principios, derechos y libertades que la Carta Magna confiere a toda persona. Asimismo habrá de observarse la razonabilidad de los efectos que la ley produce sobre los derechos de las personas lo que significa que la norma intraconstitucional no debe imponer a las libertades y derechos más limitaciones o cargas que los que razonablemente se deriven de los mismos, sin restringir el aspecto nuclear de dichos derechos y libertades, pues sólo así estos cumplirán los fines que la Constitución ha previsto para ellos.

Que, el principio de proporcionalidad supone una pena adecuada a la culpabilidad, pero sujeta a los fines preventivos generales positivos y preventivos especiales positivos de la pena, tendiendo como límite el grado de culpabilidad sobre el hecho, sólo la pena proporcional responde en el plano dogmático a las necesidades de prevención general y especial, de ahí que la pena, como agrega la citada autora (López Funes, Ingrid Elizabeth. Ob. Cit Pág. 115), quede deslegitimada cuando su fundamento es el castigo, la expiación. La retribución pura y absoluta del hecho, el ejemplarizar ante los demás o el inocuizar al hombre; todos esos fines que pretenden ser esenciales afectan la razonabilidad de las penas, porque son desproporcionadas y atentan contra la dignidad humana.

Que, en ese sentido, si la pena por violación sexual cuando la víctima oscile entre catorce años de edad y menos de dieciocho, resulta ya excesiva en su determinación por el legislador cuando fija los límites abstractos de la pena en sus rangos mínimo y máximo, por las razones antes anotadas esa misma pena por estar desprovista de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad resulta

más lesiva a los derechos del supuesto infractor cuando se ha comprendido sin ningún criterio a las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, hecho que obliga a pensar en un pronto cambio a nivel congresal en lo que atañe a este tema.

Que, por consiguiente en este esquema a Panta Cueva (Panta Cueva, David Fernando. “La desacertada reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” .En Actualidad Jurídica N° 149, Lima 2006), el dispositivo previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal tienda a cometer el error de sobrepenalizar una conducta que de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y peor aun 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.

Que, además no puede concebirse la evidente contradicción en la desproporción entre la pena impuesta para otra clase de delitos de mayor gravedad, como por ejemplo los delitos de homicidio y sus formas agravadas y también genocidio en cuanto a las penas mínimas y máximas; por lo que la sobrepenalización para esta clase de delitos sale del contexto de la potestad punitiva del Estado, convirtiéndolo de suyo en inconstitucional.

Que, asimismo, la pena privativa de la libertad, desde la óptica constitucional contemporánea, no ha sido concebida para que el infractor sea sancionado mediante penas dilatadas buscando solamente infligir un castigo y mostrar un



panorama de dureza ante el delito; por ello, el agravamiento de la pena adoptada por el legislador para sancionar con mayor severidad a quienes infringen la disposición contenida en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal no se adecua a la finalidad prescrita en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado pues se desnaturaliza su función resocializadora y se le convierte en un mecanismo meramente represivo, degradándose el principio de humanidad de las penas y afectándose incluso el núcleo esencial de la dignidad humana y de la libertad.

Que, de otro lado, si bien en anteriores ocasiones el colegiado supremo ha sostenido que el control constitucional difuso se realiza cuando los jueces fallan el fondo de la cuestión controvertida, nada impide que el control constitucional se realice también al expedirse otro tipo de resoluciones como es el caso del auto denegatorio de instrucción, pues el presupuesto esencial para ejercitar el control difuso no es otro que la cautela de la preeminencia de la norma constitucional sobre cualquier otra norma de rango inferior que sea contraproducente con la primera defensa que no puede estar relegada únicamente al instante de fallar el fondo de la cuestión, sino por el contrario los jueces deberán ejercer el mismo en todas las actuaciones procesales, pues es deber ineludible de todo Juez la defensa de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales.

Por estas consideraciones: DESAPROBARON la resolución consultada de fojas treinta y uno, su fecha diecisiete de Septiembre del dos mil siete que inaplica al presente caso la Ley 28704 en el extremo que modifica el artículo

173 del Código Penal que incluye en su acápite 4 como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre catorce años de edad y menos de dieciocho; RECOMENDARON que los jueces de la causa verifiquen en cada caso concreto las posibles causales de atenuación de la pena señalada por debajo del mínimo legal establecido; en los autos seguidos en contra de José Félix Álvarez, por el delito de violación de la libertad sexual, previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales L.H.R. y los devolvieron.

1.3. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social....CONSULTA N° 2224-2007 AREQUIPA. 20 noviembre de 2007.

En este caso, la Sala Constitucional absuelve en consulta la Resolución de fecha diez de agosto del dos mil siete emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas cincuenta y tres, en el extremo que declara inaplicable al presente caso el artículo 173 inciso 3° del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704, por ser incompatible con la Constitución Política del Estado. Mediante su sentencia, la Sala Superior de Arequipa determinó 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 inciso 24° literal a) de la Carta Magna), y el principio de la legalidad penal, al

negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes (artículo 2 inciso 24° literal d) de la Constitución de 1993).

En sus fundamentos la Sala Constitucional establece que el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar en fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad de su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

Que, en el caso, 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 inciso 24° literal a) de la Carta Magna), y el principio de la legalidad penal al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes (artículo 2 inciso 24° literal d) de la Constitución de 1993).

Que, en efecto, la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la libertad de las personas, sin transgredir los derechos de los demás, por lo que la persona puede disponer de su vida sexual, sin interferencia del Estado, mientras no perjudique a los demás; y si bien es cierto el Derecho Penal,

mediante la Ley 28704, establece una sanción para quien comete acto sexual con menor edad, dicha norma se contrapone con la Constitución misma, que garantiza el derecho a la libertad de las personas y en este caso de los menores de edad, desde el momento que el ordenamiento legal en materia civil, permite el matrimonio entre menores de edad de dieciséis años en adelante.

Que, en los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido es precisamente esta, 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. Mas, cuando se encuentran ausentes de la estructura misma del sujeto, el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para ejercer libremente los sentimientos individuales del sexo; razón por la cual se tutela el pudor sexual. De ahí que, 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: APROBARON la Resolución consultada de fojas cincuenta y tres, de fecha diez de agosto de dos mil siete; en cuanto declare INAPLICABLE para el caso concreto el artículo 173 inciso 3º del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704; al procesado Sabino Paraguayo Quispe por el delito de violación de la Libertad Sexual en agravio de J.M.L.S.; y los devolvieron.

1.4. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Tercera Sala Penal, Expediente N° 3530-2007, 14 de enero de 2008. Violación Sexual de Menores; Procesado: Miguel Angel Chávez Romero.

Se trata de la apelación, presentada por la Representante del Ministerio Público, contra la resolución número uno dictada por el juez del Sexto Juzgado Especializado Penal de Chiclayo, mediante el cual se declaró no haber lugar a abrir instrucción contra el denunciado Miguel Ángel Chávez Romero como autor del delito de violación de la libertad sexual en agravio de la menor identificada con las iniciales Y.L.V.L., de quince años de edad.

Al respecto la Sala fundamentó sus considerandos en:

Que, en la tarea de aplicar el derecho al caso concreto, el operador jurídico con apoyo en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, mediante métodos y criterios de interpretación hurga en el contenido de éstas

para asignarles un significado que se condiga con la unidad del ordenamiento jurídico.

Que, uno de los métodos de interpretación jurídica más frecuente, junto a la interpretación gramatical, es la interpretación sistemática que permite descubrir el sentido de una norma a través de otras, ya sea por la ubicación de éstas en el sistema normativo o por la comparación de sus propias regulaciones.

Que, a fin de descubrir si es la indemnidad o la libertad sexual el bien jurídico tutelado por el singular delito de violación sexual de menor de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, a quien en adelante, conforme a lo previsto por el artículo I del título preliminar del código de los niños y adolescentes, se les llamará adolescentes, pues según dicha norma es adolescente todo ser humano desde los doce hasta los dieciocho años de edad; delito tipificado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704 del cinco de abril del dos mil seis; es menester recurrir al delito de seducción sancionado por el artículo 175 del código penal.

Que, según el artículo 175 del código penal comete delito de seducción quien valiéndose del engaño tiene acceso carnal con una persona cuya edad fluctúa entre los catorce y menos de dieciocho años; de lo que se infiere que, de no mediar engaño o violencia física o psíquica, el adolescente de esa edad puede otorgar su consentimiento válido para el acceso carnal. Que eso supone que el mayor de edad que tiene acceso carnal con un adolescente de la referida edad, sin que medie engaño ni violencia física o psíquica, no comete delito de

seducción; mas como el ya citado artículo 173, inciso 3, del código penal considera violación sexual todo acceso carnal con menor de esa edad falta determinar si eso efectivamente es así.

Que, encontrándose aún vigente el artículo 175 del código penal no es posible concluir sin más ni más que todo acceso carnal con persona cuya edad fluctúa entre catorce y menor de dieciocho años es violación sexual, simple y llanamente porque se llegaría al absurdo que si el adolescente de esa edad otorga un consentimiento inválido (producto del engaño) el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de tres ni mayor de cinco años de pena privativa de libertad y si otorga su consentimiento sin mediar engaño, el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Que, esa lectura o interpretación es absurda porque el consentimiento bajo engaño supone un mayor desvalor de la acción del sujeto activo que debería llevar aparejada una mayor sanción penal y no lo contrario, como lo prevé el artículo 175 del acotado.

Que, confirma la tesis del consentimiento válido de los adolescentes de la referida edad, el hecho que el artículo 176—A del código penal, modificado por la citada ley 28704, al tipificar el delito de actos contra el pudor de menores, sin importar el consentimiento, no incluye dentro de éstos a los menores cuya edad fluctúa entre catorce y menos de dieciocho años; quienes son protegidos mediante el artículo 176 del código penal, que tipifica el delito de actos contra

el pudor, entiéndase de mayor de edad y siempre que medie violencia o amenaza.

Que, esto significa que si el adolescente de la referida edad, con su consentimiento, es objeto de actos contra el pudor, la acción de quien los realiza o propicia es impune; es decir el consentimiento del adolescente en ese supuesto hace desaparecer la tipicidad de la acción del sujeto como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de actos contra el pudor.

Que, de otra parte, es igualmente absurda la lectura del artículo 173, inciso 3, del Código penal, según la cual todo acceso carnal con menor de la aludida edad es delito de violación sexual, porque no es razonable ni proporcional que el sujeto que compre los favores sexuales de un adolescente cuya edad fluctúa entre catorce y menos de dieciocho años de edad sea sancionado, como prevé el artículo 179—A del código penal, incorporado por el artículo 2 de la ley 28251 del ocho de junio del dos mil cuatro; con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad; mientras que si ese mismo sujeto tiene acceso carnal con su enamorada de la citada edad, sea sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad.

Que, así, el contenido restringido que viene encontrándosele al artículo 173, inciso 03, del código penal, por comparación con los artículos 175, 176 y 176—A del mismo código; se confirma ahora por su comparación con el artículo 179—A, que tipifica el delito de favorecimiento de la prostitución de



adolescentes cuya edad varía entre catorce y menor de dieciocho años de edad.

Que, como se ve, la interpretación sistemática del artículo 173, inciso 3, del código penal nos demostró que para conservar la unidad del ordenamiento jurídico no sólo debe asignársete a la citada norma un sentido más restringido del que su sola y aislada lectura provee; sino que el consentimiento de los adolescentes de dieciocho, pero mayores de catorce años de edad es relevante jurídicamente para definir la tipicidad misma de la acción de violación sexual de menor edad.

Que, esto a su vez nos demuestra que la ley, a través del artículo 173, inciso 3, del código penal no tutela la indemnidad sexual, sino la libertad sexual; es decir, el derecho no supone que el adolescente de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad no está en aptitud de otorgar consentimiento válido, sino lo contrario; por tanto, él es libre de elegir con quien, cómo y cuándo relacionarse sexualmente; libertad sexual que es además confirmada por el derecho civil que, a través del artículo 241 del código civil, permite el matrimonio y con ello el acceso carnal de adolescentes de dieciséis años de edad.

Que, reconociéndole el derecho aptitud jurídica al consentimiento del adolescentes de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad para tener acceso carnal con un mayor de edad; dicho consentimiento previsto en el inciso 10 del artículo 20 del código penal, más que una causa de justificación que

hace desaparecer lo antijurídico de la acción o más que una causa de exculpación, como erróneamente está regulada, es en realidad una causa de atipicidad de la acción.

Que, esa es justamente la razón por la que la Sala Superior, órgano de revisión considera que todo acceso carnal de mayor de edad con adolescente de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, con el consentimiento de éste, es atípico del delito de violación sexual de adolescentes tipificado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704.

Que, así, excluido el supuesto de hecho mencionado, la tipicidad del delito de violación sexual de adolescente sancionado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, quedaría reservada o circunscrita al acceso carnal no consentido de menor de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, incluyendo el realizado mediante violencia física o psíquica.

Que, esta interpretación, en primer lugar confirma la constitucionalidad del artículo 173, inciso 3, del código penal; en segundo lugar, descartando cualquier contradicción o antinomia normativa, conserva la unidad del ordenamiento jurídico y en tercer lugar, se corresponde con nuestra realidad social y jurídica pues, como desde hace muchos años en el resto del mundo viene ocurriendo, la tendencia del derecho es a reconocer u otorgar cada vez mayores espacios al individuo para que, conforme establecen los artículos primero y segundo, inciso uno, de nuestra carta magna, se realice como

persona con dignidad y exprese libremente las diversas manifestaciones de su personalidad, incluyendo por supuesto la libertad sexual.

Que, sólo así, manifiesta el colegiado, podemos entender que en un mundo globalizado, del cual el Perú forma parte, las condiciones que aseguran un mayor acceso a la información, como el Internet, permiten la existencia de adolescentes cada vez más informados, que relevan al Estado de una mayor tutela a su indemnidad o intangibilidad sexual, reduciendo cada vez más la edad de las víctimas de abuso sexual y, como contrapartida, incrementando las posibilidades o supuestos de libre ejercicio de la sexualidad de adolescentes mayores de doce, trece o catorce años de edad, como ocurre en España, Argentina y nuestro país, respectivamente.

Que, en conclusión, la Sala revisora, se pronunció en el sentido de que así, no puede ser otro el corolario de la reconstrucción efectuada que la ratificación de la resolución impugnada, pues ésta, conforme exige el artículo 122 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al caso por remisión de su primera disposición final se condice con el mérito del proceso y con la ley. Consideraciones por las que CONFIRMARON la resolución apelada de folio cincuenta a cincuenta y tres, dictada el catorce de setiembre del dos mil siete, que resuelve No Haber Lugar a Abrir Instrucción contra Miguel Ángel Chávez Romero como presunto autor del delito Contra La Libertad en su figura de Violación Sexual De Menor de Edad en agravio de la menor de las iniciales Y.L.V.L.

1.5. Auto de Sobreseimiento: Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria; Corte Superior de Justicia de la Libertad; Expediente N° 3312-2007. Violación sexual de menores; Procesado: Erick Segundo Mariño Arenas (21).

Conforme a los fundamentos de la Resolución Número tres (Trujillo, 31 de marzo del 2008), en lo referente al requerimiento de sobreseimientos presentado por la representante del Ministerio Público, se aprecia lo siguiente:

1.1. Con fecha dieciséis de abril del dos mil siete (...) Karen Anali Rodríguez Santillán se presenta ante la Comisaría (...) para formular denuncia verbal, debido a que su hermana (...) de iniciales BCRS de dieciséis años de edad, había salido de su casa el día viernes trece de abril del dos mil siete, a las diecisiete horas, con dirección a su centro de estudios (...), sin que haya retornado a su domicilio, desconociendo su paradero, presumiendo que se encontraba con (...) Erick Segundo Mariño Arenas, porque eran enamorados.

1.2. Con fecha dieciocho de abril del dos mil siete (...) la Móvil PG-0402 de Radio Patrulla, dio cuenta que (...) se desplazó a la cuadra tres del Jirón Paraguay en la Urbanización El Recreo (...), encontrando en el interior del Hostal Paraguay a (...) [la] menor de iniciales BCRS.

Etapa de Investigación Preparatoria

1.3. Con fecha veintiuno de mayo del dos mil siete, la (...) Fiscal Provincial (...) en adelante 2FPPCT-, mediante oficio (...) remitido por el Comisario (...), toma conocimiento de la denuncia verbal (...), procediendo a dictar disposición de investigación preliminar, como lo prevé los artículos 3290 y 330° del Nuevo Código Procesal Penal<sup>318</sup> —en adelante CPP- (...), por (...) delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 en agravio de la menor de iniciales BCRS, con la finalidad de realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad.

1.4. Con fecha dieciocho de julio del dos mil siete, la 2FPPCT dicta disposición de formalización de la investigación preparatoria, como lo prevé el artículo 334° del CPP (...) por (...) delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, delimitando como hechos incriminatorios, que (...) el imputado- habría mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada (...), con fecha de nacimiento el seis de noviembre de mil novecientos noventa, contando con su consentimiento por ser su enamorado, la primera vez en el mes de septiembre del dos mil seis en la casa del imputado, cuando la agraviada contaba con quince años de edad, en tanto que los demás (...) en los meses de enero y abril del dos mil siete en el Hostal Paraguay, cuando la agraviada había cumplido dieciséis años de edad.

Etapa Intermedia

1.6. Con fecha cuatro de febrero del dos mil ocho, la 2FPPCT formula *requerimiento de sobreseimiento*, invocando las causales previstas en el artículo 344°, numeral 2°, incisos b) y d) del CPP, consistente en que el hecho imputado no es típico, así como tampoco existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, para ello, insta el control difuso por inaplicación del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, por colisionar con diversas normas de la Constitución Política del Estado.

## 2. HECHOS RELEVANTES ACREDITADOS

### Diferencia etarea

2.1. El imputado (...), ha nacido en Trujillo con fecha primero de octubre de mil novecientos ochenticuatro como consta de la ficha de RENIEC (...) y la partida de nacimiento (...), contando a la fecha del primer acto sexual con la menor agraviada ocurrido en septiembre del 2006, con veintiún años de edad. Por su parte la agraviada BCRS (...), ha nacido en Pataz con fecha seis de noviembre de mil novecientos noventa, como consta de la partida de nacimiento (...), contando a la fecha del primer acto sexual con el imputado ocurrido en septiembre del 2006, con quince años de edad. En suma, el primer encuentro sexual tuvo lugar cuando el imputado era mayor de edad (21 años) y la agraviada era menor de edad (15 años), llevándose una diferencia etarea prudencial de seis años.

### Condiciones personales

2.2. El imputado es estudiante de Derecho (...) desde el año 2004, (...) soltero y domicilia con sus dos hermanos y su padre (...). No registra antecedentes policiales (...), tampoco (...) penales (...), [ni] judiciales (...). No tiene bienes inmuebles, ni bienes muebles inscritos en registros públicos como consta de los informes de SUNARP (...).

2.3. La agraviada es estudiante de tercer año de educación secundaria (...), soltera y domicilia con su hermana (...). Tiene inteligencia dentro de los parámetros normales para su edad y nivel educativo como consta de la Evolución Psiquiátrica N° 003461-2007-PSQ (...) elaborado por el Psiquiatra de la División Médico Legal (...).

2.4. Como se advierte, el imputado y la agraviada tienen la condición de estudiantes, libres de impedimento matrimonial y se encuentran en estado normal de sus capacidades intelectivas, para comprender las consecuencias de sus actos.

### Vinculo sentimental

2.5. La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que el imputado "era su enamorado desde mayo del 2006 hasta el 18 de abril del 2007, en que me intervino personal policial en un hostel llamado

Paraguay”, (...). Por su parte, el imputado en su declaración (...) ha manifestado que “eran enamorados desde mediados de abril del 2006, pero a partir de la presente denuncia ya no tenemos ningún tipo de acercamiento”.

2.6. La existencia del vínculo sentimental entre el imputado y la agraviada como *enamorados*, resulta suficientemente acreditada por el contenido afirmativo, coincidente y congruente de sus respectivas declaraciones, lo que incluso era de *conocimiento y consentimiento de la hermana mayor de la agraviada*, (...) como consta de su declaración (...), al manifestar que “mi hermana BCRS me contó que ella y la persona de Erick Segundo Mariños Arenas eran enamorados desde el 20 de abril del 2006, (...) le dije que lo quería conocer (...), al principio no vi nada malo en ese muchacho e inclusive como era miembro de la misma Iglesia a la que yo asistía en donde se bautizo, me pareció bien que fueran enamorados’

#### Relación sexual consumada

2.7..La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que “en septiembre del 2006 (...) tuvimos relaciones sexuales la primera vez con mi consentimiento y el día 13 de abril del 2007, también tuve relaciones sexuales y el día 16 de abril del 2007 en un Hostal Paraguay” (...), el imputado en su declaración (...) ha manifestado que ‘si es cierto que hemos mantenido relaciones sexuales, (...) entre septiembre y octubre del dos mil seis en mi casa, luego a principios de enero del 2007 en el Hostal Paraguay (...), y la última vez entre el 13 y 16 de abril de este año” (...).



## Consentimiento del acto sexual

2.9. La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que “tuvimos relaciones sexuales (...) con mi consentimiento”. Por su parte, el imputado en su declaración (...) ha manifestado que “las veces que hemos tenido relaciones sexuales, han sido con su consentimiento, (...) dentro de nuestra relación (...) como enamorados”.

2.10. El consentimiento válido (sin mediar violencia, amenaza o engaño) prestado por la menor agraviada, para acceder a las relaciones sexuales con el imputado (...) esta acreditado por la uniformidad de sus propias declaraciones, corroborado (...) con el Certificado Médico Legal N° 002691-H (...) concluyendo que “no presenta lesiones traumáticas externas recientes en su cuerpo”, así como el Protocolo de Pericia Psicológica No 005275-2007-PSC (...) que concluye: “No se encuentra indicadores emocionales compatibles con agresión sexual”.

## 3. DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE ADOLESCENTES MAYORES DE CATORCE Y MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD

3.2. El artículo 1730, inciso 30 del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, a partir del cinco de abril del dos mil seis, (...) es la norma penal aplicable al caso de autos, (...) la primera relación sexual ocurrió cuando ella tenía quince años de edad,(...). Por tanto, una simple interpretación literal podría

conducirnos a la conclusión que el imputado sería autor del delito violación sexual de menor de edad, -pese a no haber mediado violencia, amenaza o engaño-, correspondiendo la aplicación de pena (...) no menor de 25 ni mayor de 30 años.

3.5. La aplicación mecánica de la norma penal (...) producto de su sola lectura literal, sintetizado en el mantenimiento de relaciones sexuales consentidas de una pareja de enamorados, compuesto por una mujer (...) con 15 años y un hombre (...) con 21 años, resultaría (...) una absoluta arbitrariedad, repudiable al valor justicia (..) debiendo el juez a quo, innovar y crear Derecho al caso concreto, de modo que la decisión sea consecuencia de la aplicación de las normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico como un todo unitario y coherente (...).

3.6. (...) la interpretación no es una mera aplicación mecánica del artículo 173.3° del CF, a la que nada se agrega; y significa también que el Derecho es más que la ley (..).

3,8. Para no caer en el mecanicismo (...) de la simple interpretación literal (...) con la (...) consecuencia de considerar como delito un acto sexual consentido, producto de una relación sentimental entre el imputado mayor de edad (21 años) con la agraviada menor de edad (15 años), debemos penetrar en los diversos métodos de interpretación jurídica, para hallar su correcta interpretación (...).

#### 4. REALIDAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES

4.1. No existen datos precisos de cuando las personas inician su vida sexual en el Perú (...) estudios al parecer más cercanos a la realidad, señalan que (...) ocurre entre los trece (13) y catorce (14) años en varones y a los quince (15) años en mujeres<sup>319</sup>.

4.2. (...), en el Perú, el 22% de las adolescentes ya se ha iniciado sexualmente, el porcentaje (...) es más alto en los grupos que tiene menor nivel educativo (52.5 %) o de menor nivel económico (40.2%)<sup>320321</sup>. Por eso, si la conclusión interpretativa del artículo 173°, inciso 3° del Código Penal es la negación y represión de la libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tendría que haber alrededor de 260,000 casos de “violación” denunciados, a quienes adicionalmente les serían negados servicios básicos de salud sexual y reproductiva por el Estado.

4.3. La Encuesta CONAJU 2004 (Fuente: Endes — 2000, 2004, 2005)<sup>322</sup>, muestra que (...) el 23% de los adolescentes tienen su primera relación sexual antes de los quince (15) años, esta cifra crece a 27% en las zonas rurales y en la selva el porcentaje se eleva al 64%. Finalmente el 12.7% de las adolescentes mujeres ya son madres o están embarazadas.

4.4. (...) podemos concluir que en nuestro país un porcentaje significativo de adolescentes menores de dieciocho (18) años de edad, tiene una vida sexual activa; tal es así, que el propio Estado a través del Ministerio de Salud ha

diseñado (...) políticas concretas de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción, como la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-99-SA!DM, que señala que (...) están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos. Incluso más de veinte organizaciones y redes juveniles agrupadas en la Alianza “15i Podemos!”, entre los que se encuentran Impares, Manuela Ramos, Amnistía Internacional, Redes Jóvenes, Demus, Mesa de Adolescentes y Juventud, entre otros, han revisado y validado los lineamientos de la Educación Sexual Integral (ESI), que serán aprobados por el Ministerio de Educación y la Presidencia del Consejo de Ministros, sobre la política nacional que permita desarrollar una sexualidad plena y placentera durante todas las etapas de la vida.

## 6. DERECHO A LA DIGNIDAD

6.3. (...) los ciudadanos de ningún modo establecieron el poder político para que les tutele moralmente o para obligarles a asumir determinados valores éticos, en el ámbito estrictamente privado y personal, entre ellos, el comportamiento sexual. Una sociedad pluralista (...) demanda el reconocimiento de diversas opciones de auto realización personal en diversas esferas de la vida privada. Situación que alcanza incluso a tolerar prácticas sexuales contrarias a la moral sexual dominante siempre que no ocasionen perjuicio a terceros. (...). El Derecho Penal (...) real; no debe (...) imponer un determinado código moral sexual (...) [como] la proscripción de la libertad

sexual de los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad.

6.4..(...), llevado al ámbito jurídico de análisis del (...) artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, podemos concluir que el sector de adolescentes que fluctúan entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tienen derecho al pleno respeto a su autodeterminación en el ámbito sexual, esto es, a decidir libremente tener o no relaciones sexuales con la persona, en la forma y oportunidad que crean conveniente, sin autorizaciones y menos represiones externas a su propia autonomía personal o familiar.

6.5.La supremacía de la dignidad de la persona humana sobre el Estado, garantiza a los adolescentes el pleno respeto a la decisión libre de tener relaciones sexuales, como parte del plexo de libertades no perjudiciales a los demás ciudadanos, en rigor, constituye una decisión personal relacionado con un aspecto de la vida íntima sexual, en la que el Estado a través de su sistema de represión penal, no debe inmiscuirse o intervenir, so pretexto de defender ciertos valores morales (?), que el ciudadano promedio no puede entender o asimilar con mediana claridad, por contravenir hasta el propio sentido común, piénsese en los actos sexuales derivados de una relación sentimental entre dos adolescentes, en principio irrelevante a efectos penales, pero por infortunio biológico, uno de ellos cumple primero la mayoría de edad (18 años), convirtiéndose de facto y de jure, en una conducta penalmente típica de violación sexual reprimido con veinticinco años de cárcel.

6.6. El Derecho Penal puede intervenir como brazo represor (...) sólo cuando esta libertad se vea vulnerada, atacada y/o violentada. Pero como es de verse del caso en estudio, la agraviada, mayor de catorce (14) años de edad (15 años y 10 meses a la fecha de la primera relación sexual), debido a su desarrollo biopsicosocial tiene derecho de disponer libremente de su sexualidad, ya que cuenta con la capacidad física y psicológica para hacerlo, al haberse acreditado que tiene inteligencia dentro de los parámetros normales para su edad y nivel educativo, como consta de la Evolución Psiquiátrica N° 003461-2007-PSQ (...), adquiriendo por tanto plena validez la autodeterminación sexual manifestado en la libertad de decidir (elegir) la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual, siendo más bien, responsabilidad del Estado y del seno de la familia, darle la información y educación para que tome la decisión mas acertada sobre su sexualidad.

## 7. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

7.3. (...) [los] espacios de libertad excluidos de la intervención penal estatal, necesarios para el pleno desarrollo de nuestra personalidad, comprende (...) a los derechos sexuales de hombres y mujeres en edad núbil, como: el derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear, derecho a la libre elección de prácticas sexuales (con quién, cómo y cuándo), derecho a la libre expresión de la orientación sexual, derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros. En consecuencia, bajo la misma ideología de la defensa de la persona humana y del respeto a su dignidad reconocida en el artículo 1° de la Constitución Política (...), resulta congruente interpretar como

parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del grupo humano compuesto por los y las adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, la libertad de tener relaciones sexuales con quienes elijan, sea ésta una persona menor (hasta 14 años) o mayor de edad (de 18 años a más), por corresponder eminentemente al ámbito privado e íntimo de disposición de su propio cuerpo para la práctica sexual, en tanto tal decisión constituya un acto plenamente libre y espontáneo.

## 8. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

8.4. Para María Consuelo Barletta<sup>323</sup> la edad como criterio para fijar la franja entre la “indemnidad” y la “libertad sexual”, corresponde a un criterio objetivo, fácilmente medible, que parte del supuesto que a determinada edad él y la adolescente tendrán el criterio suficiente para decidir sobre su actividad sexual”. El criterio por excelencia de referencia es la edad núbil<sup>324</sup>, en nuestro país, se ha establecido en los artículos 440, 46° y 241° del Código Civil, la edad de dieciséis (16) años para los y las adolescentes, acotando que antes de la modificación de esta última norma por el artículo 1° de la Ley N° 27201 (14/11/1999), la edad para la mujer era de catorce (14) años y se mantenía en dieciséis (16) años para el varón. Así mismo, el artículo 46°, en su segundo párrafo del Código Civil, ha establecido que tratándose de mayores de catorce (14) años —sea hombre o mujer- cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar determinados actos relacionados con el reconocimiento filial y defensa de los derechos alimenticios. En resumen, la edad legal de

reconocimiento de derechos reproductivos y por tanto de derechos sexuales para los y las adolescentes es de catorce (14) años.

8.5. Una interpretación simplista del (...) artículo 173.3° del CP, podría conducirnos (...) a la censura de la libertad de toda persona menor a dieciocho (18) años, para auto determinarse en el ámbito privado de su vida sexual; empero, tal interpretación (...), representa un contrasentido del propio ordenamiento penal, en la figuras típicas del delito de violación sexual (art. 170° del CP), el delito de seducción (art. 175° del CP) y el delito de actos contrarios al pudor (art. 176° del CP), que precisamente reconocen a la libertad sexual como el bien jurídico protegido, así como al ordenamiento civil respecto a la capacidad relativa adquirida por razón del nacimiento del hijo (art. 46° del CC). En ambos ordenamientos penal y civil, el criterio objetivo de medición de edad núbil de los y las adolescente es catorce (14) años, contrario sensu, todo reproche penal que coacte y reprima tal libertad, constituiría una discriminación arbitraria e irrazonable.

## 10. DERECHO A LA LIBERTAD

10.4 En el campo de los delitos sexuales, el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos (...). En su aspecto positivo (...) significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, (...) el derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual<sup>325</sup>. La libertad sexual (...), no solamente se enfoca desde un



concepto puramente positivo (...), sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

10.5 En el caso de los menores o incapaces, (...) [no] puede alegarse que se protege su libertad o autodeterminación en los delitos sexuales, pues por previsión legal, aquellos carecen de tal facultad, habiéndose establecido en el ordenamiento civil (art. 46° del CC) el criterio étáreo de catorce (14) años, por ello, en concordancia practica con el ordenamiento penal dada las características de unidad y coherencia del sistema normativo, también servirá como criterio legal de delimitación de protección del bien jurídico libertad sexual de los sujeto pasivos compuesto por los y las adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años para los delitos de violación sexual (art. 170° del CP), violación presunta (art. 173.3 del CP), seducción (art. 175° del CP) y actos contrarios al pudor (art. 176° del CP).

10.6. Para los casos de los menores de catorce (14) años, el bien jurídico protegido (...) [es la] indemnidad o intangibilidad sexual; entendido como 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 pueden ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual, que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, careciendo de validez y relevancia penal, el consentimiento prestado para el acceso carnal. La idea de indemnidad sexual” se relaciona directamente con la necesidad de proteger y

garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aun no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los menores de catorce (14) años de edad, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, a priori, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual, para ellos resultara perfectamente coherente y justificada, la figura del tipo delictivo de violación presunta prevista en el artículo 173.3° del CP, intensificando el reproche penal del sujeto activo, en forma proporcional a la minoría etárea del sujeto pasivo.

## 11. DERECHO A LA SALUD

11.4. El Ministerio de Salud en la Guía Nacional de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva (Lima-2004), ha definido a los derechos sexuales y reproductivos como “parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de los derechos humanos. Su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riegos, amenazas y coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción”. En relación a ello, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2002-2010, aprobado por Ley N° 28457, establece como visión al 2010 (...), estableciéndose como resultado esperado la “reducción de las infecciones de transmisión sexual y VIH/SIDA en adolescentes”, fijando como meta la reducción en un 50% los casos de transmisión sexual y VIH/SIDA en adolescentes y que el 100% de las y los

adolescentes y docentes de secundaria tendrán conocimientos y competencias en educación sexual y conocen los riesgos de las ITS y VIH/SIDA.

11.5. La prevención de la sexualidad como política de salud del Estado Peruano, toma forma concreta en la Resolución Ministerial N° 536-2006-MINSA, que aprueba la Norma Técnica N° 032- MINSAQ/DGSP-VO1 “Norma Técnica de Planificación Familiar”, referido a favorecer al acceso del derecho a la información de los y las adolescentes cuando éstos se encuentren en riesgo de contraer una infección con las ITS y VIH/SIDA, por tanto, resultaría totalmente contradictorio interpretar que el artículo 173.3° del CP, prohíbe a los y las adolescentes menores de dieciocho (18) años de edad, la práctica de relaciones sexuales consentidas, mientras que por otro lado, el Ministerio de Salud, planifica y ejecuta una política de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción dirigidos al mismo grupo humano, como es el caso de la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, que señala que los y las adolescentes están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos.

11.7. El artículo 30° de la Ley General de Salud (Ley N°26842) señala que “el médico que brinda atención (...) a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de autoridad competente”. En el análisis jurídico de este artículo, Erika García<sup>326</sup> 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 si le corresponde hacer, deslegitimando la confianza que los y las usuarias les depositan y que resulta de suma importancia en el acto médico”.

11.8 La aplicación del artículo 300, en un contexto donde es difícil de aceptar y entender las prácticas sexuales de los y las adolescentes y donde además han sido aparentemente proscritas por la confusa y contradictoria hipótesis normativa del artículo 173.3° del CP, en concordancia con el resto del ordenamiento constitucional y legal, acarrea un impacto (...) negativo en el sistema sanitario, pues (...) tendría que dejar de desarrollar intervenciones claves de salud pública que fortalezca la auto afirmación de los y las adolescentes, basada en el consentimiento y la decisión informada, sino que (...) hace del sistema sanitario un identificador eficaz de quienes escapan de la norma jurídica, confiriéndole atribuciones ajenas a su responsabilidad primordial.

11.9. La trágica interpretación de colocar la actividad sexual de los y las adolescentes menores de dieciocho (18) años al margen de la ley, también (...) [vuelve] ilegales las atenciones de salud sexual y reproductiva que no están orientadas a la abstinencia sexual, ampliando (...) las brechas de exclusión (...) [pues] 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 ENDES, 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<sup>327</sup>.

11.11 El veintinueve de agosto del dos mil seis, en el noticiero 90 Segundos del canal 2-Frecuencia Latina, emitió la denuncia de una madre (...) que decía que su hija de diecisiete años que dio a luz a su bebe, en el Instituto Nacional Materno Perinatal (INMP, Ex Maternidad de Lima) iba a ser recluida en un centro de prevención y readaptación, por considerarse que había infringido el artículo 173.3° del CP, señalando (...) que esta medida se extendería al conjunto de hospitales y clínicas del país<sup>328</sup> (...) se fueron conociendo más casos y luego se pudo observar al hospital atestado de adolescentes que estando (...) de alta, no podían salir, por que había de por medio una acusación de violación sexual.

11.12 La noticia de la retención, rápidamente se extendió entre la población adolescente. Ante la denuncia de la prensa y de la sociedad civil, el 29 de diciembre del 2006, el Ministerio de Salud envió una carta al INMP señalando que no habría ninguna razón para retenerla cuando la adolescente se encuentre en condición de alta médica<sup>329</sup>. Sin embargo, las retenciones se mantuvieron aunque fueron por más corto tiempo y en algunos hospitales como en el INMP, se hicieron ajustes administrativos para facilitar el alta de las adolescentes.

## 12. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

12.3. (...). El grado de indeterminación será inadmisibile, (...), cuando (...) prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad”.

12.4, La infausta redacción del artículo 173.3° del CP, tiene lugar al haberse consignado como comportamiento represivo, “el sólo acceso carnal” con una persona de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad<sup>330</sup>, sin la especificación de los medios distorsionadores de la manifestación de voluntad del sujeto pasivo, como la violencia, amenaza, engaño, la puesta en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, produciendo evidente confusión en la asimilación del injusto pretendido por el legislador, entendido de una lectura superficial, como la indemnidad sexual o incapacidad de autodeterminación sexual, a pesar que las otras figuras penales como la violación sexual (170 del CP), seducción (175° del CP) y actos contra el pudor (176° del CP), contrariamente reconocen como objeto de protección la libertad sexual de los mismos destinatarios, ocasionando en la sociedad un alto grado de inseguridad jurídica sobre la comprensión de la conducta reprochable, cuya responsabilidad corresponde en primer término al legislador por aprobar una ley arbitraria, anti técnica y asistemática<sup>331</sup>, pero también los mismos operadores jurídicos (abogados, fiscales y jueces), por la falta de creatividad interpretativa para encontrar el correcto significado y la justa aplicación de la

norma penal in examine, en armonía con todo el ordenamiento constitucional y legal.

12.5. El delito de violación sexual (tipo base) (..) tipificado en el artículo 170° del Código Penal, modificado por Ley N° 28963 (24/01/2007), con el siguiente texto: “el que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual del sujeto pasivo compuesto por cualquier persona con capacidad de auto determinarse sexualmente, empleándose la violencia o grave amenaza como medios deformadores de la voluntad.

12.6 El delito de seducción, (...) tipificado en el artículo 175° del Código Penal, modificado por Ley N° 28251 (08/06/2004), con el tenor siguiente: “el que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual del sujeto pasivo compuesto por los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, consistente en el reconocimiento pleno de autodeterminación sexual para decidir el momento, la forma y la persona con quien tener acceso carnal, empleándose el engaño como medio deformador de la voluntad.

12.7 La norma que contiene el delito de seducción es válida y vigente, al haberse incorporado la circunstancia agravante del artículo 177° del CF, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), con la siguiente redacción “en los casos de los artículos 170°, 171°, 174°, 175°, 176° y 176°-A, si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, ni menor de diez ni mayor de veinte años”. En consecuencia, resulta errónea la postura (...) asumida en el Tema 4 del Pleno Jurisdiccional Distrital de Arequipa de septiembre del 2006, que acordó por mayoría que “se ha producido la derogación tácita (...) al haberse modificado el artículo 173° del mismo Código sustantivo al incluir en su inciso 3°, como víctima del delito de violación presunta a menores entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad”.

12.9 La Ley N° 28704 (05/04/2006), no ha derogado en forma expresa o tácita el delito de seducción, (...) artículo 175° (...), por el contrario, ha reafirmado su vigencia al incorporar la circunstancia agravante contenida en el artículo 177°. En cuanto a la negación de libertad sexual de los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años, producto de la sola lectura literal del artículo 173.3°, constituye (...) un problema interpretativo, que debe salvarse mediante su concordancia práctica con la Constitución Política del Estado, el resto del ordenamiento legal y la doctrina nacional, que reconocen al unísono la libertad



de autodeterminación sexual de los adolescentes mayores de catorce (14) años, como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

12.10 El delito de actos contra el pudor (...) tipificado en el artículo 176°, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), cuyo texto es el siguiente: “el que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170°, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena será no menor de cinco ni mayor de siete:1) Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170°, incisos 2°, 3° y 4°; 2) Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171° y 172°; 3) Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima”. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual del sujeto pasivo compuesto por cualquier persona, con capacidad de auto determinarse sexualmente, incluidos los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años.

12.11 El delito de actos contra el pudor en menores (...) tipificado en el artículo 176°-A, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), cuyo texto es el siguiente: “el que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170°, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la

libertad: 1) Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años; 2) Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años; 3) Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años. Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad". El bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual del sujeto pasivo compuesto por los y las menores de catorce (14) años.

12.12 El aparente conflicto normativo sobre el bien jurídico protegido de los adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tiene lugar en la diferenciación del tipo objetivo del delito de violación sexual de menor que protege la indemnidad sexual (art. 173° del CP), pero sólo de los y las menores de catorce (14) años, en relación a los delitos de seducción (art. 175° del CP) y actos contra el pudor (art. 176° del CP) que tutela la libertad sexual de los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, ocasionando los siguientes resultados interpretativos:

En el plano normativo:

- Si afirmamos que los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, no tienen libertad sexual, entonces quedarían derogados tácitamente los artículos 175° y 176° del Código Penal y los artículos 44°, 46° y

241° del Código Civil, que (...) les reconoce capacidad sexual, amen de transgredir los derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, salud, igualdad ante la ley, libertad individual y legalidad penal garantizados por la Constitución Política del Estado, contrario sensu, la reafirmación del goce de su libertad sexual, tendría plena concordancia con el ordenamiento constitucional y legal.

En el plano fáctico:

- Si afirmamos que los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, no tienen libertad sexual, entonces la relación sexual consentida (...) de un adolescente con otro adolescente (de 14 a 17 años) o con un adulto (18 a más), sería reprochable penalmente en el primer caso como infracción a la ley penal con competencia del Juzgado de Familia, y, en el segundo caso como delito ante el Juez Penal, castigado con pena de veinticinco años de cárcel; sin embargo, la misma conducta contrastada con la figura del delito de seducción (vigente), sería atípica, en tanto no concurra el engaño como elemento distorsionador de la declaración de voluntad del sujeto pasivo para el acceso carnal.

12.13 La tipología del catálogo de los delitos contra la libertad sexual, dentro del capítulo IX del Código Penal, sirve como marco de referencia, para analizar la infeliz redacción del delito de violación sexual de menor edad, tipificado en el artículo 173° del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), con el tenor siguiente: “el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o

realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1) Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua; 2) Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será *no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco*; 3) Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua". El bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual (...) [de] los menores de catorce (14) años, diferenciándose de la libertad sexual como el bien jurídico protegido de aquellos adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, por ser la *única y razonable interpretación* coherente con los derechos constitucionales a la dignidad, salud, libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante la ley, libertad individual, intimidad personal, libertad individual y legalidad penal, así como con las demás figuras penales de violación sexual, seducción y actos contrarios al pudor.

12.20. El carácter fragmentado del Derecho Penal consiste en que no se puede (...) prohibir todas las conductas (...) sino las que revisten mayor entidad, ello supone descartar el reproche penal de aquellos actos propios de la vida íntima sexual de los y las adolescentes, intrascendentes a la esfera social, realizados en ejercicio de su libertad y autonomía sexual, sin más limitación que el elemental respeto al derecho de los demás. Para Felipe Villavicencio

Terreros<sup>332</sup> “este principio “es una directriz político criminal, ya que determina en el legislador hasta que punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo”.

12.21. Para determinar la fragmentariedad de la selección penal, Muñoz Conde<sup>333</sup> propone partir (...) Primero: “defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, existiendo además determinadas circunstancias y elementos subjetivos”, por ello, la práctica de relaciones sexuales consentidas por los adolescentes, será irrelevante penalmente, salvo cuando su libertad de auto determinarse sexualmente, sea coactada por medios como la violencia, la amenaza o el engaño del sujeto activo (...).

### 13. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

13.2. (...) Es así que a partir de los derechos constitucionales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, salud, libertad individual, intimidad personal, igualdad ante la ley y legalidad penal, hemos concluido que los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años tienen pleno ejercicio de su libertad o autodeterminación sexual. La interpretación sistemática asume dos formas: el método sistemático por ubicación de la norma y el método sistemático por comparación con otras normas.

13.4 El delito de violación sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años (art. 173.3° del CP), se encuentra dentro del

Libro II, Capítulo IX del Código Penal intitulado “Violación de la libertad sexual”; ergo, su interpretación debe mantener perfecta coherencia con los otros tipos penales del mismo sub grupo normativo como el delito de violación sexual (art. 1700 del CP), el delito de violación de persona inconsciente (art. 171°), el delito de seducción (art. 175° del CP) y el delito de actos contra el pudor (art. 176° del CP), que reconocen a la libertad sexual, como el bien jurídico (...), la misma que sólo puede ser doblegada por el sujeto activo mediante la violencia, la grave amenaza, el engaño y la puesta en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

13.5 La edad de catorce (14) años en adelante como franja delimitadora entre la “indemnidad” y “libertad sexual”, entre la “exclusión” o “admisión” de la validez del consentimiento prestado para el acceso carnal (...), resulta razonable y prudente en contraste con los criterios etareo legales previstos en la legislación comparada, para el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación sexual de los adolescentes: el Código Penal Español en sus artículos 181° y 182° en trece años, el Código Penal Argentino en su artículo 119° en doce años de edad, el Código Penal Chileno en sus artículos 363° y 366° en doce años, el Código Penal de Colombia en su artículo 208° en catorce años.

13.7. El delito de violación sexual tipificado en el artículo 173.3° del CP, también debe mantener coherencia con el resto del ordenamiento extra penal, más precisamente, con el artículo 46° del Código Civil, que reconoce la capacidad de los adolescentes de dieciséis (16) años para contraer matrimonio,

con el asentimiento de sus padres y dispensa judicial justificada, generándose entre los cónyuges diversos deberes como el de cohabitación previsto en el artículo 289°, entendido como el débito conyugal, es decir, la comunidad de vida entre marido y mujer que tiene como efecto natural las relaciones sexuales; situación extensiva al concubinato regulado por el artículo 326°.

13.8. Para cierto sector de la doctrina<sup>334</sup>, los adolescentes de dieciséis (16) años que tienen como pareja a una persona mayor de edad, sea en matrimonio o concubinato, no calificarían como sujetos activos del delito de violación sexual (...); debido a que el consentimiento del adolescente para la copula sexual con su cónyuge o concubino, tendrá plena eficacia (...), concurriendo la causal de justificación prevista en el artículo 20°, inciso 10) del Código Penal que establece “está exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”. Sin embargo, (...) resulta una interpretación extremadamente restrictiva de la libre autodeterminación sexual sólo de los y las adolescentes de dieciséis (16) a menos de dieciocho (18) años que tienen la condición de cónyuge o concubino, dejando en “desamparo doctrinal” al conjunto mayoritario de la población juvenil desde los catorce (14) años, que generalmente mantienen relaciones sexuales sin que medie un vínculo jurídico permanente, sino simplemente una relación afectiva ocasional.

13.9. Nuestra posición parte de una interpretación extensiva del alcance de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil respecto al reconocimiento del derecho a la libertad sexual de los adolescentes entre catorce (14) y menos de

dieciocho (18) años, entendido básicamente como la autonomía de elección del tiempo, forma y persona con quien tener relaciones sexuales, por tratarse de un derecho humano connatural al libre desarrollo de la personalidad. Entonces, si un adolescente desde los dieciséis años puede casarse y desde los catorce (14) años, puede reconocer a sus hijos, ¿Puede tener relaciones sexuales libremente?, ¿Tiene el adolescente derechos reproductivos? Indudablemente la respuesta (...) será afirmativa<sup>335</sup>. Por tanto, el derecho a la autodeterminación sexual de los y las jóvenes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, implícito en la posibilidad de acceder al matrimonio y la paternidad, lógicamente conlleva a una interpretación extensiva de esta libertad sexual reconocida en el ámbito normativo civil, como el bien jurídico a ser tutelado en los delitos sexuales en el ámbito normativo penal.

13.10 En esta línea de pensamiento, Mayda Ramos Bellido<sup>336</sup>, responsable de la Adjuntía de la Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo expresa: ‘nosotros pensamos que es lo correcto y adecuado de que se vuelva a establecer que de catorce (14) años para abajo existe la indemnidad sexual, mucho más si tenemos en cuenta que el Código Civil reconoce determinados capacidades a los y las adolescentes, por ejemplo, una adolescente de catorce (14) años puede reconocer a un hijo, a los dieciséis (16) años pueden casarse, pueden firmar contratos, entonces tienen una capacidad relativa, con mayor razón a partir de determinada edad ellos pueden asumir su responsabilidad sobre su sexualidad. Esto no es una puerta para que los violadores hagan lo que quieran’.



## 14. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

14.2. Para DEMUS<sup>337</sup> “el problema radica en que en pleno siglo XXI, muchos adultos actúan como si los adolescentes no tuvieran relaciones sexuales (...), la realidad demuestra lo contrario ya que la adolescencia es una etapa de maduración emocional e intelectual que paralelamente con la maduración física genera un deseo por la independencia y libertad en todos sus ámbitos”. Crítica que se condice con la realidad de nuestro país, pues conforme a un estudio realizado por el Instituto de Salud y Educación<sup>338</sup>: “2 de cada 10 adolescentes han iniciado su vida sexual a partir de los 15 años”.

14.3. En opinión de Jennie Dador<sup>339</sup>, (...) del Movimiento Manuel Ramos “toda persona mayor de catorce (14) años es sujeto de derecho y tiene libertad de ejercer su sexualidad. (...) el sexo consentido entre adolescentes eso no tiene porque ser un delito. Entonces, bajo la intención de decir, vamos a proteger a los adolescentes (art. 173.3° del CP), en realidad lo que estamos haciendo es proscribir la posibilidad de que ellos tengan relaciones sexuales, cuando la realidad del país te está diciendo otra cosa. En este país los adolescentes y las adolescentes tienen capacidad para todo menos para decidir el ejercicio de su sexualidad. O les damos capacidad o no les reconocemos esa capacidad, pero porque cuando tiene que ver con temas de ejercicio de la sexualidad los estamos tratando como algo más que animalitos. Ya no es el adolescente o el niño un objeto de protección, sino un sujeto que se le reconocen derechos progresivamente, entonces, estamos hablando de catorce años hacia arriba, no estamos hablando de once o doce”.

14.4. La psicóloga María Raguz<sup>340</sup> se refiere a la sexualidad de los adolescentes como un derecho humano, proponiendo una cultura sexual con autoestima, capacidad crítica, reflexión, cuando afirma: ‘No hay que temerle a la educación sexual integral. Eso no nos hará un estado libertino. La educación sexual no promueve la pedófila, la homosexualidad o la promiscuidad (...). Es inmoral negarles ese derecho a los jóvenes. La educación sexual que enseñe a los jóvenes que el sexo con responsabilidad y en libertad, no tiene nada de malo. Los chicos y chicas que reciben información sobre la sexualidad desde pequeños o antes de haberse iniciado sexualmente, tienden a postergar su primera relación y cuando esta se da, es deseada, protegida y no violenta’.

14.5. (...) Mario Pablo Rodríguez Hurtado<sup>341</sup> reflexiona (...)“,Por qué los autores de esta ley se han atrevido a dar un paso tan sobre criminalizado y completamente injustificado? ¿Qué los motiva a considerar delito, actos completamente naturales y legítimos, como son las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 años? ¿Por qué no se han detenido a evaluar los problemas que esta ley va a ocasionar fatigando más los recargados despachos fiscales y judiciales, y ahondando el hacinamiento y la desesperanza en los penales, debido al drama de los presos sin condena?. La única respuesta la encontramos (...) en la falta de una autentica política criminal o política pública de afrontamiento de la delincuencia; sin ella, el legislador se enfanga en cambios normativos, irracionales y, además, draconianos, postergando una visión y salida socio económica, familiar, cultural y educativa del problema”.

## 15. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

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

15.3. El Código Penal de 1991, en la redacción original del artículo 173° -antes de su modificatoria por Ley N° 28704 del 05/04/2006- no había considerado como sujetos pasivos del delito de violación sexual de menores,(...) a los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años, por considerar que el bien jurídico indemnidad o intangibilidad sexual, era propio para aquellos adolescentes y niños menores de catorce (14) años, quienes por su grado de inmadurez psicobiológico carecen de voluntad de comprender y captar la trascendencia del acto sexual, negándose validez jurídica a su consentimiento. Nótese la clara distinción con el bien jurídico libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) años y menos de dieciocho (18) años, para consentir válidamente una relación sexual, salvo que medie engaño del sujeto activo como elemento distorsionador de la declaración de voluntad de aceptación de la copula sexual, como elemento configurativo del delito de seducción.

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

15.5. La Ley N°28704 del 05/04/2006, que modifica el artículo 173° del Código Penal, para incluir (...) a los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años (inciso 3°), pretendiéndose vía la represión penal coactar su libertad de autodeterminación sexual para decidir cómo, cuándo y con quien tener acceso carnal, negando eficacia jurídica al consentimiento, en una (mala) suerte de equiparación a la especial situación psicobiológica de los menores de catorce (14) años. Esta nueva regulación penal que amplía arbitrariamente la franja de indemnidad sexual a toda persona menor de dieciocho años, constituye sin lugar a dudar el más craso error legislativo<sup>342</sup>, que solo se justifica en él supuesto rédito político de cierto sector conservador de la sociedad, como abanderados de una falsa y mojigata moralidad<sup>343</sup>.

15.6. La Cédula Parlamentaria Aprista (...), ha presentado el Proyecto de Ley N° 207/2006-CR, con fecha catorce de septiembre del dos mil seis, con el objeto de modificar los artículos 170° y 173° del Código Penal (...), proponiendo la exclusión de los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad como sujetos pasivos del delitos de violación sexual presunta previsto en la redacción actual del artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por Ley N° 28701, fundamentando que se puede llegar al exceso de sancionar penalmente a una persona que tiene dieciocho (18) años y que haya tenido actividad sexual con una menor de diecisiete años; además de resultar contradictorio penalizar la actividad sexual de los adolescentes, cuando los menores de dieciséis (16) años pueden contraer matrimonio conforme al artículo 241°, numeral 1) del Código Civil. El proyecto de ley tuvo dictamen favorable por unanimidad en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República<sup>344</sup>, aprobado por el pleno del Congreso el veintiuno de junio del dos mil siete, pero fue observado por el Poder Ejecutivo<sup>345</sup>, encontrándose a la fecha encarpada por desidia política.

## 16. DESVINCULACIÓN DE LA CONSULTA N°2224-2007-AREQUIPA

16.1. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (...), mediante resolución de fecha veinte de noviembre del dos mil siete, en el expediente signado como Consulta N° 2224-2007- Arequipa, APROBÓ la resolución expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiocho de mayo del dos mil siete (...), en el Expediente N° 2006- 2156, que declaro INAPLICABLE el artículo 173°, inciso

3° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, por colisionar con los artículos 2°, inciso 1°, 2°, inciso 24°, apartado a) y 2°, inciso 24°, apartado d) de la Constitución Política del Estado, por consiguiente, FUNDADA DE OFICIO la excepción de naturaleza de acción, disponiéndose el archivo definitivo del proceso (...) por el delito de violación sexual, en agravio de la menor de iniciales E.S.Z.Y (15 años). La resolución de la Sala Penal de Arequipa constituye un hito importante (...) sobre la cuestionada violación sexual presunta de la redacción actual del artículo 173.3° del CP, con la premisa del pleno reconocimiento de la libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad y la exclusión de todo reproche penal cuando media consentimiento.

16.3. Nuestra posición es concordante en parte por el fondo y discrepante por la forma con la Sala de Derecho Constitucional y Social mediante Consulta N° 2224-2007-Arequipa, suscribimos los (...) argumentos de análisis interpretativo del artículo 173.3° del CP, (...), pero discrepamos de la solución indirecta vía control difuso previsto en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que significa inaplicar la norma penal in examine para resolver el caso, esto porque el principio de ultima ratio de la declaración de inconstitucionalidad y el principio de conservación de la ley desarrollados por el Tribunal Constitucional, (...) ha establecido la excepcionalidad del control difuso, sólo cuando sea imposible una interpretación congruente con el ordenamiento constitucional y legal; sin embargo, el juez a quo, ha buscado, encontrado y transitado por el camino más riguroso de la solución directa del caso, mediante la utilización de los diversos métodos de interpretación de la norma penal aplicable<sup>346</sup>, con

miras a determinar la ratio legis más razonable, justa y respetuosa del sistema jurídico.

## 17. DESVINCULACIÓN DEL ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116

17.1. Los señores Vocales integrantes de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema (...), de conformidad con el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial acordaron por unanimidad establecer como doctrina legal vinculante (...) en el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ- 116, respecto a la interpretación del artículo 173.3° del CP, modificado por Ley N°28704 en el sentido que: cuando la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10° —que regula la institución del consentimiento- puesto que tiene libre disposición de su libertad sexual. Pero si la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre catorce (14) y quince (15) años de edad, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179°-A.

17.2. El Acuerdo Plenario establece como criterio para descalificar un elemento constitutivo del delito de violación sexual presunta, previsto en el artículo 173.3° del CP, la edad concreta del sujeto pasivo entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años de edad; en tal caso, el sujeto activo que tiene relaciones sexuales con el sujeto pasivo en los parámetros etareos anotados, en prima face encuadrara su conducta en el tipo penal in examine, será típica, pero no concurrirá el segundo elemento de anti juridicidad del delito, dado que el mismo acto, encuentra

permisión en el resto del ordenamiento jurídico, más precisamente en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los adolescentes de dieciséis (16) años, previsto en los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil, por tanto, la copula sexual con el consentimiento del sujeto pasivo, será reconocido como el simple ejercicio de su libertad sexual, diluyéndose el injusto, por concurrir la causal de justificación prescrita en el artículo 200, inciso 10° del Código Penal.

17.3. Lo preocupante y discrepante, es que mantiene como delito, las relaciones sexuales consentidas de los adolescentes de catorce (14) y 15 años de edad, invocando para estos el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, a efectos de atenuar la pena hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código acotado, que tratan de conductas semejantes, en las que incluso media el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica, debiendo considerarse, según sus propias particularidades, factores complementarios de atenuación como son los siguientes: a) Que la diferencia etérea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva; b) Que existe entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; y c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana.

17.4. Llama la atención la (...) contradicción interpretativa entre los (...) órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, quienes tienen la (...) responsabilidad de



uniformizar la jurisprudencia nacional y (...) brindar predictibilidad a la ciudadanía, en la solución de los conflictos jurídico penales, es así, que mientras el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-1 16 de (...) las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, de fecha dieciséis de noviembre del dos mil siete, establece como doctrina legal vinculante que las relaciones sexuales consentidas con los y las adolescentes de catorce (14) y quince (15) años de edad constituye delito de violación sexual presunta previsto en el artículo 173,3° del CP; por otro lado, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la misma Corte Suprema (...), mediante Consulta N° 2224-2007-Arequipa de fecha veinte de noviembre del dos mil siete (06 días después), en un caso concreto de relaciones sexuales consentidas de una adolescente de quince (15) años, declaro inaplicable el artículo 173.3° del CP, por colisionar con los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y al principio de legalidad.

17.5. Nuestra discrepancia y desvinculación del Acuerdo Plenario se centra en el fondo, pero coincidimos en la forma de solución directa, en el sentido que de los diversos sentidos interpretativos del artículo 173.3° del CP, es posible concluir que las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad son atípicas, alejándonos de la discriminación etarea del Acuerdo Plenario que califica como delito, con penalidad atenuada, la práctica sexual de quienes tienen catorce (14) y quince (15) años, por extensión arbitraria de la indemnidad sexual; así mismo, creemos innecesario invocar el consentimiento de aquellos entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años, como causa de justificación para excluir la antijuricidad

de la conducta, dado que, producto de una interpretación conforme a la Constitución, simplemente estamos ante un comportamiento atípico.

## 18. CAUSAL DE SOBRESEIMIENTO

18.1. La señora Fiscal (...), actuando con criterio de objetividad como lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del CPP, ha peticionado el sobreseimiento del proceso (...), por lo que, habiéndose procedido a su análisis jurisdiccional (...), deberá procederse al sobreseimiento dada la interpretación del artículo 173.3° del CP, conforme a la Constitución Política y al resto del ordenamiento penal y civil que (...) nos permite concluir que las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad constituyen un comportamiento atípico, como (...) acontece en el caso de autos, materializado en la copula sexual reiterada y voluntaria entre la menor agraviada (15 años) con el imputado (21 años), consecuente de una relación sentimental de enamorados, de público conocimiento en el círculo familiar y amical de ambos, configurándose la causal (...) [del] artículo 344°, numeral 2°, inciso b) del CPP, que autoriza el sobreseimiento (...) cuando el hecho objeto de la causa no es típico. 18.2. (...) deberá rechazarse la otra causal de sobreseimiento invocada por el Ministerio Público, consistente en que no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, como lo prescribe el artículo 344°, numeral 2°, inciso d) del CPP, por ser (...) contradictoria con la causal de atipicidad amparada por el juez a quo. En la misma, forma se rechazará la vía

del control difuso instada por la señora Fiscal (...), por las mismas consideraciones señaladas para la desvinculación de la Consulta N° 2224-2007-Arequipa.

## 19, INICIATIVA LEGISLATIVA

19.1. El artículo 21° de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que los magistrados por intermedio del Consejo ejecutivo del Poder Judicial, dan cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia, de los vacíos y deficiencias legislativas que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como de las contradicciones e incompatibilidades constitucionales, sin perjuicio de la iniciativa que sobre este propósito pueda asumir directamente el propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, o la Sala Plena de la Corte Suprema. En el primer caso, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial da trámite al pedido del magistrado sin calificar su contenido, a menos que dicho Consejo o la Sala Plena de la Corte Suprema lo haga suyo con expresa mención del autor de la iniciativa.

19.2. El análisis del caso de autos, ha puesto en evidencia las contradicciones e incompatibilidades de la aplicación del artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, en su fórmula actual modificada por Ley N° 28704, con la Constitución Política del Estado en su artículo 1° (dignidad), artículo 2°, inciso 1° (libre desarrollo de la personalidad), artículo 2°, inciso 2° (igualdad ante la ley), artículo 2°, inciso 7° (intimidad personal), artículo 2°, inciso 24°, literal "a" (libertad individual), artículo 7° (la salud); artículo 2°, inciso 24°, literal "d"

(legalidad penal). Así mismo con el Código Penal en su artículo 170° (violación sexual), artículo 175° (seducción) y artículo 176° (actos contra el pudor). Finalmente con el Código Civil en sus artículos 44°, 46° y 241° (derechos reproductivos, matrimoniales y filiales).

19.3. (...) conforme (...) [al] artículo 21° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá remitirse copia certificada de la presente resolución —una vez consentida o ejecutoriada- al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, para que, - de ser conveniente-, proceda a informar al Congreso de la República, el imperativo de derogar (...) el inciso 3° del artículo 173° del Código Penal (...).

Por éstas consideraciones, en uso de las atribuciones que me confiere los artículos 138° y 139°, inciso 1° de la Constitución Política del Estado, el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 29° y 348° del Código de Procesal Penal, impartiendo justicia a nombre de La Nación;

### III. PARTE RESOLUTIVA:

FUNDADO el Requerimiento de SOBRESEIMIENTO petitionado por la (...) Fiscalía Provincial Penal (...) en el proceso seguido (...), por el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (...).

Consentida o ejecutoriada la presente resolución, SOBRESASE TOTALMENTE el proceso. LEVÁNTESE las medidas correctivas de carácter personal y real dictadas contra el imputado y sus bienes y, ANÚLENSE los antecedentes judiciales y policiales derivadas del presente proceso. ARCHÍVESE el expediente (...). DEVUELVASE la carpeta fiscal al representante del Ministerio Público encargado del caso. REMITASE copia certificada de la resolución al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con la debida nota de atención. NOTIFIQUESE al Ministerio Público y demás sujetos procesales.

1.6. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 637-2008; AREQUIPA. 30 abril 2008.

Conforme a los fundamentos de la Resolución de la Corte Suprema, se estableció:

VISTOS: Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la Resolución dictada en estos autos por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, (...), del treinta y uno de enero del dos mil ocho, ha sido elevada en consulta a ésta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse dejado de aplicar el artículo 173 inciso 3 del Código Penal,

modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704 que incluye como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre los catorce años de edad y menos de dieciocho, sin afectar su vigencia; en el proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual, seguido contra Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa, en agravio de la menor de iniciales M.A.G.B.

SEGUNDO: Que, según el artículo 138 de la Constitución Política (...) en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera e igualmente deben preferir la normal legal sobre toda otra norma de rango inferior, asimismo, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resolverán la causa con arreglo a la primera

TERCERO: Que, en el presente caso, con la acusación fiscal obrante a fojas ciento cuarenta y tres, se acusa a don Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa por el delito de Violación de la Libertad Sexual, previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley N°28704 en agravio de la menor M.A.G.6., básicamente se acusa al denunciado, quien contaba al momento de ocurrido los hechos denunciados con treinta y nueve años de edad, haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada cuando la misma tenía dieciséis años.

CUARTO: Que, el tema a que el presente caso se contrae, debido a la complejidad de su contenido, la naturaleza del proceso que se ventila y por la serie de derechos que se encuentran en discusión, obliga a este Supremo Colegiado a efectuar un análisis razonando a los efectos de encontrar una solución actual y en justicia conforme a la trascendencia de la materia consultada.

QUINTO: Que, en principio es preciso tener en cuenta el marco legislativo sobre el cual gira el denominado delitos de violación de menores de edad comprendidos entre los catorce y dieciocho años de edad. Al respecto, el artículo 170 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704 que define el tipo base de los delitos contra la libertad — violación sexual, prevé que aquel que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; coherente con lo anterior, el texto original del artículo 173 del Código Penal establecía que el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1) Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de quince años; 2) Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de ocho años. 3) Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de cinco años; y si el menor era discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena

privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años, para cada uno de los casos previstos en los tres incisos anteriores; en este mismo sentido el texto original del artículo 175 del Código Penal previno que quien mediante engaño, practique el acto sexual con una persona de catorce años y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas.

SEXTO: Que, lo establecido en el artículo 173 del Código Penal ha sido objeto de sucesivas modificaciones legislativas: por Ley N° 26293, Decreto Legislativo N° 896, Ley N° 27472, Ley N° 27507 y la Ley N° 28251 respectivamente, normas a través de las cuales básicamente se modificó el quantum de la pena a imponerse en ese tipo de delitos, teniéndose en cuenta la edad de la víctima menor de catorce años de edad, llegándose a establecer inclusive que si la víctima tenía menos de siete años, la pena a imponerse sería de cadena perpetua; además, la última Ley modificatoria N° 28251 introduce una nueva definición del delito de violación de menores de catorce años, estableciéndola como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a actos análogos a la introducción de objetos o partes del cuerpo; empero, las sucesivas modificaciones legislativas, el Código Penal mantiene la definición de los delitos de violación de menores de catorce años y seducción o estupro, contemplado en el artículo 175 del acotado.

SÉTIMO: Que, el cinco de abril del dos mil seis se publicó en el diario Oficial el Peruano la Ley N° 28074, norma que modifica el tipo penal de Violación Sexual



de Menor de edad de catorce años, ampliando su ámbito de protección a las personas que tienen entre los catorce y los dieciocho años de edad. De acuerdo a esta norma, actualmente toda relación sexual con una persona menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no, aplicándosele una pena privativa de libertad entre veinticinco y treinta años.

OCTAVO: Que, el tema aquí en análisis ciertamente gira en torno al fenómeno de la violencia sexual que exige, si bien la toma de medidas necesarias y disuasivas para que esta clase de delitos desaparezca o por lo menos aminore en nuestra sociedad, no obstante, ello no puede servir como alegato para penalizar las relaciones sexuales de los jóvenes adolescentes en desmedro de lo que se ha dado en llamar la “libertad sexual de los adolescentes”.

NOVENO: Que, Távora -Orozco<sup>294</sup> refiere que una sociedad con patrones culturales tradicionales, como la nuestra, ni la familia, ni la escuela, ni en general la sociedad acepta fácilmente la idea de la sexualidad en la adolescencia. Por ello no se educa a los adolescentes sobre la vida familiar o sexual pues solamente se les brinda una educación insuficiente y sin relación con sus necesidades reales en el que las adolescentes raramente acceden a los servicios de salud productiva y anticoncepción.

DÉCIMO: Que, añade dicho autor<sup>295</sup> citando a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar dos mil (ENDES dos mil), que la edad mediana a la primera relación sexual de las mujeres de veinte a cuarenta y nueve años es a los

diecinueve años. Debe considerarse de esta misma fuente que en las mujeres sin educación o con instrucción primaria, este indicador ocurre a los diecisiete años. De otro lado, en lo que aquí refiere, agrega el citado autor, existen estudios que señalan que el inicio de la vida sexual es a los trece a catorce años en varones y a los quince años en mujeres.

DÉCIMO PRIMERO: Que, es menester precisar que el problema de la violencia sexual contra menores en nuestro país deviene en causas y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso, y que mas bien se encuentran vinculados a la salud, educación, situación de inseguridad y pobreza de la población, no basta entonces con la emisión de una norma que finalmente termine desconociendo precisamente a quienes pretende proteger.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en tal sentido, la determinación del inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficiente para decidir sobre su sexualidad, antes bien corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo a su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en qué momento estará lista o ha adquirido la madurez necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en ese sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad.

DÉCIMO TERCERO: Que, al respecto, según datos proporcionados por UNICEF<sup>296</sup> (...) la edad mínima de libre consentimiento, es decir, la edad en la que se puede decidir tener relaciones sexuales con una persona, varía bastante en todo el mundo, así por ejemplo, refiere dicho organismo que en algunas partes de los Estados Unidos, o en Egipto, y ahora en el Perú, la edad es de dieciocho años; en Irlanda del Norte, diecisiete; en Namibia, dieciséis; en Suecia, quince; en Canadá, Catorce; en Corea, Trece; y en México, doce. En tal sentido, si bien no existe un consenso sobre la edad de libre consentimiento, existe una preocupación de la Convención sobre los Derechos del Niño porque se proteja a los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual.

DÉCIMO CUARTO: Que, otro alcance estadístico respecto a la edad del comienzo del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho comparado latinoamericano nos lo proporciona el penalista nacional Castillo Alva<sup>297</sup>, así por ejemplo: Brasil/catorce años, Puerto Rico/catorce años, Paraguay/catorce años, Colombia/catorce años, Ecuador/catorce años, El Salvador/catorce años, Argentina/trece años, España/trece años, Costa Rica/doce años, Cuba/doce años, Honduras/doce años, Guatemala/doce años, Chile/doce años, México/doce años y Venezuela/doce años.

DÉCIMO QUINTO: Que, por consiguiente, en tomo a la legislación internacional sobre despenalización de las relaciones sexuales consentidas, la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio para que

una persona esté en capacidad -dada su madurez biológica y psicológica- para decidir voluntariamente si tiene o no relaciones sexuales es de doce años.

DÉCIMO SEXTO: Que, un estudio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos sostiene, citando a la Encuesta Demográfica Nacional (ENDES 2004-2005)<sup>298</sup>, que la edad del inicio sexual reportado en el país ocurre en promedio a los dieciséis coma ocho años en los hombres y a los dieciocho coma dos años en las mujeres. No obstante, existen grandes variaciones entre regiones y niveles educativos siendo el inicio sexual más temprano en las regiones de la Amazonia y la sierra tal como lo reportan estudios de investigación realizados en el Perú. Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en tres ciudades del país (Lima, Huancayo e Iquitos) reporta que el inicio sexual en mujeres adolescentes sucede en promedio a los dieciséis años mientras que en el grupo de varones a los quince coma cinco años. Se sabe también por éste estudio que existe un estrecho vínculo entre el acceso a la educación sexual oportuna y la postergación del inicio sexual, lo cual se evidencia en el dato que señala que el inicio sexual antes de los quince años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad (ENDES dos mil cuatro-dos mil cinco)

DÉCIMO SÉTIMO: Que, con respecto al tipo de pareja con la que los y las adolescentes reportan tener relaciones sexuales, en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (dos mil cinco)<sup>299</sup>, se encuentra que un 93% de la mujeres y 52% de los varones refieren haberse iniciado sexualmente

con “el/la enamorado”, lo cual significaría que se trata de relaciones sexuales voluntarias. Este dato se confirma con la información acerca de los motivos para tener relaciones sexuales, en los cuales los adolescentes reportan relaciones sexuales consensuales (“porque ambos queríamos tenerlas”: 54.9% en el caso de las mujeres y 49.8 en varones; “porque yo quería”: 9.5% y 22.5% respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: 34.7% y 32.2% respectivamente). Merece destacar, asimismo otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en cuatro regiones del Perú (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) con población adolescente mayor de catorce años que coincide con los datos antes descritos, en este caso, el 79% de los adolescentes señaló que había experimentado relaciones sexuales voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación.

DÉCIMO OCTAVO: Que, (...), en torno a la noción del consentimiento del adolescente, cabe resaltar la noción de “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que se sustenta en el paradigma de que el niño debe ser protegido y, aun cuando es sujeto de derechos, estos deben regularse de acuerdo a su edad y madurez (preámbulo de la Convención y su artículo 12). Además, y en circunstancias en que se contrapongan los derechos y deberes de un adulto con los de un niño, debe tenerse en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo cuarto, además de reconocer que los menores de dieciocho años no pueden ser penalizados, consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, entre ellos, a que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

DÉCIMO NOVENO: Que, llegado a este punto, conviene efectuar algunas precisiones sobre la Ley N° 28704 finalmente aprobada por el Congreso de la República, así como su debate en sede congresal. No obstante, no es intención de la presente resolución hacer un seguimiento pormenorizado de los orígenes de la citada Ley pues la misma fue debatida in extenso en dicho Poder del Estado.

VIGÉSIMO: Que, así por ejemplo, de la séptima sesión del veintidós de abril del dos mil cuatro aparecida en el diario de debate del Congreso respecto al Proyecto de la Ley N° 28704, se advierte la formulación de una serie de textos sustitutorios que dejan denotar que la referida Ley fue muy discutida y en algunos puntos incluso no se llegaba a un consenso en cuanto al artículo 173 inciso 3 del Código Penal<sup>300</sup>.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en este escenario, la Ley N° 28704 encontrándose ya en plena vigencia ha sido objeto de críticas y opiniones contrarias a su promulgación, ello en mérito a diversas instituciones públicas y privadas como el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Defensoría del Pueblo, entre otros, quienes se han pronunciado por una modificatoria de la Ley N° 27804, en especial del artículo 173 inciso 3 del Código Penal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por la inconveniencia de la norma o las voces de alarma de la Organizaciones No Gubernamentales o del Gobierno sobre el

tema, lo cierto es que existen en la actualidad varios Proyectos de Ley que proponen modificar el ya modificado artículo 173 del Código Penal (...)<sup>301 302</sup> .

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en el presente caso, de a declaración prestada por [a menor (...)] y de los medios de prueba merituados por la Sala Penal, se infiere razonadamente, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado Leonidas Vicente Jíhuallanca Arapa se han realizado con su consentimiento, por lo que resulta evidente que la menor en referencia a! consentir las relaciones sexuales (...) no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personal, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, por tanto ésta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el caso concreto se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política (...) en cuanto reconoce como un derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, y de otro el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 inciso 3 del Código Penal y tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad, con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, por lo que es necesario dilucidar dicho conflicto a favor de la norma constitucional precitada.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, el artículo 44 inciso 1) del Código Civil establece la incapacidad relativa para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, en tal sentido, como refiere Torres Vásquez<sup>303</sup>, la aptitud de dichas personas para desenvolverse por si mismos en las relaciones sociales así como para la asunción de su particular esfera de responsabilidad se encontraría próxima a los límites de a mayoría de edad, por lo que, en principio los actos que ellos realizan, producirían normalmente todos sus efectos que le resulten propios.

VIGÉSIMO SEXTO: Que (...), de lo establecido en el artículo 46 del Código Civil, es razonable suponer que el matrimonio de (...) mayores de dieciséis años resultaría permisible al conferirles la ley capacidad general plena de ejercicio dado el grado de madurez psico biológica alcanzado, por lo que al cesar la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años de edad por matrimonio, resultaría un contrasentido de que una persona mayor de dieciséis años encontrándose casada pueda ser víctima de violación presunta.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Que, por consiguiente, a legislación peruana no puede estar a contracorriente de lo estatuido legalmente en todos los países latinoamericanos cuyas realidades sociales y culturales se asemejan a la nuestra, por lo que mantener una legislación punitiva a este respecto, contradice la realidad social en la que se debe el legislador para que sus leyes tengan efectividad jurídica.



Por estas consideraciones: APROBARON la sentencia obrante a fojas trescientos setenta y siete, del treinta y uno de enero del dos mil ocho, que declara INAPLICABLE por colisión con los artículos 2 inciso 1, 2 inciso 24 apartado a) y d) de la Constitución Política del Estado, el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley 28704; con lo demás que contiene, en el proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual, seguido contra Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa, en agravio de la menor de iniciales M.A.GB.; Señor Vocal Ponente: Ferreira Vildózola; y los devolvieron.

S.S. Rodríguez Mendoza; Gazzolo Villata; Pachas Ávalos; Ferreira Vildózola; Salas Medina.

## 2. Acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República

2.1. Corte Suprema de Justicia de la República; Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias: Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 (16-11-2007).

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

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

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

Al respecto, se invocaron los siguientes FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

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

7. Por otro lado, *el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares.*

Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad. De igual manera, el artículo 179° A del texto

punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que “...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años”. Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien “...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años”.

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

perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social-] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: Introducción al Derecho Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

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

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

menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

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

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

11. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica-. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas

mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que *la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años*, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, *cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual*, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero *si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal*. Es claro, por lo demás, que *cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal*.

*Por estos fundamentos, los señores magistrados supremos ACORDARON:*

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

2.2. Corte Suprema de Justicia de la República. IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial; ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116.

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

En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a:

- (1) La ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años;
- (2) La aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente
- (3) El alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

El pleno expresó su parecer amparado en los siguientes FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

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

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

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

7. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer,



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

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

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

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

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

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma Rubio Correa, Marcial, “...*en que si la sociedad tiene dos*

*consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...” (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).*

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

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

10. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

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

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

11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional

Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

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

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

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos

atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional ACORDARON:

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

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

## Capítulo III

### Conclusiones y recomendaciones

#### 1. CONCLUSIONES

1.1. Nuestra legislación penal en materia de atentados contra la sexualidad, se sustenta en una larga y arraigada tradición moralista, que se remonta a la época colonial, apreciándose en el devenir histórico, “un marcado sistema estratificado, dependiente de una concepción religiosa y moral discriminadora de la mujer”. Así, el Código penal de 1863 los tipificaba bajo el rubro de “los delitos contra la honestidad”, mientras que el de 1924 como “delitos contra la libertad y el honor sexuales”.

1.2. El legislador de 1991 se preocupó en quitar de la tipicidad de los delitos sexuales, todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la “libertad sexual”. No obstante, una visión general a los delitos sexuales, permite apreciar cierto rezago de fundamentos moralizadores, como cuando se utilizan las expresiones: “seducción” (Art. 181), “ofensas al pudor público” (Capítulo XI), “obsceno” (Art. 183), “pudor” (Art. 183), etc.



1.3. El objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual. En este sentido, surgen como aspectos integrantes del bien jurídico a proteger, elementos positivos y negativos. Así, desde la perspectiva positiva, la libertad sexual posee un sentido dinámico, que asegura la libre disposición de la sexualidad. En su acepción negativa, la libertad sexual asume una posición pasiva, que determina la posibilidad de poder rechazar proposiciones no deseadas respecto a la realización de ciertos actos de naturaleza sexual o a la asunción de una clase de relación sexual.

1.4. En determinadas hipótesis de los delitos sexuales no pueden afirmarse que se proteja la libertad sexual en cuanto que la víctima carece de esa libertad o, aún si fácticamente la tuviera, se considera por el legislador irrelevante. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada. Así, tenemos el caso de delitos de índole sexual contra los menores (generalmente de 14 años), donde por más consentimiento que estos brinden, ello no presenta efectos jurídicos y se presume que no pueden comprender el carácter del acto con contenido sexual, por lo que el objeto de protección lo será la indemnidad o intangibilidad sexual.

1.5. Los fines proteccionistas del Derecho penal no justifican reprochar la actividad sexual consentida de todos los menores en general. El Estado no puede limitar la posibilidad que los menores, con cierto desarrollo psíquico,

puedan acceder al conocimiento de su propia sexualidad, privándoles de un fundamental derecho constitucional. Prado Saldarriaga manifiesta al respecto que, en que el Derecho penal moderno debe orientarse a posibilitar las diferentes opciones personales en el ámbito sexual, sobre la base de principios dogmáticos, político criminales y lejos de concepciones moralistas.

1.6. El Estado, en materia de protección de la sexualidad, para evitar una intromisión vedada, debe escoger y poner límites al ius puniendi, escogiéndose el preciso objeto de protección. Así, la lesividad debe corresponder a una estricta elección del momento del desarrollo humano que verdaderamente requiera de protección. En el caso de menores de muy corta edad, la elección es sencilla, pero cuando se trata de menores que por su desarrollo psico fisiológico van alcanzando madurez sexual, resulta ardua la tarea de elegir hasta donde y hasta cuándo se debe ejercer la protección penal, que evidentemente recorta sus posibilidades de elección en cuanto la relación sexual pueda ser consentida...

1.7. Durante la vigencia del Código penal de 1924, se apeló a un criterio escalonado de protección de la indemnidad sexual. Inicialmente se introdujo la pena de muerte en el caso de que la víctima tuviere siete o menos años de edad. Posteriormente, se inserta una gradualidad de penas en relación a un reproche mayor en atención a la edad de la víctima. Conforme al nuevo texto, la edad de referencia para la protección penal se redujo de 16 a 14 años y se introdujo un criterio escalonado de imputación: En primer lugar, si el menor tenía siete o menos años de edad, se aplicaba pena de muerte; Si la edad del

menor era de más de siete a catorce años, la pena era de penitenciaría no menor de diez años.

1.8. El codificador penal de 1991, consideró conveniente también limitar la edad del menor, en cuanto a la protección de su indemnidad sexual, hasta los 14 años. Conservó también una de las innovaciones más destacables que se introdujo en la legislación anterior, que fue instauración de un sistema punitivo escalonado en relación directa a la edad del menor, que permite una graduación del reproche y la sobrecriminalización de la conducta del agente, para quien se reservan las más graves penas de acuerdo al menor desarrollo de la edad cronológica del menor.

1.9. La Ley N° 28704, modificatoria del Art. 173, resulta criticable en cuanto al fin ínsito y no declarado que contiene, pretende introducir en sociedad los fundamentos de una ya vedada finalidad “promocional”, rechazada por la doctrina penalística mayoritaria; y es que el Derecho penal se concibe modernamente como un instrumento de control utilizado con fines preventivos, protectores y resocializadores, siendo del todo equivocada la posición de quienes pretenden instrumentalizarlo para imponer en sociedad patrones culturales o modos de vida moral, que le son completamente extraños a su esencia .

1.10. No es posible imponerse cuestiones de orden moral desde una ley, ya que la moral no puede ser reglada por actos legislativos, habida cuenta que no constituye función de Derecho penal promover una moral determinada, sino la

protección de bienes jurídicos de relevancia, y en este caso, se intenta reprimir el ejercicio de la sexualidad de los mayores de 14 años y menores de 18 años, lo que podría colisionar con los derechos fundamentales de las personas y los principios penales de lesividad y mínima intervención.

1.11. Algunos pretenden fundamentar la imputación irrestricta de las relaciones sexuales de menores sobre la base de criterios morales, resaltando que lo reprochable tendría relación con un comportamiento antiético del agente, que revelaría inclinaciones amorales y abuso de su condición física y de la indefensión de la víctima. Tras este criterio, que no es el más aceptado, se traslucen las ideas de inocencia, candidez, virginidad, por un lado y maldad, bajeza y deshonestidad, por el otro. Este fundamento destaca la existencia de un imperativo moral que obliga a no mantener ningún tipo o clase de acto sexual con personas que no hayan alcanzado la madurez biológica y no sean capaces de autodeterminación en sus actos cotidianos.

1.12. Apelar al concepto de la “mayor peligrosidad criminal del delincuente”, para fundamentar la responsabilidad penal en el ámbito de los atentados contra la sexualidad de menores, nos podría llevar peligrosamente al fundamento de un pretendido derecho penal de autor. Asimismo, usar el fundamento de la ausencia del consentimiento y la incapacidad de comprensión del significado del acto sexual por parte de los menores e incapaces, nos introduce en el tortuoso terreno de distinguir los conceptos de ausencia de consentimiento y consentimiento viciado, que en este caso se traduce en determinaciones no de orden biopsicológico (en cuanto pueda existir menores que si puedan apreciar

la magnitud de su decisión), sino en consideraciones de orden normativo, que niegan tal capacidad de decisión en menores de muy temprana edad.

1.13. La posición mayoritaria alcanzada en la doctrina actual, es la de fundamentar la naturaleza del injusto, en el caso de la protección de los menores, en el concepto de indemnidad o intangibilidad sexual, que corresponde, a un derecho prevalente, que le asiste al menor, en salvaguarda de la intangibilidad y protección que el Estado debe brindar a una esperanza o expectativa a futuro de la posibilidad que ellos deben tener de un normal ejercicio de su sexualidad; derecho espectaculo que se vería truncado o menoscabado por conductas, violentas o no, que tergiversaran la noción que a futuro debería tener el menor de su propia sexualidad, sometiéndolo a tratativas sexuales que su psiquis no está todavía en la posibilidad de entender plenamente. Así, el repudio que se hace del abuso sexual encuentra su fundamento criterios biológicos, psicológicos y jurídicos.

1.14. La indemnidad o intangibilidad sexual del menor no debe entenderse como si se aludiera a la necesidad de preservar la vida moral del menor o si se tutelara la inocencia, la candidez o la virginidad del mismo. La delimitación del bien jurídico no se relaciona con patrones morales, sino con parámetros estrictamente jurídicos o con intereses sociales indispensables. Al Derecho penal no le interesa la moralidad o no del menor, como si éste es inocente, cándido, dulce o virgen, pues aún cuando no lo fuera el ordenamiento jurídico desplegaría la tutela de su sexualidad y limitaría al máximo el ejercicio de la misma.

1.15. Esta Ley modificatoria evidencia la apelación de criterios sobre criminalizadores relacionados a la peligrosidad del agente, pretendiendo introducir patrones moralizadores de un pretendido derecho penal con fines promocionales. Y es que muchas veces los criterios técnico-legislativos, no necesariamente respaldan la redacción de tipos penales objetivos y concretos, sino que por el contrario sus fundamentos son influenciados por opiniones o puntos de vista políticos, mediáticos y coyunturales que muy poco ayudan a enfrentar adecuadamente la delincuencia, y que por el contrario generan situaciones que en determinadas oportunidades contravienen principios y normas jurídicas vigentes.

1.16. El principio de proporcionalidad supone que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deben ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvaloración de los bienes protegidos que fueren afectados. Que, a este respecto, la doctrina contemporánea se encuentra conforme en señalar que el principio de proporcionalidad de la pena debe medirse y valorarse en relación al daño o lesión causada, a los bienes jurídicos protegidos o puestos en peligro por el accionar u omitir injusto e ilícito-penal del hombre.

1.17. La tutela de un bien jurídico debe cumplir las exigencias de idoneidad, demostrando al menos de manera racional que la adopción del Derecho penal mejora sustancialmente a la conservación del bien jurídico que es imposible

lograrlo acudiendo a otros ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico o del control social; de tal manera que si demuestra que otros mecanismos sociales o jurídicos cumplen mejor ese papel tuitivo o protector debe prescindirse del Derecho penal. En el mismo sentido si se demuestra que la utilización del ius puniendi trae consigo consecuencias más perjudiciales, nocivas o perturbadoras que beneficiosas no habrá justificación alguna del derecho penal.

1.18. El legislador solo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portador y titular del bien no se encuentre en la capacidad cognoscitiva o valorativa de protegerlos. En cambio, cuando el titular del bien jurídico ya goza de autodeterminación o de una mínima capacidad de disposición, el Derecho penal no debe imponer sobre la voluntad individual la tutela de un bien jurídico, sin que con ello no se revele de manera palmaria un Derecho penal autoritario. Cuando la persona (entre los 14 a 18 años), que cuenta con una mínima pero adecuada conciencia para disponer de sus bienes jurídicos personales (sexualidad), pretende relacionarse sexualmente con un tercero como manifestación de su libertad, de su capacidad de autodeterminación, de una elección libre y porque es una expresión de la dignidad de la persona humana, el Derecho penal no puede ni debe criminalizar dicha manifestación espontánea de su libertad convirtiendo un acto positivo y libre en un delito, imponiéndole una pena tan severa.

1.19. En el derecho comparado se advierte, en todos los casos, una tendencia a rebajar la edad que usualmente se mantenía entre los 16 y 14 años para

fomentar un correcto ejercicio de la libertad sexual. Lamentablemente, el legislador incurriendo en una práctica retrógrada y de manera contraria a lo señalado por las legislaciones de nuestra órbita cultural, lejos de disminuir el límite máximo de la edad del abuso sexual, lo ha aumentado. Con ello, el Perú se asemeja más a los países musulmanes que a las legislaciones latinoamericanas o que ejercen una tendencia racional inequívoca en el mundo.

1.20. La norma modificatoria desconoce tácitamente las disposiciones normativas relacionadas con la capacidad relativa de la persona, esto es el caso de menores de edad y otras de ámbito civil, tal es el caso del matrimonio de menores. Tampoco ha considerado aspectos relacionados con nuestra realidad social, ni ha tomado en cuenta criterios especializados referentes a la “capacidad”, “discernimiento” o “voluntad” de una persona menor de dieciocho años, edad cronológica, que si bien es cierto, es la que de acuerdo a nuestra legislación inicia la mayoría de edad, no necesariamente implica una incapacidad total de discernimiento ni de una evaluación personal de los hechos y circunstancias.

1.21. Reconociéndole el derecho aptitud jurídica al consentimiento de los adolescentes menores de dieciocho, pero mayores de catorce años de edad, para tener acceso carnal con un mayor de edad, dicho consentimiento previsto en el inciso 10 del artículo 20 del código penal, más que una causa de justificación que hace desaparecer lo antijurídico de la acción o más que una causa de exculpación, como erróneamente está regulada, es en realidad una causa de atipicidad de la acción.



1.22. La prevención de la sexualidad como política de salud del Estado Peruano, toma forma concreta en la Resolución Ministerial N° 536-2006-MINSA, que aprueba la Norma Técnica N° 032- MINSAQ/DGSP-VO1 “Norma Técnica de Planificación Familiar”, referido a favorecer al acceso del derecho a la información de los y las adolescentes cuando éstos se encuentren en riesgo de contraer una infección con las ITS y VIH/SIDA, por tanto, resultaría totalmente contradictorio interpretar que el artículo 173.3° del CP, prohíbe a los y las adolescentes menores de dieciocho (18) años de edad, la práctica de relaciones sexuales consentidas, mientras que por otro lado, el Ministerio de Salud, planifica y ejecuta una política de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción dirigidos al mismo grupo humano, como es el caso de la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, que señala que los y las adolescentes están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos.

1.23. Ante la evidencia de la trasgresión constitucional ínsita en la Ley modificatoria N° 28704, los Magistrados a nivel nacional fueron paulatinamente mostrando su rechazo en diferentes sentencias, en las que invocando indistintamente la afectación de fundamentales principios de orden constitucional, como el de merecimiento de pena, lesividad, prohibición de exceso, prohibición de trato discriminado y legalidad entre otros, inaplicaron la norma haciendo control difuso de la constitucionalidad y motivando a la Corte Suprema tomar acciones interpretativas para la aplicación de la norma cuestionada, que se vieron plasmadas en sendos Plenos Jurisdiccionales.

1.24. Mediante Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ- 116, respecto a la interpretación del artículo 173.3° del Código Penal, modificado por Ley N°28704, se interpretó que cuando la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10° —que regula la institución del consentimiento- puesto que tiene libre disposición de su libertad sexual. Pero si la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre catorce (14) y quince (15) años de edad, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179°-A (en este caso atenuada). Lo preocupante y discrepante, es que mantiene como delito, las relaciones sexuales consentidas de los adolescentes de catorce (14) y 15 años de edad, afectando el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

1.25. Mediante Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, respecto a la aplicación del artículo 173.3 del Código Penal, en lo referente al acto sexual o carnal consentido entre menores de 14 a menos de 18 años de edad se llegó a concluir, mediante interpretación sistemática, que, conforme a las mismas normas penales (referentes al delito de seducción <Art. 175> y atentados contra el pudor de menores <Art. 176-A>) y al Código Civil que en sus artículos 44°, 46° y 241°, dispone que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de reconocer hijos a partir de los 14 años y contraer matrimonio desde los 16 años, que el menor a partir de los 14 años tiene la capacidad necesaria para

autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a su vida sexual, por lo que al aceptar voluntariamente el acto sexual o carnal con un adulto, se le reconoce jurídicamente el uso consentido de un bien de libre disposición, por lo que, en su caso será de aplicación la exención contenida en el artículo 20°, inciso 10° del C.P.

1.26. No obstante los esfuerzos de la judicatura, y el reconocimiento por parte de algunos legisladores de lo inconveniente y anti técnica de la norma cuestionada, que ha merecido la presentación de diversos proyectos de ley para modificarla, hasta la fecha la norma no ha sido derogada manteniendo su vigencia nociva.

## 2. RECOMENDACIONES

2.1. Se requiere una inmediata modificación legislativa, que reconduzca la orientación político criminal en relación a la defensa de la sexualidad de menores, en el específico caso de las relaciones sexuales o carnales consentidas entre menores de 14 años a menos de 18 años de edad, ya que la distorsión del sistema, introducida por Ley N° 28704, no puede ser solucionada mediante criterios jurisprudenciales o interpretaciones judiciales.

2.2. Resulta incuestionable que el Estado manifieste, dentro de su política criminal, un ámbito de protección específica sobre la indemnidad sexual de los menores, pero deberá ejercerla sobre la base de criterios de razonabilidad, oportunidad, merecimiento y mínima intervención. En referencia a ello, la doctrina en general siempre ha planteado la problemática de la extensión que debe caracterizar dicha protección (específicamente en los casos en que medie aceptación del propio menor).

2.3. En lo referente a la política criminal en materia de protección de la sexualidad de los menores, el Estado debe escoger y poner límites al ius puniendi, eligiendo el preciso objeto de protección, que en estos casos debe corresponder a una estricta determinación del momento del desarrollo humano, que verdaderamente requiera de dicha protección, teniendo muy en cuenta el desarrollo psico fisiológico que permite al menor alcanzar cierto grado de madurez sexual, a efecto de elegir pertinentemente hasta donde y hasta

cuándo se debe ejercer la protección penal, para que ésta no signifique una intromisión vedada que limite el ejercicio de su sexualidad.

2.4. Al determinar la tipicidad de la conducta infractora en materia de atentados contra la sexualidad de menores, se deberá tener en cuenta que desde una perspectiva biológica – fisiológica, la edad más propicia de protección lo es la edad de la pubertad, asociada en el caso de la mujer a la menarquía que, como proceso complejo, se presenta aparejada de una carga importante de cambios hormonales, que influyen en las esferas psíquica y social de su desempeño personal, ante el surgimiento de nuevas características dirigidas a la reproducción, aunque no se tenga la perspectiva de engendrar, por lo que resulta aconsejable que al legislar sobre derechos sexuales de las púberes se acuda a las investigaciones académicas sobre el particular.

2.5. Al momento de legislar, se debe también tomar en cuenta que en un mundo globalizado, del cual el Perú forma parte, las condiciones que aseguran un mayor acceso a la información, como el Internet, permiten la existencia de adolescentes cada vez más informados, que relevan al Estado de una mayor tutela a su indemnidad o intangibilidad sexual, reduciendo cada vez más la edad de las víctimas de abuso sexual y, como contrapartida, incrementando las posibilidades o supuestos de libre ejercicio de la sexualidad de adolescentes mayores de doce, trece o catorce años de edad, como ocurre en España, Argentina y nuestro país, respectivamente.

2.6. El legislador deberá tener en cuenta que, a los efectos de determinar la pena debe respetar irrestrictamente los principios de razonabilidad, merecimiento y proporcionalidad, ya que es inconcebible un uso abusivo e irrazonable de la pena, ni en su determinación abstracta, ni en su merecimiento concreto, ni tampoco en cuanto a las formas de ejecución; la pena en su conjunto, siempre debe estar inspirada por la limitación del poder punitivo, por la real vigencia de la dignidad de la persona y por el hecho de que la pena no sea desmedida, es decir desproporcionada.

2.7. Proponemos modificar el tipo penal del artículo 173, manteniendo el criterio escalonado de dosificación de la penalidad, pero reconociendo la capacidad adquirida de los menores de catorce a dieciocho años de edad, para decidir acerca de su sexualidad, proponiendo el siguiente texto:

Art. 173º.- Violación sexual de menor de edad

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

1) Si la víctima tiene menos de seis años de edad, la pena será de cadena perpetua.

2) Si la víctima tiene entre seis y menos de doce años de edad, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

3) Si la víctima tiene entre doce y menos de catorce años, la pena será no menor de quince ni mayor de 25 años.

En el supuesto de menores entre seis y menos de doce años de edad, si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulsa a depositar en él su confianza, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta y cinco años.

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3), si el agente utiliza violencia o grave amenaza, el extremo máximo de la pena privativa de libertad será de treinta y cinco años.

## ANEXOS

### 1. Resoluciones judiciales y consultas

1.1. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Arequipa; Segunda Sala Penal, Expediente N° 2156-2006, Arequipa, 28 de mayo de 2007. Violación de menores; Procesado: Alan Richard Tome Guillén (21)

1.2. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 2716-2007; AREQUIPA. 07 noviembre 2007.

1.3. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social....CONSULTA N° 2224-2007 AREQUIPA. 20 noviembre de 2007.

1.4. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Tercera Sala Penal, Expediente N° 3530-2007, 14 de enero de 2008. Violación Sexual de Menores; Procesado: Miguel Angel Chávez Romero.

1.5. Auto de Sobreseimiento: Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria; Corte Superior de Justicia de la Libertad; Expediente N° 3312-2007. Violación sexual de menores; Procesado: Erick Segundo Mariño Arenas (21).



1.6. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 637-2008; AREQUIPA. 30 abril 2008.

2. Acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República

2.1. Corte Suprema de Justicia de la República; Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias: Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, ASUNTO: Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173°.3 CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena

2.2. Corte Suprema de Justicia de la República. IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial; ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116.

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

3. Proyectos legislativos referidos a la modificación de la Ley N° 28704

4. Informe favorable del Ministerio de la Mujer y desarrollo social

5. Informe favorable del Ministerio de Justicia

6. Informe favorable de la defensoría del pueblo

7. Informe de la Organización “Meza de Vigilancia Ciudadana por los Derechos Sexuales y Reproductivos”.

## CUERPO DE LOS ANEXOS

### 1.1. Resoluciones judiciales y consultas

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA SEGUNDA SALA PENAL

Exp. Nº 2156-2006

Arequipa, 28 de mayo de dos mil siete

VISTOS:

#### a) Identificación del proceso

El proceso se sigue en contra con Alan Richar Tome Guillén por delito de violación de la libertad sexual, ilícito previsto y penado en el artículo 173º inciso 3 del Código Penal, en agravio de la menor E.S.Z.Y.

#### b) Identificación de la persona procesada

En el presente proceso se juzga a don ALAN RICAR TOME GUILLÉN (folios 29, 243, 250), de nacionalidad peruana, con Documento Nacional de Identidad Nº 4491238, natural del distrito de Ponoy, Provincia del Cusco, y departamento del Cusco, nacido el 16 de agosto de 1985, hijo de don Samuel Tome Surco y de doña Fortunata Guillén Santa Cruz, de 21aós de edad, de estado civil conviviente, tiene una hija de diez meses, grado de instrucción cuarto año de

secundaria cursado en el Cusco, domiciliado en UPIS San Luís, Manzana F1, Lote 7e, del sismito de Alto Selva Alegre, provincia y departamento de Arequipa, de ocupación cobrador de combi, percibe diariamente entre dieciocho a veinte nuevos soles, no tiene propiedades inmuebles ni vehiculares a su nombre, de 1.68 m. de estatura y de 68 kilogramos de peso, no tiene antecedentes penales, consume licor socialmente, no consume drogas, no padece de enfermedades que le permita entender, razonar o comunicarse, no tiene señas particulares.

c) Delimitación de la imputación

El Ministerio Público atribuye al procesado, como aparece de la denuncia fiscal de folios 12 a 13 y de la acusación escrita de los folios 169 a 172:

Que el día, 1 de julio de 2006, a horas trece aproximadamente, en circunstancias en que el procesado Alan Tome, mediante engaños condujo a la menor agraviada a unas chacras ubicadas en el distrito de Alto Selva Alegre, lugar donde abusó sexualmente de la menor, siendo que había sostenido relaciones con la agraviada anteriormente el día 18 de junio de 2006 en un hotel, hechos que se realizaron en contra de la voluntad de la agraviada, por lo que la agraviada hizo saber de ello a sus padres, por lo que acudieron a la comisaría.

d) Petición de sanción y delimitación de la pretensión reparatoria.

El Ministerio Público ha solicitado en la acusación escrita de los folios 169 a 172, resumida en el juicio oral, treinta años de pena privativa de libertad como

sanción para el procesado, y se fije en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil, a favor de la agraviada E.S.Z.Y.

e) Argumentación de la defensa

e.1. El procesado don Alan Richard Tome Guillén, ha negado los cargos de violación sexual violenta, sosteniendo que en ningún momento utilizó violencia, amenaza o engaño en perjuicio de la menor de iniciales E.S.Z.Y.

e.2. Ha referido que la relación que tenía con la agraviada era de enamorados y que ella le dijo que tenía dieciséis años de edad, por lo que o sabía que tenía catorce años de edad.

e.3. Ha reconocido que mantuvo relaciones sexuales con la indicada menor en dos oportunidades, la primera el 18 de junio del año 2006 en el hotel "Géminis", habiendo ella contribuido al pago del alquiler de la habitación y, la segunda vez, el 1 de julio del año 2006, en unas chacras ubicadas por las inmediaciones de la variante de Uchumayo, donde concurrieron de modo voluntario.

e.4. Ha sostenido que la denuncia en contra se debe a que la familia de la menor se ha enterado que el acusado tiene otra pareja con quien ha tenido un hijo.

f) Desarrollo procesal

f.1. El proceso por delito de violación de la libertad sexual agravado por minoridad de la víctima, previsto y penado en el artículo 173º inciso 3 del Código Penal, lleva signado el número 2006-2156.

f.2. La acción penal fue promovida por el señor Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial en lo Penal (folios 12 a 13), la instrucción fue abierta en el Primer

Juzgado Especializado en lo Penal, con fecha 3 de julio de 2006 (folios 14 a 16).

f.3. Con fecha 6 de setiembre de 2006, se dispuso mediante Resolución N° 11 (folio 101) del Juzgado la corrección del auto que abre instrucción de folios 14 a 16, respecto al nombre de procesado como Alan Richar Tome Guillén.

f.4. Vencido el término instruccional y emitidos los informes finales correspondientes de al primera instancia (en los folios 150<sup>a</sup> 151 y en los folios 153 a 155), la causa fue puesta de manifiesto en el folio 156, siendo elevados os actuados a esta Superior Sala en el folio 163, el señor Fiscal Superior de la Segunda Fiscalía Suprior Penal emitió acusación escrita en los folios 169 a 172, dictándose el auto de enjuiciamiento en os folios 174 a 178.

f.5. Desarrollándose el juicio oral bajo la Presidencia del señor Vocal Superior don Jorge Luís Salas Arenas, quien además actuó como director de debates, e integrada además (la Sala) por los señores Vocales Superiores don Miguel Ricardo Castañeda Moya y don José Humberto Arce Villafuerte; como se aprecia de las actas correspondientes, se actuaron los medios probatorios obrantes, oyéndose la requisitoria oral del Ministerio Público, así como la defensa y a autodefensa del acusado, quedando los autos expeditos para emitir sentencia; y

CONSIDERANDO:

Primero: Leyes sustantivas aplicables

1.1. De acuerdo con los extremos delimitados por la denuncia y acusación fiscal, se imputa la comisión del delito de violación de la libertad sexual en agracio de mujer menor (entre catorce a dieciocho años de edad).

1.2. Actualmente, se encuentran vigentes las normas que modificó la Ley N° 28704 publicada el 5 de abril de 2006, en estricto, el artículo 173° inciso 3 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: Inciso tres: Si la víctima tiene entre catorce años de edad menos de dieciocho la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”.

En principio, la norma citada es la que correspondería de ser aplicada por el operador jurídico al momento de decir derecho.

Segundo: Análisis de la vigencia de la acción penal

El delito de violación de menor de edad ha sido conminado con pena de privación de libertad elevada (veinticinco a treinta años).

El artículo 78° del Código Penal señala como causa de extinción de la acción de prescripción, la cual opera por el transcurso del tiempo.

El artículo 83° del Código Penal en su último párrafo señala el plazo de prescripción extraordinaria, la que procede cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción (tiempo igual al máximo de la pena).

En aplicación del cuarto párrafo del artículo 80° del Código Penal, el término prescriptorio en la presente causa es veinte años, lapso (que) no (ha)

transcurrido, por lo que la acción penal se encuentra vigente, pudiéndose emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Tercero: Análisis del tratamiento normativo respecto a la libertad sexual de los adolescentes en la legislación penal comparada de la vertiente iberoamericana. De manera meramente referencial es pertinente recoger las experiencias normativas que sobre el particular se dan en algunos de los sistemas penales iberoamericanos, para constatar cómo es que han asumido el problema de la protección de la sexualidad de los adolescentes:

3.1. La construcción normativa del decreto penal español señala en el artículo 181º, que:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno de tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de tres años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trasfondo mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia tres o la cuatro, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180º de este Código.

En tanto que en el artículo 182º del Código Penal (español) se indica que:

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales y objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.
2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia tercera o la cuarta, de las previstas en el artículo 180º inciso 1 de este Código.

La norma española ha considerado que a partir de los trece años de edad una persona es capaz de disponer libremente de su sexualidad, otorgándole mayor amplitud del supuesto instituido por la Ley N° 28251, vigente hasta la promulgación de la Ley N° 28704.

3.2. En el Código Penal argentino, la norma del artículo 119º señala:

Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

- 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años.
- 2) Cuando la persona ofendida se hallara privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir.
- 3) Cuando se usare de fuerza o intimidación.

Mientras que el artículo 120º señala que:



Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números dos y tres del artículo anterior.

En la legislación argentina se considera que una persona mayor de doce años de edad es capaz de discernir sobre su sexualidad.

3.3. El Código Penal de Bolivia, señala por su parte en el artículo 308° que:

El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:

- 1) Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.
- 2) Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviera incapacitada por cualquier otra causa, para resistir.

Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

El artículo 309° refiere que:

El que mediante seducción o engaño tuviere acceso carnal con mujer honesta que hubiere llegado a la pubertad y fuera menor de diez y siete años, incurrirá en la pena de privación de libertad de dos a seis años.

El Código Penal boliviano se remite al concepto de “pubertad” que es más lato que establecer un cuantificado etéreo.

3.4. En la legislación penal chilena se establece en el artículo 363°:

Será castigado con reclusión menor en sus grados medio máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral.

3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual”.

Mientras que el artículo 366°, refiriéndose al abuso sexual indica que:

El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

1° Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361°.

2° Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363°, siempre que la víctima fuere menor de edad.

La edad de libre disposición de la sexualidad en consecuencia es los doce años en Chile.

3.5. En Colombia la legislación penal refiere:

“Artículo 208°: El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

El derecho colombiano, (tal) como se regulaba anteriormente en la norma penal peruana, estable la protección penal hasta los catorce años de edad y a partir de ella la persona puede disponer libremente de su sexualidad.

Cuarto: Bienes jurídicos involuntarios<sup>(1)</sup>

En principio el estado democrático de Derecho debe proteger bienes de orden jurídico relevantes para la sociedad a la que se dirige, no desprendiéndose de la realidad cotidiana del país, no proteger situaciones que no deben ser protegidas bajo sanción penal.

En los hechos bajo análisis de busca proteger la libertad sexual, más concretamente la indemnidad sexual de los menores, pero como se indico no debe extenderse innecesariamente la protección jurídico – penal.

La indemnidad sexual o intangibilidad sexual está orientada a salvaguardar el libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro, cuando goce de las condiciones necesarias, las mismas que no se dan coetáneamente cuando se es menor de edad de lo contrario constituirá una vulneración a la libertad sexual del adolescente, pues cuenta con las condiciones mínimas (físicas y psíquicas) para ejercerla, siendo de este modo importante el consentimiento válido (discernimiento, comprensión del acto, grado de experiencia, cultura, relaciones sociales que le rodea).

Si ha de existir un límite, como se ha generado (por decisión legislativa, coherente con los estándares internacionales sobre la materia) para el término de la indemnidad sexual, se debe tener en cuenta también los estándares internacionales, que han establecido también os parámetros para el inicio del ejercicio de las libertades y potestades de orden sexual en los catorce años de edad en promedio.

Quinto: Determinación de la parte agraviada en este proceso.

De lo actuado se puede determinar que la presente acción ha sido promovida en agravio de la menor de iniciales E.S.Z.Y. cuya partida de nacimiento obra en el folio 43, lo que nació el 13 de diciembre de 1991, habiendo contado en la

fecha de los hechos (del primer acto sexual) con catorce años cinco meses aproximadamente.

Sexto: Determinación del consentimiento en las relaciones sexuales.

6.1. Ha quedado confirmado por las partes durante el desarrollo del proceso que el acusado y la agraviada sostuvieron relaciones sexuales el 16 de junio (en un hotel denominado “Géminis”, ubicado por las inmediaciones de la Urbanización Guardia Civil en el distrito de José Luís Bustamante y Rivero) y el 1 de julio del año 2006 (en una chacra por las inmediaciones de la variante de Uchumayo del distrito de Sachaca), lo que no ha sido negado sino reconocido por el procesado tanto a nivel instruccional (folios 19 a 21) como durante el desarrollo del juicio oral.

6.2. Teniendo en cuenta que la doctrina más común señala que tratándose de relaciones sexuales con menores el consentimiento es irrelevante, el colegiado estima que no carece de trascendencia el establecer si medió violencia o hubo acuerdo entre las partes para realizarlas<sup>(2)</sup>, esto es, si la víctima mayor de catorce años, respecto de quien el acusado afirma redijo contar con dieciséis años, consistió sostener aquellas relaciones sexuales.

6.3. Durante la declaración ante la autoridad policial la agraviada señaló que “(...) estas relaciones sexuales yo no las quise tener, me negué pero él insistía e incluso le dije que podía quedar embarazada pero él me dijo que no iba a pasar y tuvimos relaciones sexuales, en ningún momento hubo violencia” (sic).

6.4. En su preventiva (folios 122 a 123) detalló la manera en que se realizaron los hechos, indicando que fue con el procesado al hotel, ingresando junto con él; que en aquel lugar el procesado la empezó a besar y a quitar el polo, que ella no quería, pero que él nuevamente la besó y se dejó llevar, sosteniendo relaciones; respecto al hecho ocurrido en las chacras por inmediaciones del distrito de Sachaca, indicó que se encontraba caminando y que luego fue conducida a una casa antigua donde el procesado "(...) la besó y le bajó el pantalón pese a que la declarante no quería, que el procesado le iba a introducir el pene pero como le hizo doler, la declarante lo empujó se subió el pantalón (...)" (sic).

6.5. Del contenido de los certificados médico legales de los folios 6 y 36, no se advierte que haya existido violencia física contra la agraviada.

6.6. El informe de evaluación psiquiátrica de los folios 60 a 61, de fecha 5 de julio de 2006, concluyó indicando que la agraviada presentaba reacción de adaptación con síntomas depresivos, disfunción familiar y constató violencia familiar, la menor no refiere haber sido sexualmente forzada.

6.7. Según la historia clínica de la adolescente agraviada (folios 56 a 73), dijo tener problemas en su casa y quien conversó con su papá, el que le llamó la atención por su comportamiento y que "(ella) quería morirse".

6.8. En la declaración testimonial de la señora madre de la menor, doña Damiana Yupanqui Ccarita en los debates orales, sostuvo que la menor le explicó que la primera relación sexual que se produjo una vez que ingresaron al hotel y a la habitación, que fue bajo amenaza, quedando en el ámbito de la incógnita la razón por la que la menor ingresó hasta la habitación y lo propio, en el caso de haber sido forzada sexualmente, el motivo por el cual ella concertó con el acusado el encontrarse unos días después para ir a un lugar alejado, en unas chacras, cuando lo aconsejable y prudente era denunciar el hecho y, en todo caso, ponerse a salvo de quien dice la agredió sexualmente.

6.9. No se ha constatado presencia de violencia física o amenaza para que las relaciones sexuales se produjeran, es más, a partir de la versión sobre la primera, el acusado la convenció de que no quedaría embarazada y por ello la agraviada las aceptó, en tanto que, a partir de la versión de la víctima sobre la segunda, en que concurrió a una casa abandonada en un predio rústico, el dolor vaginal que le causó el intento de penetración generó el rechazo de la agraviada, por lo que se puede concluir que medió en ambas la aquiescencia de ella, sin violencia física o amenaza.

6.10. Ese conjunto de datos, sumando al sentido de los certificados médicos y la evaluación psiquiátrica, indican que la adolescente estoico de acuerdo en iniciar su vida sexual con el acusado.

6.11. Corresponde determinar jurídicamente, teniendo en cuenta la supremacía constitucional (super legalilé constitutionelle), si aquella aquiescencia prestada

por mujer mayor de catorce años de edad se encuentra dentro del marco de la libertad de las los y os adolescentes para disponer de su sexualidad y si, por tanto, aquella libertad tiene o no sustento constitucional.<sup>(3)</sup>

6.12. Es pertinente dejar sentado que la evaluación jurídica subsiguiente no está dirigida a cuestionar de modo alguno la escala moral de la adolescente y juzgar su conducta (mucho menos juzgar negativamente), sino únicamente a determinar su obro o no en ejercicio regular de una potestad que le reconocen las normas legales nacionales y/o los pactos y decisiones internacionales sobre la materia.

6.13. A partir de aquellas determinaciones corresponderá a su vez definir si el acusado perpetró delito (por ser la edad de la víctima elemento constitutivo del tipo objetivo en el artículo 173º inciso 3 del Código Penal) o si la conducta carece de connotación criminal, aunque pudiera o no tenerla en otras esferas del Decreto peruano.

Séptimo: Sobre el error de tipo vencible de invencible o error de prohibición evitable o inevitable.

La defensa del acusado en sus alegatos finales ha sido clara respecto a la propuesta de la clase por error que considera configura la conducta de su patrocinado, así se refiere tanto a un error de tipo como a un error de prohibición.



Ambas instituciones del Derecho penal poseen diferente connotación, el primero recae sobre los elementos del tipo objetivo, pudiendo ser vencible (en diferente caso, la conducta sería sancionada como culposa de encontrarse previstas) o invencible (en este supuesto se elimina la tipicidad, por lo que cabría que se declare una excepción de naturaleza de acción).

El error respecto de la edad, por ejemplo, tendremos aquella connotación, pero de carácter vencible.

Por otro lado, el error de prohibición recae en la culpabilidad, pudiendo igualmente ser vencible o ser invencible, en el primer caso se elimina la responsabilidad en el segundo esta se atenúa.

Podría corresponder, no obstante tener por configurado un error de prohibición por confusión en el agente respecto del alcance de la prohibición penal, pero dado el sentido de la presente decisión de fondo (es que se estima otro motivo de atipicidad, fundado en la libertad de la adolescente), no corresponde pronunciarse sobre si aquel conocimiento distorsionador es o no insuperable.

No aparece en los hechos que se haya producido un error de tipo puesto que la agraviada le indicó que tenía dieciséis años (de edad), siendo la edad establecida en el tipo legal de dieciocho años, lo que no resulta un tema relevante, generador de efectos no de eliminación de dolo, no es (un caso de) exclusión de atipicidad.

Respecto al error de prohibición, cuyo sustento es el no conocer la norma prohibitiva, se tiene que el procesado vive en la ciudad de Arequipa, no se encuentra aislado y su edad lo hacen normativamente asequible.

Octavo: Respecto de la constitucionalidad del subtipo penal del artículo 173° inciso 3 del Código Penal (norma sustantiva)

#### 8.1. Sustento normativo básico

8.1.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, así como el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

8.1.2. El artículo 2° de la Constitución Política del Estado, señala que toda persona tiene derechos fundamentales:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

8.1.3. El artículo 27° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y

medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

8.1.4. El artículo 16º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que:

1. 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.
2. solo mediante y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

8.1.6. El artículo 23º del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos establece que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

8.1.7. El artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley.

8.1.8. El artículo 2º inciso 24 párrafo d) de la Constitución Política del Perú señala que nadie será procesado ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

8.1.9. El segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución Política del estado, establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

8.1.10. Los artículos 2º inciso dos, inciso veinticuatro acápite e) y 139º incisos 2, 3 y 10 de la Constitución Política del Estado, que contempla los principios constitucionales tales como igualdad ante la ley principio de necesidad de la pena, principio de lesividad e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

8.1.11. El artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que de conformidad con el artículo 236º de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; asimismo, establece que la sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

8.1.12. La ejecutoria del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1679-2005-PA/TC, señala que para declarar la inaplicabilidad de una ley el órgano jurisdiccional debe actuar; a) en el seno de un caso judicial, b) que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida a l juez, c) acredite que su aplicación lo haya causado causarle un agravio directo, y d) que no puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.

8.2. Análisis respecto a las variables componentes de la inconstitucionalidad del artículo 173° inciso 3 del Código Penal peruano (las razones jurídicas de la inconstitucionalidad).

Son tres los aspectos (las variables) de interés constitucional abordados: el derecho al libre desarrollo, el derecho a la libertad y el derecho a ser procesado penalmente por ley expresa e inequívoca (principio de legalidad penal).

8.2.1. Respecto al derecho al libre desarrollo (artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú)

8.2.1.1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en la Carta Magna del estado, como el derecho de toda persona a conseguir mediante acciones personales que se encuentren dentro de la ley, el desarrollo integro de su personalidad.

8.2.1.2. El Tribunal Constitucional peruano ha sentado en el Expediente N° 2668-2004-AA/TC que “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad

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

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

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

Prosigue señalando que: “Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el de libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad ilimitada de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así suceden por

ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines ilícitos, a trabajar libremente, etc.”.

8.2.1.3. Es por ello que el derecho constitucional al libre desarrollo (es) 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 se enmarca dentro de las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona. En este sentido, cualquier norma legal que intente regular el orden social debe respetar en estricto sentido los mandatos de orden constitucional.

8.2.1.4. La reserva de 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. No basta una ley para la restricción de los derechos fundamentales, sino que esta cumpla con ser adecuada con las expectativas de progreso de la sociedad.

8.2.1.5. En este sentido, el Tribunal Constitucional señalado que “(...) el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un límite implícito (del Poder Legislativo) derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional y otra, y distinta, suprimido. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio, de ahí que el Tribunal Constitucional haya sido

enfático en señalar que “(...) no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, caso suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”<sup>(4)</sup>

8.2.1.6. Por ello no es suficiente que el legislador, ya sean en materia penal o de otra índole, cumpla con los requisitos legales formales de la ley para la restricción de derechos, sino como señala el Tribunal Constitucional el legislador se encuentra “obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la persona. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitada de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en si mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.<sup>(5)</sup>

8.2.1.7. Concluyendo, toda norma que restringe derechos, como es el caso de la Ley N° 28704, publicada el 5 de abril de 2006, que modificó el artículo 173° del Código Penal, no puede aplicarse para los supuestos de hecho en que



existen potestades constitucionales a las libertades, porque sino se vulneraría preceptos constitucionales.

8.2.1.8. Los derechos reproductivos y los derechos sexuales de la humanidad constituyen una gama amplia de potestades derivadas precisamente de la condición humana, cuyos pormenores no son objetos de la presente resolución, bastando señalar (sin que implique necesariamente hallarse de acuerdo el colegiado con su contenido) que una de las clasificaciones los estima del modo siguiente:

Los derechos reproductivos comprenden, sin que la enumeración sea limitativa<sup>(6)</sup>; derecho de las personas para controlar y decidir sobre su propio cuerpo; derecho a recibir servicios de salud de calidad donde no exista discriminación en relación con la edad, sexo, orientación sexual, estado civil, etc.; derecho a recibir información sobre métodos de planificación familiar seguros, tener acceso a ellos y poder elegirlos libremente sin ningún tipo de coacción; derecho a recibir tratamiento en caso de infertilidad; y derecho a la atención durante el embarazo, el parto y después de un aborto, entre otros.

En cuanto a los derechos sexuales (tenemos): derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear, derecho a la libre elección de prácticas sexuales; derecho a formar o no una familia y a elegir libremente la estructura de esta, derecho a vivir una vida libre de violencia sexual; libremente para decidir tener relaciones sexuales o no, el momento y la pareja; derecho a que se respete en la intimidad; derecho a la libre expresión de su orientación sexual, así como la regulación de las distintas situaciones que de desprenden de su ejercicio cotidiano, y derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros.

8.2.1.9. El libre desarrollo de la personalidad de la agraviada se halla resguardado por aquellos marcos normativos y jurisprudenciales.

8.2.2. Análisis sobre el derecho a la libertad (artículo 2º inciso 24 acápite a) de la Constitución Política del Perú).

8.2.2.1. La libertad es la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita; es decir, es la prerrogativa que tiene la persona de realizar, sin obstáculos, sus actividades en el mundo de las relaciones. En mayor rigor, es el principio rector de la historia de la humanidad, que nos puede llevar a alcanzar el bien común y la justicia social. La libertad no constituye un derecho sino un valor personal y social (al igual que la justicia, la honradez y la verdad) que está vinculado a la confianza y al orden público. Un sistema democrático, un legítimo Estado de Derecho, está sustentado en la libertad y en la igualdad de los derechos de sus ciudadanos<sup>(7)</sup>

8.2.2.2. En consecuencia, es el derecho a la libertad y a obrar de la manera en que uno desee, dentro de los marcos establecidos por la sociedad, un derecho esencial de la persona, que debe ser respetado por el Estado.

8.2.2.3. Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que uno crea conveniente, y poder disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, así también tiene el derecho de disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre con la capacidad física y psicológica para hacerlo; en este sentido, la ley debe ir de manera paralela con la realidad social y no establecer marcos normativos inadecuados con la misma.

8.2.2.4. Corresponde al Estado (a sus organismos pertinentes) y ala familia desplegar los esfuerzos y adoptar las medidas para la debida formación integral de los niños, y desde luego, en cuanto al ámbito sexual, informando y

orientando oportuna y debidamente para preparar a tiempo a los que serán adolescentes para el desempeño racional de sus potestades sexuales<sup>(8)</sup>

8.2.2.5. Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad, debido a ello, ha de ser libre para decidir el momento y la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual.

8.2.2.6. El derecho a la libertad tiene sustancia constitucional y puede ser usado de manera negativa o positiva; en el tema bajo análisis, para negarse la interesada a la relación sexual o para consentir en la misma.

8.2.2.7. No debe por tanto vulnerarse su derecho, en aquella edad del desarrollo, a decidir libremente sobre temas que guardan relación estricta con un ámbito de su desarrollo en sociedad.

8.2.3 Análisis sobre el derecho a ser procesado por cargos que emanen de ley y escrita la inequívoca – principio de legalidad penal – (al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes) (artículo 2º, inciso 24 acápite d) de la Constitución Política del Perú).

8.2.3.1. El reconocimiento de la antijuridicidad en una conducta presupone, según Zaffaroni<sup>(9)</sup>, considerar al orden jurídico como un todo unitario para cuya totalidad la conducta es ilícita, porque no se puede dar lugar al “escándalo jurídico” de afirmar y negar algo al mismo tiempo y, por ello, “una conducta ilícita en un ámbito del derecho, no puede ser ilícita en otro”, salvo que se trate de comportamientos diferentes.

Ello obliga a la razonable búsqueda de la coherencia normativa en el conjunto del acervo legislativo, dado que no resulta jurídicamente aceptable que unas

normas permitan lo que otras prohíban, mucho menos bajo aflicciones de privación de libertad.

8.2.3.2. El Código Penal peruano, desde el 5 de abril de 2006 (fecha de publicación de la Ley N° 28704), que modificó el parámetro típico precedente, bajo el cual se reconocía el derecho a la libertad sexual de las personas de catorce años de edad – incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante-), bajo sanciones penales diversas, pero (que) el Código Civil permite (a través) (d) el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años en adelante bajo ciertas reglas, de modo tal que la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con al prohibición penal y genera, cuando menos a su vez una excepción de punición, por cuanto de no entenderse así el matrimonio de adolescentes de catorce años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y del Alcalde o el Funcionamiento Municipal celebrante del acto, o en su defecto implicaría la generación de una matrimonio exento de las potestades y deberes de lecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoría, hipótesis que nos e ha previsto en la ley.

8.2.3.3. El artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (que el Perú suscribió y por tanto es observable y exigible), como se ha señalado anteriormente, concede a hombres y mujeres en edad núbil el derecho a casarse y fundar una familia.

Por edad núbil se puede entender sola, ente la edad legal para el matrimonio (del connubio), pero, en sentido lato, desde una perspectiva biológica – fisiológica, lo es la edad de la pubertad, asociada en el caso de la mujer a la menarquia que, como proceso complejo, se presenta aparejada de una carga

importante de cambios hormonales que influyen en las esferas psíquicas y social de su desempeño personal ante el surgimiento de nuevas características dirigidas a la reproducción aunque no se tenga la perspectiva de engendrar, por lo que resulta aconsejable que la legislar sobre derechos sexuales de las púberes se acuda a las investigaciones académicas sobre el particular<sup>(10)</sup>

8.2.3.4. Si el matrimonio es una célula fundamental de la familia y si el niño recién nacido tiene derechos a pertenecer a una familia, como consecuencia de las indicadas prerrogativas constitucionales, es válido concluir que cuando menos las personas de dieciséis años en adelante, pueden sostener relaciones sexuales y engendrar estando casadas, sin que les afecte el alcance del artículo 173° del Código Penal ni a ellas ni a sus cónyuges aunque sean estos mayores de dieciocho años de edad.

8.2.3.5. A ello se suma que al no haber sido expresamente derogado el artículo 175° del Código Penal<sup>(11)</sup>, que sanciona bajo el epígrafe de seducción las relaciones sexuales sostenidas bajo engaño en perjuicio de las personas de catorce a dieciocho años de edad, resulta paradójico que el sujeto activo que engañe a un menor que tenga de catorce a dieciocho años de edad para sostener relaciones sexuales deba ser sancionado con pena de tres a cinco años de privación de la libertad, en tanto que el sujeto activo que sostenga relaciones sexuales consentidas con un menor que se halle en idénticos parámetros de edad, deba padecer privación de libertad de veinticinco a treinta años.

8.2.3.6. No ha de perderse de vista que según el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, evento realizado en El Cairo, en septiembre de 1994 (en que el Perú estuvo representado), se resalta en el

principio 11 el deber de los Estados y la comunidad de prevenir los abusos contra los menores, en especial los de carácter sexual, en tanto que en el apartado 6.10 se destaca el deber de los Estados de proteger a los niños y jóvenes contra todo tipo de explotación, y en el apartado 6.15 se precisa que los jóvenes tienen derecho a información sexual para evitar los embarazos precoces, lo que implica, según estimación del ponente de esta decisión judicial, que los Estados representados en aquel evento internacional consideraron, en beneficio de los adolescentes, un ámbito de libre determinación información para el embarazo temprano (sea el originado por relaciones sexuales o – de modo más complejo- bajo técnicas de reproducción asistida), de diferente tratamiento al del abuso sexual contra menores, generador o no de embarazo, todo ello de conformidad con los compromisos contraídos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>(12)</sup>.

A partir del indicado Informe sobre la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se puede colegir que no están satisfechas las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios dirigidos que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable; la salud reproductiva está en muchos casos en el mundo, fuera del alcance de muchas personas a causa del conocimiento insuficiente sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva, hallándose los adolescentes dentro de los más vulnerables<sup>(13)</sup>.

Queda, por tanto, la interrogante si es legítimo, desde la expectativa jurídico-constitucional el método de negar la libertad sexual de los adolescentes de catorce años a más para enfrentar el problema de la indicada vulnerabilidad, puesto que el artículo 170° del Código Penal protege ya a todos respecto de la violación sexual bajo violencia o amenaza, aunque nada impide que se califique especialmente la violencia o la amenaza como medios comisitos cuando se trata de víctimas de catorce a dieciocho años de edad por los efectos especialmente nocivos del abuso sexual en el proyecto de vida.

Ergo, es válido concluir que el Estado peruano no tienen claro ni definido de modo incontrovertible si un sector de los adolescentes (entendiéndose por tales cuando menos a los que van de los catorce años en adelante) están o no necesaria y/o absolutamente excluidos de los denominados derechos sexuales y reproductivo que se hallan reconocidos y declarados como derechos de la humanidad.

Si el Estado (Parlamento y Poder Ejecutivo) no tiene al respecto una posición firme y unicota, no es legítimo que se exija a la ciudadanía que se motiven en las prohibiciones penales que no son claras (y no lo son para los adolescentes – que podrían incurrir en infracciones penales en aplicación del Código de las Niñas, los Niños, las y los adolescentes – como para los adultos relativa o plenamente responsable – que sostengan relaciones sexuales con personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad).

Es de resaltar que mientras se constata ausencia de coherencia en cuanto a la prohibición en el Perú (bajo sanciones penales) de la libertad sexual de los adolescentes mayores de catorce años, en contrario, está suficientemente claro que toda libertad debe ser ejercida por las personas con la información adecuada.

8.2.3.8. La Ley penal no solo debe ser escrita y previa (expresa), sino también estricta (inequívoca) para que se cumpla el principio constitucional de legalidad (que surge de interpretar en contrario el apotegma “nullum crimen sine lege praevia”) y que se halla positivizado en el artículo 2º inciso 24 párrafo d) de la Constitución Política vigente que exige tanto el carácter expreso como el carácter inequívoco (de la ley), estándares que deben concurrir simultáneamente.

8.2.3.9. Si los supuestos de la ley penal en el inciso 3 del artículo 173º del Código Penal, siendo expresos son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal.

#### 8.2.4. Conclusión de inconstitucionalidad

8.2.4.1. Nuestro ordenamiento normativo es un sistema estructurado que debe ser aplicado por el operador judicial de forma ordenada, teniendo en cuenta los criterios de temporalidad y especialidad que lo rigen.

8.2.4.2. El estado democrático de Derecho tiene la potestad y el deber de perseguir el delito y lograr su sanción, dentro de los marcos de la legalidad<sup>(14)</sup>.

8.2.4.3. El colegiado realiza el control de constitucionalidad en un caso judicial, siendo relevante determinar la validez de la norma a aplicar para resolver la presente controversia judicial, de modo tal que de aplicarse la norma generará



privación de libertad innecesaria en perjuicio del acusado, no habiéndose emitido Ejecutoria del Tribunal Constitucional sobre el particular, ni pronunciamiento de convalidación por Tribunal Internacional de Justicia en materia de Derechos Humanos al que el Estado peruano se halle sometido competencialmente.

8.2.4.4. Constatado en el curso del procedimiento criminal, la afectación de los principios constitucionales del derecho al libre desarrollo (artículo 2º inciso 1 de la Constitución), del derecho a la libertad (artículo 2º inciso 2 apartado a de la Constitución) y de legalidad penal (artículo 2º inciso 24 apartado d de la Constitución) en el contenido del dispositivo normativo referido y toda vez que los fallos judiciales deben sostenerse e marcos legales adecuados (artículo 139º inciso 5 de la Constitución), corresponde a la judicatura, en cumplimiento del deber igualmente constitucional recontrol difuso, el declarar su inaplicación cuando menos para este concreto caso (artículo 138º de la Constitución).

8.2.4.5. La colisión constitucional de clarada en la presente debe elevarse en consulta, conforme lo establece el artículo 14º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia para el análisis correspondiente, elevación en consulta que corresponde dado el carácter de la decisión y en su caso la ausencia de impugnación que origine la revisión.

Noveno: Consecuencia de la inaplicabilidad

9.1. Como efecto de la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal en que se sostienen la acusación, la conducta del acusado

devienen en atípica, en cuyo caso no corresponde una absolución, dado que las previsiones en tal sentido establecidas en el artículo 284° del Código Penal se concretan a supuestos hipotéticos distintos.

9.2. La situación generada encuentra de las previsiones del artículo 5° del Código de Procedimientos Penales, habiéndose configurado un caso que no reviste connotación de naturaleza penal.

9.3. El efecto final ha de ser el archivamiento definitivo de la causa y la anulación de los antecedentes generados por el procesamiento penal (artículo 221° del Código de Procedimientos Penales).

9.4. Esta determinación en el ámbito penal no impide las acciones civiles de resarcimiento que la víctima o sus representantes legales pretendan contra el hoy acusado en la vía idónea.

Por todo ello:

En el ejercicio del criterio de conciencia que la ley ha previsto y administrado justicia a nombre del pueblo, de quien proviene la indicada facultad constitucional, los integrantes del colegiado de la Segunda Sala Especializa en lo Penal de Arequipa.

Fallamos por mayoría:

a) DECLARANDO INAPLICABLE por colisión con los artículo 2° inciso 1, 2° inciso 24 apartado a) y 2° inciso 24 apartado d) de la Constitución Política del estado, el artículo 173° inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704.

b) DECLARANDO fundada, de oficio, la excepción de naturaleza de acción en el proceso seguido en contra de don Richar Tome Guillén, por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor E.S.Z.Y.

c) DISPONIENDO el archivo definitivo del proceso y la anulación de los antecedentes penales generados por el mismo.

d) DISPONIENDO que en el caso de no ser impugnada la presente, se eleve a la sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la república, para los efectos legales pertinentes.

e) DEJANDO a salvo el derecho de la parte agraviada a reclamarlo pertinente en la vía idónea.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos en audiencia pública de la fecha en la Sala de Audiencias de la Segunda Sala Especializada en lo Penal de Arequipa.

S.S. SALAS ARENAS, ARCE VILLAFUERTE.

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR CASTAÑEDA MOYA TIENE EL SENTIDO SIGUIENTE:

Parte considerativa:

Primera.- Error de prohibición invencible

1.1. Está acreditado, del juicio oral, que no hubo violencia en el acto sexual; es más, hubo aceptación de la menor agraviada en sostener relaciones sexuales con el acusado, ello, dentro de una relación sentimental de enamoramiento.

1.2. El acusado refiere haber estudiado solo hasta cuarto de secundaria y que se desempeña como cobrador de combi (fojas veintinueve, doscientos cuarenta y tres y doscientos cincuenta).

1.3. Es evidente y notorio, en nuestra sociedad, que los adolescentes y jóvenes viven expuestos a una información sobre la sexualidad muy acentuada donde su ejercicio temprano, de la mano, con situaciones sentimentales, se presenta como un estándar normal de comportamiento.

1.4. La existencia de normativa penal incongruente, en relación al consentimiento, en caso de delitos de violación de la libertad sexual de menor de edad, donde por una parte se plantea la imposibilidad de dicho consentimiento hasta los dieciocho años (artículo 173° del Código Penal modificado por Ley N° 28704) y por otra se acepta su posibilidad a partir de los catorce años hasta menos de dieciocho años (artículo 175° del Código Penal modificado por ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno). A lo que se agrega, la viabilidad legal del matrimonio de menores de dieciséis años permitido por la legislación civil (artículo 241°; literal 1 del Código Civil); configura, todo ello y una realidad normativa que impide de por sí un conocimiento indubitable de la libertad sexual.

Citas bibliográficas:

(1) Entendiendo los bienes jurídicos como relaciones sociales concretas de carácter sintético, protegidas por la norma penal, que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno”, así HORMAZABAN MALARRÉ, Hernán, Bien jurídico y

estado social u democrático de derecho. Colección Sello de Oro de las Ciencias Pemales, Ideosa. Lima, 2005, p. 100.

(2) No debe el derecho penal reaccionar de modo similar cuando se produce un acto de imposición basado en al fuerza, que cuando hay acuerdo o aquiescencia del agraviado.

(3) No existen elementos en el proceso que permitan concluir que la agraviada se halla en incapacidad para expresar sentimientos por motivos biológicos, emocionales, psicológicos o culturales.

(4) Sentencia N° 2868-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional.

(5) Sentencia N° 2868-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional.

(6) Según DADOR TOZZINI, Jennie, en [http:// www.unfpa.org.pe](http://www.unfpa.org.pe). Consulta efectuada el 25 de mayo de 2007

(7) Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Libertad personal”, en La Constitución comentada, Gaceta Jurídica, Lima 2006. T.I. pp. 226 y 227.

(8) El ponente estima que la medida de prohibir de manera cerrada las relaciones sexuales de los adolescentes, sancionar penalmente las mismas de modo absoluto no solo no resuelve los problemas de ausencia de orientación, sino que genera otros problemas adicionales y finalmente encubre la carencia de atención de estas áreas.

(9) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Manual de derecho penal Parte general. ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 459 y 460.

(10) GILBERT, Eva, “¿Solamente reproducirse? La edad núbil”, extraído de <http://www.unfpa.org.pe>, página consultada el 25 de mayo de 2007.

(11) La disposición del artículo 4º de la Ley N° 28704 efectúa una declaración de derogación y/o modificación genérica de las disposiciones que se opongan a la indicada ley, derogación que no alcanza al artículo 175º del Código Penal, que sigue apareciendo en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), a cargo del Ministerio de Justicia, como disposición vigente con el texto siguiente:

\* Artículo 175º.- Seducción.

El que, mediante engaño, practica el acto sexual u otro análogo, con una persona de catorce años y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de treinta o setenta y ocho jornadas” (1) (2)

(1) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el artículo 1º de la Ley N° 26357, publicado el 28-09-94.

(2) Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio de 2004, cuyo texto es el siguiente: Artículo 175º.- Seducción.

“El que mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, a anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

(12) Cfr. <http://unfpa.org>.

(13) Cfr. <http://unfpa.org>.

(14) El principio de legalidad va más de la constatación de la existencia de una previsión legislativa; si aquella no es legítimamente dictada (órgano competente) o (lo es) contraviniendo otra de rango superior debe ser legalmente fulminada.

1.2. Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 2716-2007; AREQUIPA. 07 noviembre 2007.

Lima, quince de Noviembre

Del dos mil siete.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la resolución dictada en estos autos por la Segunda Sala Penal de la Corte de Justicia de Arequipa ha sido elevada en consulta a esta Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al haberse dejado de aplicar la Ley 28704 en el extremo que modifica el artículo 173 del Código Penal que incluye en su acápite 3 como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre catorce años de edad y menos de dieciocho, sin afectar su vigencia; en consecuencia, declara no ha lugar a abrir instrucción en contra de don José Félix Álvarez, por el delito de violación de la libertad sexual, previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales L.H.R.

SEGUNDO: Que, según el artículo 138 de la Constitución Política del Estado en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y

una norma legal, los jueces prefieren la primera e igualmente deben preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, asimismo, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley resolverán la causa con arreglo a la primera.

TERCERO: Que, en el presente caso, con la denuncia fiscal obrante a fojas siete, se acusa a don José Félix Álvarez por el delito de Violación de la Libertad Sexual, previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal modificado por Ley 28704 en agravio de la menor L.H.R. básicamente se acusa al denunciado quien cuenta con veintiséis años de edad haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada de catorce años.

CUARTO: Que, el tema a que el presente caso se contrae, debido a la complejidad de su contenido, la naturaleza del proceso que se ventila y por la serie de derechos que se encuentran en discusión, obliga a este Supremo Colegiado a efectuar un análisis integral a los efectos de encontrar una solución razonable, actual y en justicia conforme a la trascendencia de la materia consultada.

QUINTO: Que, en principio es preciso tener en cuenta el marco legislativo sobre el cual gira el denominado delito de violación de menores de edad comprendidos entre catorce y dieciocho años de edad. Al respecto el artículo 170 del Código Penal que define el tipo base de los delitos contra la libertad y



violación sexual prevé que aquel que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes

del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años, coherente con lo anterior al texto original del artículo 173 del Código Penal establecía que el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1.- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de quince años, 2.- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de ocho años, 3.- Si la víctima tiene de diez años o menos de catorce, la pena será no menor de cinco años; y si el menor era un discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge, o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años; en este mismo sentido el texto original del artículo 175 de Código Penal previno que quien mediante engaño, practique el acto sexual con una persona de catorce años y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas.

SEXTO: Que, lo establecido en el artículo 173 del Código Penal ha sido objeto de sucesivas modificaciones legislativas, por Ley 26293, Decreto Legislativo 896, Ley 27472, Ley 27507 y Ley 28251 respectivamente, normas a través de las cuales básicamente se modificó el quantum de la pena a imponerse en este tipo de delitos, teniéndose en cuenta la edad de la menor de catorce años de

edad, llegándose a establecer inclusive que si la víctima tenía menos de siete años, la pena a imponerse sería de cadena perpetua; además, la última ley modificatoria 28251 introduce una nueva definición del delito de violación de menores de catorce años; estableciéndola como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a actos análogos a la introducción de objetos o partes del cuerpo; empero, las sucesivas modificaciones legislativas, el Código Penal mantiene la definición de los delitos de violación de menores de catorce años y seducción o estupro, contemplado en el artículo 175 del Código Penal.

SEPTIMO: Que, el cinco de abril del dos mil seis se publicó en el diario Oficial El Peruano la Ley 28704, norma que modifica el tipo penal de Violación Sexual de Menor de edad de catorce años, ampliando su ámbito de protección a las personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad. De acuerdo a esta norma, actualmente toda relación sexual con una persona menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no, aplicándose una pena privativa de libertad entre veinticinco y treinta años.

OCTAVO: Que, el tema aquí en análisis ciertamente gira en torno al fenómeno de la violencia sexual que exige, si bien la toma de medidas necesarias y disuasivas para que esta clase de delitos desaparezca o por lo menos aminore en nuestra sociedad, no obstante, ellos no puede servir como alegato para sobrepenalizar las relaciones sexuales de los adolescentes en desmedro de los que se ha dado en llamar la “libertad sexual de los adolescentes” a efecto de

elevant la edad mínima para el consentimiento sexual a la mayoría de edad, esto es, dieciocho años de edad, como en efecto se ha efectivizado mediante la reciente legislación.

NOVENO: Que, la norma en comento tal como esta redactada, criminaliza todas estas relaciones sexuales, así, si es que ambas personas son adolescentes estos se convertirán en “infractores”, lo que supone que se verán involucrados en un proceso judicial ante un Juzgado de Familia; en ese entendido, si nos encontramos ante una pareja conformada por una persona de diecisiete y otra de veinte, la última será sometida a un proceso judicial penal, cuyo objetivo será sancionarla por lo menos a veinticinco años de cárcel.

DECIMO: Refiere Tavera – Orozco (Tavera Orozco, Luis. Contribución de las adolescentes a la muerte materna en el Perú. Encontrado en la pagina web: <http://sisib.unmsm.edu.pe/rvrrevistas/ginecologia/vol30n2/a06.htm>.2007) que una sociedad con patrones culturales tradicionales, como la nuestra, ni la familia, ni la escuela, ni en general la sociedad acepta fácilmente la idea de la sexualidad en la adolescencia. Por ello no se educa a los adolescentes sobre la vida familiar o sexual pues solamente se les brinda una educación insuficiente y sin relación con sus necesidades reales en el que las adolescentes raramente acceden a los servicios de salud reproductiva y anticoncepción.

DECIMO PRIMERO: Que, añade dicho autor citando a la encuesta Demográfica y de Salud Familiar dos mil (ENDES dos mil), que la edad mediana a la primera relación sexual de las mujeres de veinte a cuarenta y

nueve años es a los diecinueve años. Debe considerarse de esta la misma fuente que las mujeres sin educación o con instrucción primaria, este indicador ocurre a los diecisiete años. De otro lado, en lo que aquí refiere, agrega el citado autor, existen estudios que señalan que le inicio de la vida sexual es de los trece a los catorce años en varones y a los quince años en mujeres.

DECIMO SEGUNDO: Que, es menester precisar que el problema de la violencia sexual contra menores en nuestro país deviene en causa y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso, y que más bien se encuentran vinculadas a la salud, educación, situación de inseguridad y pobreza de la población no basta entonces con la emisión de una norma que finalmente termine desconociendo precisamente a quienes pretende proteger.

DECIMO TERCERO: Que, en tal sentido, la determinación del inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una Ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficientes para decidir sobre su sexualidad, antes bien corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo a con su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en que momento estará lista o ha adquirido la madurez necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en ese sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad.

DECIMO CUARTO: Que, al respecto, según datos proporcionados por UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Datos encontrados en la pagina web de la UNICEF: [www.unicef.org/voy/spanish](http://www.unicef.org/voy/spanish)) la edad mínima de libre consentimiento, es decir, la edad en la que se puede decidir tener relaciones sexuales con una persona, varía bastante en todo el mundo, así por ejemplo, refiere dicho organismo que en algunas partes de los Estados Unidos, o en Egipto, y ahora en el Perú, la edad es de dieciocho años; en Irlanda del Norte, diecisiete; en Namibia, dieciséis; en Suecia, quince; en Canadá, catorce; en Corea, trece; y en México, doce. en tal sentido, si bien no existe un consenso sobre la edad de libre consentimiento, existe una preocupación de la Convención sobre los Derechos del Niño por que se proteja a los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual.

DECIMO QUINTO: Que, otro alcance estadístico respecto a la edad del comienzo del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho comparado latinoamericano, nos lo proporciona el penalista nacional Castillo Alva (Castillo Alva, José Luís, “La muerte de la sexualidad en los adolescentes”. En Revista Actualidad Jurídica N° 149. Lima Perú 2006); así por ejemplo: Brasil/catorce años, Puerto Rico/catorce años, Paraguay/ catorce años, Colombia/ catorce años, Ecuador/ catorce años, El Salvador/ catorce años, Argentina/ trece años, España/ trece años, Costa Rica/ doce años, Cuba/ doce años, Honduras/ doce años, Guatemala/ doce años, Chile/ doce años, México/ doce años y Venezuela/ doce años.

DECIMO SEXTO: Que, es de anotar en cuanto a este último dato, que dentro de la legislación internacional sobre despenalización de las relaciones sexuales consentidas, la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio para que una persona esté en capacidad – dada su madurez biológica y psicológica – para decidir voluntariamente si tiene o no relaciones sexuales es doce años.

DECIMO SEPTIMO: Que, un estudio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos sostiene, citando a la Escuela Demográfica Nacional (ENDES 2004 – 2005- Castillo Alva, José Luís. “La muerte de la sexualidad en los adolescentes” En la Revista Actualidad Jurídica N° 149. Lima Perú. 2006), que la edad del inicio sexual reportado en el país ocurre en promedio a los dieciséis punto ocho años en los hombres ya los dieciocho punto dos años en las mujeres. No obstante, existen grandes variaciones entre regiones y niveles educativos siendo el inicio sexual más temprano en las regiones de la amazonía y la sierra tal como lo reportan estudios de investigaciones realizados en el Perú. Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en tres ciudades del país (Lima, Huancayo e Iquitos) reporta que el inicio sexual en mujeres adolescentes sucede en promedio a los dieciséis años mientras que en el grupo de varones a los quince punto cinco años. Se sabe también por este estudio que existe un estrecho vínculo entre el acceso a educación sexual oportuna y la postergación del inicio sexual lo cual se evidencia en el dato que

señala que el inicio sexual antes de los quince años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad. (ENDES 2004-2005)

DECIMO OCTAVO: Que, con respecto el tipo de pareja con la que los y las adolescentes reportan tener relaciones sexuales, en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (2005-Endes 2004-2005. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, encontrado en la página web del Ministerio de Salud. [www.minsa.gob.pe](http://www.minsa.gob.pe)), se encuentra que un noventa y tres por ciento de las mujeres y cincuenta y dos por ciento de los varones refieren haberse iniciado sexualmente con “el/le enamorado”, lo cual significa que se trata de relaciones sexuales voluntarias. Este dato se confirma con la información acerca de los motivos para tener relaciones sexuales en los cuales los y las adolescentes reportan relaciones sexuales consensuales (“porque ambos queríamos tenerlas”: cincuenta y cuatro punto nueve por ciento en el caso de las mujeres y cuarenta y nueve punto ocho en varones; “porque yo quería”: nueve punto cinco por ciento y veintidós punto cinco respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: treinta y cuatro punto siete por ciento y treinta y dos respectivamente). Merece destacar, asimismo, otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en cuatro regiones del Perú (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) con población adolescente mayor de catorce años que coincide con los datos antes descritos, en este caso, el setenta y nueve por ciento de los/las adolescentes señaló que había experimentado relaciones sexuales voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación.

DECIMO NOVENO: Que, de otro lado, en torno a la noción del consentimiento del adolescente, cabe resaltar la noción de “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que sustenta en el paradigma de que el niño debe ser protegido y, aun cuando es sujeto de derechos, estos deben regularse de acuerdo a su edad y madurez (preámbulo de la convención y su artículo 12). Además y en circunstancias en que se contrapongan los derechos y deberes de un adulto con los de un niño, debe tenerse en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 4, además de reconocer que los menores de dieciocho años no pueden ser penalizados, consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, entre ellos, a que se “respete su integridad moral, psíquica y física ya su libre desarrollo y bienestar”.

VIGESIMO: Que, llegados a este punto, conviene efectuar algunas precisiones sobre la Ley 28704 finalmente aprobada por el Congreso de la República, así como su debate en sede congresal. No obstante, no es intención de la presente resolución hacer un seguimiento pormenorizado de los orígenes de la citada Ley pues la misma fue debatida in extenso en dicho Poder del Estado.

VIGESIMO PRIMERO: Que, así por ejemplo de la séptima sesión del veintidós de Abril del dos mil cuatro aparecida en el diario de debates del Congreso respecto al proyecto de Ley 28704, se advierte la formulación de una serie de textos sustitutorios que dejan denotar que la referida Ley fue muy discutida y en algunos puntos incluso no se llegaba a un consenso en cuanto al inciso 3 del artículo 173 del Código Penal. (Nos referimos en concreto a una votación del



texto sustitutorio de los proyectos de Ley números 1022,2562 y 3271/2001-CR.).

VIGESIMO SEGUNDO: Que, en este escenario, la Ley 28704 encontrándose ya en plena vigencia ha sido objeto de críticas y opiniones contrarias a su promulgación, ellos en mérito a diversas instituciones públicas y privadas como el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Defensoría del Pueblo, entre otros, quienes se han pronunciado por una modificatoria de la Ley 27804, en especial del artículo 173 inciso 3 del Código Penal.

VIGESIMO TERCERO: Que, por la inconveniencia de la norma o las voces de alarma de las organizaciones no gubernamentales o del gobierno sobre el tema, lo cierto es que existen en la actualidad varios proyectos de ley que proponen modificar el ya modificado artículo 173 del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual.(Uno de aquellos proyectos modificatorios de Ley 28704 fue la presentada por la Congresista Mercedes Cabanillas en fecha 18 de mayo del 2006 que se puede encontrar en la pagina web del Congreso de la República. Otra propuesta Legislativa tendiente a modificar igualmente la Ley 28704 es la presentada por el Congresista Alejandro Rebaza Martell en fecha 07 de marzo del 2007 que se puede encontrar en la página web del Congreso de la República).

VIGESIMO CUARTO: Que, en el presente caso, la menor en cuyo agravio se habría cometido el delito de violación sexual de menores, ha manifestado en

reiteradas ocasiones según aparece de autos, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado José Félix Álvarez se han realizado con su consentimiento, por lo que resulta evidente que la menor referencia al consentir las relaciones sexuales con el citado denunciado no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personal, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado.

VIGESIMO QUINTO: Que, por tanto esta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que el caso concreto se ha presentado un aparente conflicto de normas jurídicas de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado en cuanto reconoce como un derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, y de otro el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 del Código Penal y tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad. Con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años; situación jurídica que si bien podría traer como consecuencia la inaplicación de la norma legal.

VIGESIMO SEXTO: Que, empero el artículo 43 inciso 1) del Código Civil ha establecido la incapacidad absoluta para los menores de dieciséis años salvo aquellos actos determinados por la ley por lo que podría sostenerse que para los casos de delitos cometidos contra menores de catorce y dieciséis años se estaría en contradicción con lo que pueda resolverse respecto a la

constitucionalidad de la ley en cuestión, puesto que el propio Código Civil en su artículo 46 establece el cese de la incapacidad de dichos menores a partir del nacimiento del hijo, por lo que respecto a este punto, la legislación peruana no puede estar a contracorriente a lo que se ha estatuido legalmente en todos los países latinoamericanos cuyas realidades sociales y culturales corresponden a la nuestra por lo que mantener una legislación punitiva a este respecto y más aun con penas desproporcionadas contradicen la realidad social a la que se debe el legislador para que sus leyes tengan efectividad jurídicas; no obstante lo expuesto, mientras subsista la normatividad civil respecto a la incapacidad absoluta de menores de dieciséis años, colisionaría con la exención penal de quien ha mantenido relaciones sexuales con personas de entre catorce y dieciséis años pues a pesar del artículo 46 glosado su incapacidad absoluta solo cesa para ciertos casos y solo cuando el hecho punible ya ha sucedido por lo que a este respecto la criminalización no resultaría inconstitucional.

VIGESIMO SEPTIMO: Que, en relación a ello, es necesario señalar que en los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido según la doctrina mas avanzada, es la indemnidad sexual o la capacidad valorativa para comprender la trascendencia del acto sexual; no obstante, en el presente caso el Juzgado ha olvidado que los menores de dieciséis años de edad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43 inciso 1 del Código Civil prenotado, al resultar incapaces absolutos no tendrían un desarrollo integral suficiente para discernir las consecuencias del delito imputado, tanto más, si la incapacidad absoluta comprende por un lado a la incapacidad de hecho que a decir de Joaquín Llambias se instituye en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para

el pleno ejercicio de sus derechos y una incapacidad de derecho que se sustenta generalmente en razones de orden moral(Joaquín L., Jorge. “Tratado de Derecho Civil”.Parte General, Tomo I Pág. 396.Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina.

VIGESIMO OCTAVO: Que, aun cuando no ha sido materia de consulta, es necesario realizar algunas precisiones sobre la desproporcionalidad de la pena en atención a la severidad punitiva impuesta por el legislador para esta clase de delitos dad que puede suceder que la norma legal no haya previsto determinados hechos o conductas que pudieran acontecer dentro de una determinada realidad social, así, por citar un ejemplo, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes menores de edad, lo que denotaría una marcada desproporción punitiva de aplicarse las penas previstas en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, por lo que es necesario realizar algunos alcances en cuanto al principio de proporcionalidad de las penas.

VIGESIMO NOVENO: Que, el derecho Penal es la forma más violenta de control social, que el Estado de manera formalizada ejerce sobre los sujetos a su jurisdicción. Esta forma de control legítima por cierto se ejercita; primero mediante la conminación de la pena, es decir, mediante la prohibición de ciertas conductas bajo amenaza de pena. En segundo lugar ante la realización de tal prohibición esto es, si ella ha sido de una manera ilícita y culpable, la sanción se aplicará a quien ha resultado responsable de la misma. Por último, la pena impuesta como consecuencia del delito, debe ejecutarse, viéndose la persona afectada en alguno o algunos de sus derechos fundamentales. En

estos tres ámbitos, se matizan tres radios de acción concéntricos – y vinculados – el primero de ellos corresponden al legislador, el crea las conductas y fija las penas, para ello tiene un amplio poder configurativo que únicamente encuentra sus límites en la Constitución y en todo el bagaje de principios y garantías. El segundo aspecto corresponde al Poder Judicial, quien es el único que con exclusividad juzga del órgano correspondiente. Por último, la ejecución de la pena, que se encuentra sujeta siempre en su realización al poder tutelador de la jurisdicción mediante los jueces de vigilancia respectivos.

TRIGESIMO: Que, existe un área común a todos los presupuestos de materialización de la pena señalados: el no exceso de poder, en efecto, en ninguna de estas áreas puede concurrir un uso abusivo e irrazonable de la pena, ni en su determinación abstracta, ni en su merecimiento concreto, ni tampoco en cuanto a las formas de ejecución; la pena en su conjunto, siempre debe estar inspirada por la limitación de el poder punitivo, por la real vigencia de la dignidad de la persona y por el hecho de que la pena no sea desmedida, es decir desproporcionada.

TRIGESIMO PRIMERO: Que, al principio de proporcionalidad supone que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deben ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvaloración de los bienes protegidos que fueren afectados.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que, a este respecto, la doctrina contemporánea se encuentra conforme en señalar que el principio de proporcionalidad de la pena debe medirse y valorarse en relación al daño o lesión causado a los bienes jurídicos protegidos o puestos en peligro por el accionar u omitir injusto e ilícito – penal del hombre. Este principio de Derecho que viene desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal se inspira precisamente en los documentos franceses históricos citados, cuando manifiesta: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho....”

TRIGESIMO CUARTO: Que, ese contexto resulta evidente que el infractor menor de responsabilidad restringida (por ejemplo el mayor de dieciocho años y menor de veintiuno años), no puede ser tratado penalmente igual que el delincuente adulto; otro factor a tomar en cuenta es que la incultura y educación del autor no puede ser indiferentes en el ámbito del error de prohibición (artículo 14 del Código Penal), igual criterio se tiene que evaluar en el error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15 del Código Penal.)

TRIGESIMO QUINTO: Que, el Tribunal Constitucional, por su parte, ha establecido dos aspectos o exigencias que se deben distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por un lado, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito, y de otro, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”) Ahondando sobre este tópico el Tribunal Constitucional ha

señalado que: "(...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los derechos a que se asignan, según el grado de "nocividad social" del ataque al bien jurídico".(Expediente N° 003-2005-PI/TC.)

TRIGESIMO SEXTO: Que, a este respecto, la actividad sexual de los adolescentes resulta ser una realidad que se ha venido dando y se viene produciendo en la actualidad de manera que la aplicación de la norma penal bajo el supuesto señalado

en los criterios de atenuación de la pena bajo los supuestos ya señalados, implicaría una desproporción punitiva que, en su caso, sería prudente considerar a efectos de señalar penas debajo del mínimo legal establecido.

TRIGESIMO SEPTIMO: Que, otro factor que resulta importante analizar, es la razonabilidad de las penas a imponer, principio constitucional que limita el accionar del legislador en su tarea de determinar las penas a imponer ante las conductas tipificadas, en efecto, el principio de razonabilidad, según refiere López Funes(López Funes, Ingrid Elizabeth. "Los Mecanismos de Control de Constitucionalidad de la Jurisdicción Ordinaria" pg. 114 San Salvador 2003), como parte consustancial del principio de proporcionalidad, habrá de decidir sobre la validez material de la norma jurídica, la cual no se legitima por sí misma o por ser emanación de un órgano de poder, sino que su validez es la conformidad material de la norma con las formas que la Constitución establece. Un segundo aspecto a tomar en consideración, en cuanto al principio de razonabilidad de las penas es la conformidad o armonía de la norma jurídica

con los principios, garantías y derechos que el orden constitucional establece. Esta relación de conformidad es necesaria pues sólo si la norma respeta el orden constitucional, no será irracional, no obedecerá a árbitros desmedidos del legislador lo que significa entonces que el legislador debe respetar la Constitución. De ahí que la razonabilidad jurídica como parte integrante del principio de proporcionalidad señale la necesidad de adecuación entre la Constitución y la ley de manera especial, en cuanto a la observancia de los principios, derechos y libertades que la Carta Magna confiere a toda persona. Asimismo habrá de observarse la razonabilidad de los efectos que la ley produce sobre los derechos de las personas lo que significa que la norma intraconstitucional no debe imponer a las libertades y derechos más limitaciones o cargas que los que razonablemente se deriven de los mismos, sin restringir el aspecto nuclear de dichos derechos y libertades, pues sólo así estos cumplirán los fines que la Constitución ha previsto para ellos.

TRIGESIMO OCTAVO: Que, el principio de proporcionalidad supone una pena adecuada a la culpabilidad, pero sujeta a los fines preventivos generales positivos y preventivos especiales positivos de la pena, tendiendo como límite el grado de culpabilidad sobre el hecho, sólo la pena proporcional responde en el plano dogmático a las necesidades de prevención general y especial, de ahí que la pena, como agrega la citada autora (López Funes, Ingrid Elizabeth. Ob. Cit Pág. 115), quede deslegitimada cuando su fundamento es el castigo, la expiación. La retribución pura y absoluta del hecho, el ejemplarizar ante los demás o el inocular al hombre; todos esos fines que pretenden ser esenciales



afectan la razonabilidad de las penas, porque son desproporcionadas y atentan contra la dignidad humana.

TRIGESIMO NOVENO: Que, en ese sentido, si la pena por violación sexual cuando la víctima oscile entre catorce años de edad y menos de dieciocho, resulta ya excesiva en su determinación por el legislador cuando fija los límites abstractos de la pena en sus rangos mínimo y máximo, por las razones antes anotadas esa misma pena por estar desprovista de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad resulta más lesiva a los derechos del supuesto infractor cuando se ha comprendido sin ningún criterio a las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, hecho que obliga a pensar en un pronto cambio a nivel congresal en lo que atañe a este tema.

CUADRAGESIMO: Que, por consiguiente en este esquema a Panta Cueva (Panta Cueva, David Fernando. "La desacertada reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" .En Actualidad Jurídica N° 149, Lima 2006), el dispositivo previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal tienda a cometer el error de sobrepenalizar una conducta que de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y peor aun 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.

CUADRAGESIMO PRIMERO: Que, además no puede concebirse la evidente contradicción en la desproporción entre la pena impuesta para otra clase de delitos de mayor gravedad como por ejemplo los delitos de homicidio y sus formas agravadas y también genocidio en cuanto a las penas mínimas y máximas; por lo que la sobrepenalización para esta clase de delitos sale del contexto de la potestad punitiva del Estado, convirtiéndolo de suyo en inconstitucional.

CUADRIGESIMO SEGUNDO: Que, asimismo, la pena privativa de la libertad, desde la óptica constitucional contemporánea, no ha sido concebida para que el infractor sea sancionado mediante penas dilatadas buscando solamente infligir un castigo y mostrar un panorama de dureza ante el delito; por ello, el agravamiento de la pena adoptada por el legislador para sancionar con mayor severidad a quienes infringen la disposición contenida en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal no se adecua a la finalidad prescrita en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado pues se desnaturaliza su función resocializadora y se le convierte en un mecanismo meramente represivo, degradándose el principio de humanidad de las penas y afectándose incluso el núcleo esencial de la dignidad humana y de la libertad.

CUADRAGESIMO TERCERO: Que, de otro lado, si bien en anteriores ocasiones este colegiado ha sostenido que el control constitucional difuso se realiza cuando los jueces fallan el fondo de la cuestión controvertida, nada impide que el control constitucional se realice también al expedirse otro tipo de resoluciones como es el caso del auto denegatorio de instrucción, pues el

presupuesto esencial para ejercitar el control difuso no es otro que la cautela de la preeminencia de la norma constitucional sobre cualquier otra norma de rango inferior que sea contraproducente con la primera defensa que no puede estar relegada únicamente al instante de fallar el fondo de la cuestión, sino por el contrario los jueces deberán ejercer el mismo en todas las actuaciones procesales, pues es deber ineludible de todo Juez la defensa de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales.

Por estas consideraciones: DESAPROBARON la resolución consultada de fojas treinta y uno, su fecha diecisiete de Septiembre del dos mil siete que inaplica al presente caso la Ley 28704 en el extremo que modifica el artículo 173 del Código Penal que incluye en su acápite 4 como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre catorce años de edad y menos de dieciocho; RECOMENDARON que los jueces de la causa verifiquen en cada caso concreto las posibles causales de atenuación de la pena señalada por debajo del mínimo legal establecido; en los autos seguidos en contra de José Félix Álvarez, por el delito de violación de la libertad sexual, previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales L.H.R. y los devolvieron – SEÑOR VOCAL PONENTE: FERREIRA VILDOZOLA

S.S.

SANCHEZ PALACIOS PAIVA

GAZZOLO VILLATA

PACHAS AVALOS

FERREIRA VILDOZOLA

SALAS MEDINA

1.3. Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social....CONSULTA N° 2224-2007 AREQUIPA. 20 noviembre de 2007.

Lima, veinte de noviembre

Del dos mil siete.-

VISTOS; y ATENDIENDO:

PRIMERO: Viene en consulta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Resolución de fecha diez de agosto del dos mil siete emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas cincuenta y tres, en el extremo que declara inaplicable al presente caso el artículo 173 inciso 3° del Código Penal

modificado por el artículo 1 de la Ley 28704, por ser incompatible con la Constitución Política del Estado.

SEGUNDO: El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar en fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad de su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

TERCERO: En el caso, 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 1º de la Constitución Política del Estado), derecho a la libertad (artículo 2 inciso 24º literal a) de la Carta Magna), y el principio de la legalidad penal al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes (artículo 2 inciso 24º literal d) de la Constitución de 1993).

CUARTO: En efecto, la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la libertad de las personas, sin transgredir los derechos de los demás, por lo que la persona puede disponer de su vida sexual, sin interferencia de Estado, mientras no perjudique a los demás; y si bien es cierto el Derecho Penal, mediante la Ley 28704, establece una sanción para quien comete acto sexual

con menor edad, dicha norma se contrapone con la Constitución misma, que garantiza el derecho a la libertad de las personas y en este caso de los menores de edad, desde el momento que el ordenamiento legal en materia civil, permite el matrimonio entre menores de edad de dieciséis años en adelante.

QUINTO: En los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido es precisamente esta, 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. Mas, cuando se encuentran ausentes de la estructura pizca del sujeto, el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para ejercer libremente los sentimientos individuales del sexo; razón por la cual se tutela el pudor sexual. De ahí que, 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: APROBARON la Resolución consultada de fojas cincuenta y tres, de fecha diez de agosto de dos mil siete; en cuanto declare INAPLICABLE

para el caso concreto el artículo 173 inciso 3° del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704; al procesado Sabino Paraguayo Quispe por el delito de violación de la Libertad Sexual en agravio de J.M.L.S.; y los devolvieron.- Vocal Ponente.- Sánchez Palacios Paiva

S.S.

SANCHEZ PALACIOS PAIVA

GAZZOLO VILLATA

PACHAS AVALOS

FERREIRA VILDOZOLA

SALAS MEDINA

1.4. Sentencia: Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Tercera Sala Penal, Expediente N° 3530-2007, 14 de enero de 2008. Violación Sexual de Menores; Procesado: Miguel Angel Chávez Romero.

Expediente N° 3530—2007 (17—371)

Miguel Ángel Chávez Romero

Violación Sexual

Ponente: Dr. Zapata López

Resolución número:

Chiclayo, catorce de enero del año dos mil ocho.-

Autos y Vistos. En mérito a la apelación de folio cincuenta y seis, presentada por la Representante del Ministerio Público es materia de revisión la resolución número uno de folio cincuenta, dictada por el juez del Sexto Juzgado Especializado Penal de Chiclayo, mediante el cual se declaró no haber lugar a abrir instrucción contra el denunciado Miguel Ángel Chávez Romero como autor del delito de violación de la libertad sexual en agravio de la menor identificada con las iniciales Y.L.V.L., de quince años de edad. Con lo opinado por el señor fiscal superior a través de su dictamen de folio sesenta y tres. Parcialmente por los propios fundamentos de la resolución recurrida y además CONSIDERANDO: Primero.— Que en la tarea de aplicar el derecho al caso concreto, el operador jurídico con apoyo en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, mediante métodos y criterios de interpretación hurga en el contenido de éstas para asignarles un significado que se condiga con la unidad del ordenamiento jurídico. Segundo.— Que uno de los métodos de interpretación jurídica más frecuente, junto a la interpretación gramatical, es la interpretación sistemática que permite descubrir el sentido de una norma a través de otras, ya sea por la ubicación de éstas en el sistema normativo o por la comparación de sus propias regulaciones. Tercero.-. Que a fin de descubrir



si es a indemnidad o a libertad sexual el bien jurídico tutelado por el singular delito de violación sexual de menor de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, a quien en adelante, conforme a lo previsto por el artículo I del título preliminar del código de los niños y adolescentes, se les llamará adolescentes, pues según dicha norma es adolescente todo ser humano desde los doce hasta los dieciocho años de edad; delito tipificado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704 del cinco de abril del dos mil seis; es menester recurrir al delito de seducción sancionado por el artículo 175 del código penal. Cuarto.— Que antes de analizar el contenido de esta norma es necesario precisar, contra lo que piensan algunos operadores en el derecho, que el artículo 175 del Código Penal, que tipifica el delito de seducción, no fue derogado expresa ni tácitamente por la referida ley 28704. Ello es así, simple y llanamente porque esta ley al modificar el artículo 175 del Código Penal, sobre agravantes específicas de violación sexual, mantuvo indemne el aludido artículo del código penal. Quinto.— Que ahora sí veamos. Según el artículo 175 del código penal comete delito de seducción quien valiéndose del engaño tiene acceso carnal con una persona cuya edad fluctúa entre los catorce y menos de dieciocho años; de lo que se infiere que, de no mediar engaño o violencia física o psíquica, el adolescente de esa edad puede otorgar su consentimiento válido para el acceso carnal. Sexto.— Que eso supone que el mayor de edad que tiene acceso carnal con un adolescente de la referida edad, sin que medie engaño ni violencia física o psíquica, no comete delito de seducción; mas como el ya citado artículo 173, inciso 03, del código penal considera violación sexual todo acceso carnal con menor de esa edad falta determinar si eso efectivamente es así. Sétimo.— Que encontrándose aún

vigente el artículo 175 del código penal no es posible concluir sin más ni más que todo acceso carnal con persona cuya edad fluctúa entre catorce y menor de dieciocho años es violación sexual, simple y llanamente porque se llegaría al absurdo que si el adolescente de esa edad otorga un consentimiento inválido (producto del engaño) el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de tres ni mayor de cinco años de pena privativa de libertad y si otorga su consentimiento sin mediar engaño, el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Octavo.— Que, como decíamos, esa lectura o interpretación es absurda porque el consentimiento bajo engaño supone un mayor desvalor de la acción del sujeto activo que debería llevar aparejada una mayor sanción penal y no lo contrario, como lo prevé el artículo 175 del acotado. Noveno.— Que confirma la tesis del consentimiento válido de los adolescentes de la referida edad, el hecho que el artículo 176—A del código penal, modificado por la citada ley 28704, al tipificar el delito de actos contra el pudor de menores, sin importar el consentimiento, no incluye dentro de éstos a los menores cuya edad fluctúa entre catorce y menos de dieciocho años; quienes son protegidos mediante el artículo 176 del código penal, que tipifica el delito de actos contra el pudor, entiéndase de mayor de edad y siempre que medie violencia o amenaza. Décimo.— Que esto significa que si el adolescente de la referida edad, con su consentimiento, es objeto de actos contra el pudor, la acción de quien los realiza o propicia es impune; es decir el consentimiento del adolescente en ese supuesto hace desaparecer la tipicidad de la acción del sujeto como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de actos contra el pudor. Undécimo.— Que de otra parte, es igualmente absurda la lectura del artículo 173, inciso 03, del

código penal, según la cual todo acceso carnal con menor de la aludida edad es delito de violación sexual, porque no es razonable ni proporcional que el sujeto que compre los favores sexuales de un adolescente cuya edad fluctúa entre catorce y menos de dieciocho años de edad sea sancionado, como prevé el artículo 179—A del código penal, incorporado por el artículo 02 de la ley 28251 del ocho de junio del dos mil cuatro; con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad; mientras que si ese mismo sujeto tiene acceso carnal con su enamorada de la citada edad, sea sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad. Duodécimo.— Que así, el contenido restringido que viene encontrándose al artículo 173, inciso 03, del código penal, por comparación con los artículos 175, 176 y 176—A del mismo código; se confirma ahora por su comparación con el artículo 179—A, que tipifica el delito de favorecimiento de la prostitución de adolescentes cuya edad varía entre catorce y menor de dieciocho años de edad. Décimo Tercero.— Que como se ve, la interpretación sistemática del artículo 173, inciso 03, del código penal nos demostró que para conservar la unidad del ordenamiento jurídico no sólo debe asignársete a la citada norma un sentido más restringido del que su sola y aislada lectura provee; sino que el consentimiento de los adolescentes de dieciocho, pero mayores de catorce años de edad es relevante jurídicamente para definir la tipicidad misma de la acción de violación sexual de menor edad. Décimo Cuarto.— Que esto a su vez nos demuestra que la ley, a través del artículo 173, inciso 03, del código penal no tutela la indemnidad sexual, sino la libertad sexual; es decir, el derecho no supone que el adolescente de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad no está en aptitud de otorgar

consentimiento válido, sino lo contrario; por tanto, él es libre de elegir con quien, cómo y cuándo relacionarse sexualmente; libertad sexual que es además confirmada por el derecho civil que, a través del artículo 241 del código civil, permite el matrimonio y con ello el acceso carnal de adolescentes de dieciséis años de edad. Décimo Quinto.— Que reconociéndole el derecho aptitud jurídica al consentimiento del adolescentes de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad para tener acceso carnal con un mayor de edad; dicho consentimiento previsto en el inciso 10 del artículo 20 del código penal, más que una causa de justificación que hace desaparecer la antijurídica de la acción o más que una causa de exculpación, como erróneamente está regulada, es en realidad una causa de atipicidad de la acción. Décimo Sexto.— Que esa es la razón por la que este superior órgano de revisión considera que todo acceso carnal de mayor de edad con adolescente de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, con el consentimiento de éste, es atípico del delito de violación sexual de adolescentes tipificado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704. Décimo Séptimo.— Que así, excluido el supuesto de hecho mencionado, la tipicidad del delito de violación sexual de adolescente sancionado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, quedaría reservada o circunscrita al acceso carnal no consentido de menor de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, incluyendo el realizado mediante violencia física o psíquica. Décimo Octavo.— Que esta interpretación, en primer lugar confirma la constitucionalidad del artículo 173, inciso 03, del código penal; en segundo lugar, descartando cualquier contradicción o antinomia normativa, conserva la unidad del ordenamiento jurídico y en tercer lugar, se corresponde con nuestra realidad social y jurídica pues, como desde

hace muchos años en el resto del mundo viene ocurriendo, la tendencia del derecho es a reconocer u otorgar cada vez mayores espacios al individuo para que, conforme establecen los artículos primero y segundo, inciso uno, de nuestra carta magna, se realice como persona con dignidad y exprese libremente las diversas manifestaciones de su personalidad, incluyendo por supuesto la libertad sexual. Décimo Noveno.— Que sólo así podemos entender que en un mundo globalizado, del cual el Perú forma parte, las condiciones que aseguran un mayor acceso a la información, como el Internet, permiten la existencia de adolescentes cada vez más informados, que relevan al Estado de una mayor tutela a su indemnidad o intangibilidad sexual, reduciendo cada vez más la edad de las víctimas de abuso sexual y, como contrapartida, incrementando las posibilidades o supuestos de libre ejercicio de la sexualidad de adolescentes mayores de doce, trece o catorce años de edad, como ocurre en España, Argentina y nuestro país, respectivamente. Vigésimo.— Que así, no puede ser otro el corolario de la reconstrucción efectuada que la ratificación de la resolución impugnada, pues ésta, conforme exige el artículo 122 del código procesal civil, de aplicación supletoria al caso por remisión de su primera disposición final se condice con el mérito del proceso y con la ley. Consideraciones por las que CONFIRMARON la resolución apelada de folio cincuenta a cincuenta y tres, dictada el catorce de setiembre del dos mil siete, que resuelve No Haber Lugar a Abrir Instrucción contra Miguel Ángel Chávez Romero como presunto autor del delito Contra La Libertad en su figura de Violación Sexual De Menor de Edad en agravio de la menor de las iniciales Y.L.V.L.; y los devolvieron.

SS. Ponte Durango; Chávez Mella; Zapata López.

1.5. Auto de Sobreseimiento: Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria; Corte Superior de Justicia de la Libertad; Expediente N° 3312-2007. Violación sexual de menores; Procesado: Erick Segundo Mariño Arenas (21).

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

EXPEDIENTE: 3312-2007

JUZGADO: Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo

IMPUTADO: Erick Segundo Mariño Arenas

AGRAVIADO: B.C.R.S.

DELITO: Violación sexual de menor de edad (Art. 173°, inc. 30 CP)

JUEZ: Dr. Giammpol Taboada Puco

ASISTENTE: Gabriela Quiroz Izquierdo

Auto de sobreseimiento

Resolución Número tres:

Trujillo, 31 de marzo del 2008

I. Parte Expositiva:

La (...) Fiscal Provincial Penal (...), presenta requerimiento de sobreseimiento en el proceso seguido contra Erick Segundo Mariño Arenas, por el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (...); se corrió traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días, sin que se presente oposición alguna; se realizó la Audiencia Preliminar en la Sala de Audiencias del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria (...)[el] diecisiete de marzo del dos mil ocho, conforme al registro de audio que obra en archivo, habiéndose recepcionado la carpeta fiscal para su análisis; siendo el estado del proceso el de expedir auto de sobreseimiento.

## II. PARTE CONSIDERATIVA:

### 1. ITINERARIO PROCESAL

#### Noticia criminal

1.1. Con fecha dieciséis de abril del dos mil siete (...) Karen Anali Rodríguez Santillán se presenta ante la Comisaría (...) para formular denuncia verbal, debido a que su hermana (...) de iniciales BCRS de dieciséis años de edad, había salido de su casa el día viernes trece de abril del dos mil siete, a las diecisiete horas, con dirección a su centro de estudios (...), sin que haya retornado a su domicilio, desconociendo su paradero, presumiendo que se encontraba con (...) Erick Segundo Mariño Arenas, porque eran enamorados.

1.2. Con fecha dieciocho de abril del dos mil siete (...) la Móvil PG-0402 de Radio Patrulla, dio cuenta que (...) se desplazó a la cuadra tres del Jirón Paraguay en la Urbanización El Recreo (...), encontrando en el interior del Hostal Paraguay a (...) [la] menor de iniciales BCRS.

#### Etapa de Investigación Preparatoria

1.3. Con fecha veintiuno de mayo del dos mil siete, la (...) Fiscal Provincial (...) en adelante 2FPPCT-, mediante oficio (...) remitido por el Comisario (...), toma conocimiento de la denuncia verbal (...), procediendo a dictar disposición de investigación preliminar, como lo prevé los artículos 3290 y 330° del Nuevo Código Procesal Penal<sup>318</sup> —en adelante CPP- (...), por (...) delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 en agravio de la menor de iniciales BCRS, con la finalidad de realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad.

1.4. Con fecha dieciocho de julio del dos mil siete, la 2FPPCT dicta disposición de formalización de la investigación preparatoria, como lo prevé el artículo 334° del CPP (...) por (...) delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, delimitando como hechos inculpativos, que (...) el imputado- habría mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada (...), con fecha de nacimiento el seis de noviembre de mil novecientos noventa, contando con su consentimiento por ser su enamorado,



la primera vez en el mes de septiembre del dos mil seis en la casa del imputado, cuando la agraviada contaba con quince años de edad, en tanto que los demás (...) en los meses de enero y abril del dos mil siete en el Hostal Paraguay, cuando la agraviada había cumplido dieciséis años de edad.

#### Etapa Intermedia

1.6. Con fecha cuatro de febrero del dos mil ocho, la 2FPPCT formula *requerimiento de sobreseimiento*, invocando las causales previstas en el artículo 344°, numeral 2°, incisos b) y d) del CPP, consistente en que el hecho imputado no es típico, así como tampoco existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, para ello, insta el control difuso por inaplicación del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, por colisionar con diversas normas de la Constitución Política del Estado.

## 2. HECHOS RELEVANTES ACREDITADOS

#### Diferencia etárea

2.1. El imputado (...), ha nacido en Trujillo con fecha primero de octubre de mil novecientos ochenticuatro como consta de la ficha de RENIEC (...) y la partida de nacimiento (...), contando a la fecha del primer acto sexual con la menor agraviada ocurrido en septiembre del 2006, con veintiún años de edad. Por su

parte la agraviada BCRS (...), ha nacido en Patate con fecha seis de noviembre de mil novecientos noventa, como consta de la partida de nacimiento (...), contando a la fecha del primer acto sexual con el imputado ocurrido en septiembre del 2006, con quince años de edad. En suma, el primer encuentro sexual tuvo lugar cuando el imputado era mayor de edad (21 años) y la agraviada era menor de edad (15 años), llevándose una diferencia etárea prudencial de seis años.

#### Condiciones personales

2.2. El imputado es estudiante de Derecho (...) desde el año 2004, (...) soltero y domicilia con sus dos hermanos y su padre (...). No registra antecedentes policiales (...), tampoco (...) penales (...), [ni] judiciales (...). No tiene bienes inmuebles, ni bienes muebles inscritos en registros públicos como consta de los informes de SUNARP (...).

2.3. La agraviada es estudiante de tercer año de educación secundaria (...), soltera y domicilia con su hermana (...). Tiene inteligencia dentro de los parámetros normales para su edad y nivel educativo como consta de la Evolución Psiquiátrica N° 003461-2007-PSQ (...) elaborado por el Psiquiatra de la División Médico Legal (...).

2.4. Como se advierte, el imputado y la agraviada tienen la condición de estudiantes, libres de impedimento matrimonial y se encuentran en estado

normal de sus capacidades intelectivas, para comprender las consecuencias de sus actos.

#### Vinculo sentimental

2.5. La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que el imputado “era su enamorado desde mayo del 2006 hasta el 18 de abril del 2007, en que me intervino personal policial en un hostel llamado Paraguay”, (...). Por su parte, el imputado en su declaración (...) ha manifestado que “eran enamorados desde mediados de abril del 2006, pero a partir de la presente denuncia ya no tenemos ningún tipo de acercamiento”.

2.6. La existencia del vínculo sentimental entre el imputado y la agraviada como *enamorados*, resulta suficientemente acreditada por el contenido afirmativo, coincidente y congruente de sus respectivas declaraciones, lo que incluso era de *conocimiento y consentimiento de la hermana mayor de la agraviada*, (...) como consta de su declaración (...), al manifestar que “mi hermana BCRS me contó que ella y la persona de Erick Segundo Mariños Arenas eran enamorados desde el 20 de abril del 2006, (...) le dije que lo quería conocer (...), al principio no vi nada malo en ese muchacho e inclusive como era miembro de la misma Iglesia a la que yo asistía en donde se bautizo, me pareció bien que fueran enamorados’

#### Relación sexual consumada

2.7..La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que “en septiembre del 2006 (...) tuvimos relaciones sexuales la primera vez con mi consentimiento y el día 13 de abril del 2007, también tuve relaciones sexuales y el día 16 de abril del 2007 en un Hostal Paraguay” (...), el imputado en su declaración (...) ha manifestado que ‘si es cierto que hemos mantenido relaciones sexuales, (...) entre septiembre y octubre del dos mil seis en mi casa, luego a principios de enero del 2007 en el Hostal Paraguay (...), y la última vez entre el 13 y 16 de abril de este año” (...).

#### Consentimiento del acto sexual

2.9. La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que “tuvimos relaciones sexuales (...) con mi consentimiento”. Por su parte, el imputado en su declaración (...) ha manifestado que “las veces que hemos tenido relaciones sexuales, han sido con su consentimiento, (...) dentro de nuestra relación (...) como enamorados””.

2.10. El consentimiento válido (sin mediar violencia, amenaza o engaño) prestado por la menor agraviada, para acceder a las relaciones sexuales con el imputado (...) esta acreditado por la uniformidad de sus propias declaraciones, corroborado (...) con el Certificado Médico Legal N° 002691-H (...) concluyendo que “no presenta lesiones traumáticas externas recientes en su cuerpo”, así como el Protocolo de Pericia Psicológica No 005275-2007-PSC (...) que concluye: “No se encuentra indicadores emocionales compatibles con agresión sexual”.

### 3. DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE ADOLESCENTES MAYORES DE CATORCE Y MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD

3.2. El artículo 1730, inciso 30 del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, a partir del cinco de abril del dos mil seis, (...) es la norma penal aplicable al caso de autos, (...) la primera relación sexual ocurrió cuando ella tenía quince años de edad,(...). Por tanto, una simple interpretación literal podría conducirnos a la conclusión que el imputado sería autor del delito violación sexual de menor de edad, -pese a no haber mediado violencia, amenaza o engaño-, correspondiendo la aplicación de pena (...) no menor de 25 ni mayor de 30 años.

3.5. La aplicación mecánica de la norma penal (...) producto de su sola lectura literal, sintetizado en el mantenimiento de relaciones sexuales consentidas de una pareja de enamorados, compuesto por una mujer (...) con 15 años y un hombre (...) con 21 años, resultaría (...) una absoluta arbitrariedad, repudiable al valor justicia (..) debiendo el juez a quo, innovar y crear Derecho al caso concreto, de modo que la decisión sea consecuencia de la aplicación de las normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico como un todo unitario y coherente (...).

3.6. (...) la interpretación no es una mera aplicación mecánica del artículo 173.3° del CF, a la que nada se agrega; y significa también que el Derecho es más que la ley (..).

3.8. Para no caer en el mecanicismo (...) de la simple interpretación literal (...) con la (...) consecuencia de considerar como delito un acto sexual consentido, producto de una relación sentimental entre el imputado mayor de edad (21 años) con la agraviada menor de edad (15 años), debemos penetrar en los diversos métodos de interpretación jurídica, para hallar su correcta interpretación (...).

#### 4. REALIDAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES

4.1. No existen datos precisos de cuando las personas inician su vida sexual en el Perú (...) estudios al parecer más cercanos a la realidad, señalan que (...) ocurre entre los trece (13) y catorce (14) años en varones y a los quince (15) años en mujeres<sup>319</sup>.

4.2. (...), en el Perú, el 22% de las adolescentes ya se ha iniciado sexualmente, el porcentaje (...) es más alto en los grupos que tiene menor nivel educativo (52.5 %) o de menor nivel económico (40.2%)<sup>320321</sup>. Por eso, si la conclusión interpretativa del artículo 173°, inciso 3° del Código Penal es la negación y represión de la libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tendría que haber alrededor de 260,000 casos de “violación” denunciados, a quienes adicionalmente les serían negados servicios básicos de salud sexual y reproductiva por el Estado.

4.3. La Encuesta CONAJU 2004 (Fuente: Endes — 2000, 2004, 2005)<sup>322</sup>, muestra que (...) el 23% de los adolescentes tienen su primera relación sexual antes de los quince (15) años, esta cifra crece a 27% en las zonas rurales y en la selva el porcentaje se eleva al 64%. Finalmente el 12.7% de las adolescentes mujeres ya son madres o están embarazadas.

4.4. (...) podemos concluir que en nuestro país un porcentaje significativo de adolescentes menores de dieciocho (18) años de edad, tiene una vida sexual activa; tal es así, que el propio Estado a través del Ministerio de Salud ha diseñado (...) políticas concretas de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción, como la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, que señala que (...) están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos. Incluso más de veinte organizaciones y redes juveniles agrupadas en la Alianza “15i Podemos!”, entre los que se encuentran Impares, Manuela Ramos, Amnistía Internacional, Redes Jóvenes, Demus, Mesa de Adolescentes y Juventud, entre otros, han revisado y validado los lineamientos de la Educación Sexual Integral (ESI), que serán aprobados por el Ministerio de Educación y la Presidencia del Consejo de Ministros, sobre la política nacional que permita desarrollar una sexualidad plena y placentera durante todas las etapas de la vida.

## 6. DERECHO A LA DIGNIDAD

6.3. (...) los ciudadanos de ningún modo establecieron el poder político para que les tutele moralmente o para obligarles a asumir determinados valores éticos, en el ámbito estrictamente privado y personal, entre ellos, el comportamiento sexual. Una sociedad pluralista (...) demanda el reconocimiento de diversas opciones de auto realización personal en diversas esferas de la vida privada. Situación que alcanza incluso a tolerar prácticas sexuales contrarias a la moral sexual dominante siempre que no ocasionen perjuicio a terceros. (...). El Derecho Penal (...) no debe (...) imponer un determinado código moral sexual (...) [como] la proscripción de la libertad sexual de los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad.

6.4..(...), llevado al ámbito jurídico de análisis del (...) artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, podemos concluir que el sector de adolescentes que fluctúan entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tienen derecho al pleno respeto a su autodeterminación en el ámbito sexual, esto es, a decidir libremente tener o no relaciones sexuales con la persona, en la forma y oportunidad que crean conveniente, sin autorizaciones y menos represiones externas a su propia autonomía personal o familiar.

6.5.La supremacía de la dignidad de la persona humana sobre el Estado, garantiza a los adolescentes el pleno respeto a la decisión libre de tener relaciones sexuales, como parte del plexo de libertades no perjudiciales a los demás ciudadanos, en goro, constituye una decisión personal relacionado con un aspecto de la vida íntima sexual, en la que el Estado a través de su sistema



de represión penal, no debe inmiscuirse o intervenir, so pretexto de defender ciertos valores morales (?), que el ciudadano promedio no puede entender o asimilar con mediana claridad, por contravenir hasta el propio sentido común, piénsese en los actos sexuales derivados de una relación sentimental entre dos adolescentes, en principio irrelevante a efectos penales, pero por infortunio biológico, uno de ellos cumple primero la mayoría de edad (18 años), convirtiéndose de facto y de jure, en una conducta penalmente típica de violación sexual reprimido con veinticinco años de cárcel.

6.6. El Derecho Penal puede intervenir como brazo represor (...) sólo cuando esta libertad se vea vulnerada, atacada y/o violentada. Pero como es de verse del caso en estudio, la agraviada, mayor de catorce (14) años de edad (15 años y 10 meses a la fecha de la primera relación sexual), debido a su desarrollo biopsicosocial tiene derecho de disponer libremente de su sexualidad, ya que cuenta con la capacidad física y psicológica para hacerlo, al haberse acreditado que tiene inteligencia dentro de los parámetros normales para su edad y nivel educativo, como consta de la Evolución Psiquiátrica N° 003461-2007-PSQ (...), adquiriendo por tanto plena validez la autodeterminación sexual manifestado en la libertad de decidir (elegir) la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual, siendo más bien, responsabilidad del Estado y del seno de la familia, darle la información y educación para que tome la decisión mas acertada sobre su sexualidad.

## 7. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

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

## 8. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

8.4. Para María Consuelo Barletta<sup>323</sup> la edad como criterio para fijar la franja entre la “indemnidad” y la “libertad sexual”, corresponde a un criterio objetivo, fácilmente medible, que parte del supuesto que a determinada edad él y la adolescente tendrán el criterio suficiente para decidir sobre su actividad sexual”. El criterio por excelencia de referencia es la edad núbil<sup>324</sup>, en nuestro país, se ha establecido en los artículos 440, 46° y 241° del Código Civil, la edad de

dieciséis (16) años para los y las adolescentes, acotando que antes de la modificación de esta última norma por el artículo 1° de la Ley N° 27201 (14/11/1999), la edad para la mujer era de catorce (14) años y se mantenía en dieciséis (16) años para el varón. Así mismo, el artículo 46°, en su segundo párrafo del Código Civil, ha establecido que tratándose de mayores de catorce (14) años —sea hombre o mujer- cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar determinados actos relacionados con el reconocimiento filial y defensa de los derechos alimenticios. En resumen, la edad legal de reconocimiento de derechos reproductivos y por tanto de derechos sexuales para los y las adolescentes es de catorce (14) años.

8.5. Una interpretación simplista del (...) artículo 173.3° del CP, podría conducirnos (...) a la censura de la libertad de toda persona menor a dieciocho (18) años, para auto determinarse en el ámbito privado de su vida sexual; empero, tal interpretación (...), representa un contrasentido del propio ordenamiento penal, en la figuras típicas del delito de violación sexual (art. 170° del CP), el delito de seducción (art. 175° del CP) y el delito de actos contrarios al pudor (art. 176° del CP), que precisamente reconocen a la libertad sexual como el bien jurídico protegido, así como al ordenamiento civil respecto a la capacidad relativa adquirida por razón del nacimiento del hijo (art. 46° del CC). En ambos ordenamientos penal y civil, el criterio objetivo de medición de edad núbil de los y las adolescente es catorce (14) años, contrario sensu, todo reproche penal que coacte y reprime tal libertad, constituiría una discriminación arbitraria e irrazonable.

## 10. DERECHO A LA LIBERTAD

10.4 En el campo de los delitos sexuales, el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos (...). En su aspecto positivo (...) significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, (...) el derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual<sup>325</sup>. La libertad sexual (...), no solamente se enfoca desde un concepto puramente positivo (...), sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

10.5 En el caso de los menores o incapaces, (...) [no] puede alegarse que se protege su libertad o autodeterminación en los delitos sexuales, pues por previsión legal, aquellos carecen de tal facultad, habiéndose establecido en el ordenamiento civil (art. 46° del CC) el criterio étéreo de catorce (14) años, por ello, en concordancia práctica con el ordenamiento penal dada las características de unidad y coherencia del sistema normativo, también servirá como criterio legal de delimitación de protección del bien jurídico libertad sexual de los sujetos pasivos compuesto por los y las adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años para los delitos de violación sexual (art. 170° del CP), violación presunta (art. 173.3 del CP), seducción (art. 175° del CP) y actos contrarios al pudor (art. 176° del CP).

10.6. Para los casos de los menores de catorce (14) años, el bien jurídico protegido (...) [es la] indemnidad o intangibilidad sexual; entendido como 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 pueden ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual, que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, careciendo de validez y relevancia penal, el consentimiento prestado para el acceso carnal. La idea de indemnidad sexual” se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aun no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los menores de catorce (14) años de edad, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, a priori, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual, para ellos resultara perfectamente coherente y justificada, la figura del tipo delictivo de violación presunta prevista en el artículo 173.3° del CP, intensificando el reproche penal del sujeto activo, en forma proporcional a la minoría etárea del sujeto pasivo.

## 11. DERECHO A LA SALUD

11.4. El Ministerio de Salud en la Guía Nacional de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva (Lima-2004), ha definido a los derechos sexuales y reproductivos como “parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de los derechos humanos. Su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riegos, amenazas y coerciones y violencia en el campo

de la sexualidad y la reproducción”. En relación a ello, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2002-2010, aprobado por Ley N° 28457, establece como visión al 2010 (...), estableciéndose como resultado esperado la “reducción de las infecciones de transmisión sexual y VIH/SIDA en adolescentes”, fijando como meta la reducción en un 50% los casos de transmisión sexual y VIH/SIDA en adolescentes y que el 100% de las y los adolescentes y docentes de secundaria tendrán conocimientos y competencias en educación sexual y conocen los riesgos de las ITS y VIH/SIDA.

11.5. La prevención de la sexualidad como política de salud del Estado Peruano, toma forma concreta en la Resolución Ministerial N° 536-2006-MINSA, que aprueba la Norma Técnica N° 032- MINSAQ/DGSP-VO1 “Norma Técnica de Planificación Familiar”, referido a favorecer al acceso del derecho a la información de los y las adolescentes cuando éstos se encuentren en riesgo de contraer una infección con las ITS y VIH/SIDA, por tanto, resultaría totalmente contradictorio interpretar que el artículo 173.3° del CP, prohíbe a los y las adolescentes menores de dieciocho (18) años de edad, la practica de relaciones sexuales consentidas, mientras que por otro lado, el Ministerio de Salud, planifica y ejecuta una política de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción dirigidos al mismo grupo humano, como es el caso de la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, que señala que los y las adolescentes están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos.

11.7. El artículo 30° de la Ley General de Salud (Ley N°26842) señala que “el médico que brinda atención (...) a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de autoridad competente”. En el análisis jurídico de este artículo, Erika García<sup>326</sup> 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 si le corresponde hacer, deslegitimando la confianza que los y las usuarias les depositan y que resulta de suma importancia en el acto médico”.

11.8 La aplicación del artículo 300, en un contexto donde es difícil de aceptar y entender las prácticas sexuales de los y las adolescentes y donde además han sido aparentemente proscritas por la confusa y contradictoria hipótesis normativa del artículo 173.3° del CP, en concordancia con el resto del ordenamiento constitucional y legal, acarrea un impacto (...) negativo en el sistema sanitario, pues (...) tendría que dejar de desarrollar intervenciones claves de salud pública que fortalezca la auto afirmación de los y las adolescentes, basada en el consentimiento y la decisión informada, sino que (...) hace del sistema sanitario un identificador eficaz de quienes escapan de la

norma jurídica, confiriéndole atribuciones ajenas a su responsabilidad primordial.

11.9. La trágica interpretación de colocar la actividad sexual de los y las adolescentes menores de dieciocho (18) años al margen de la ley, también (...) [vuelve] ilegales las atenciones de salud sexual y reproductiva que no están orientadas a la abstinencia sexual, ampliando (...) las brechas de exclusión (...) [pues] 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 ENDES, 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<sup>327</sup>.

11.11 El veintinueve de agosto del dos mil seis, en el noticiero 90 Segundos del canal 2-Frecuencia Latina, emitió la denuncia de una madre (...) que decía que su hija de diecisiete años que dio a luz a su bebe, en el Instituto Nacional Materno Perinatal (INMP, Ex Maternidad de Lima) iba a ser recluida en un centro de prevención y readaptación, por considerarse que había infringido el artículo 173.3° del CP, señalando (...) que esta medida se extendería al conjunto de hospitales y clínicas del país<sup>328</sup> (...) se fueron conociendo más casos y luego se pudo observar al hospital atestado de adolescentes que estando (...) de alta, no podían salir, por que había de por medio una acusación de violación sexual.



11.12 La noticia de la retención, rápidamente se extendió entre la población adolescente. Ante la denuncia de la prensa y de la sociedad civil, el 29 de diciembre del 2006, el Ministerio de Salud envió una carta al INMP señalando que no habría ninguna razón para retenerla cuando la adolescente se encuentre en condición de alta médica<sup>329</sup>. Sin embargo, las retenciones se mantuvieron aunque fueron por más corto tiempo y en algunos hospitales como en el INMP, se hicieron ajustes administrativos para facilitar el alta de las adolescentes.

## 12. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

12.3. (...). El grado de indeterminación será inadmisibles, (...), cuando (...) prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad”.

12.4, La infausta redacción del artículo 173.3° del CP, tiene lugar al haberse consignado como comportamiento represivo, “el sólo acceso carnal” con una persona de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad<sup>330</sup>, sin la especificación de los medios distorsionadores de la manifestación de voluntad del sujeto pasivo, como la violencia, amenaza, engaño, la puesta en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, produciendo evidente confusión en la asimilación del injusto pretendido por el legislador, entendido de una lectura superficial, como la indemnidad sexual o incapacidad de autodeterminación sexual, a pesar que las otras figuras penales como la

violación sexual (1700 del CP), seducción (175° del CF) y actos contra el pudor (176° del CP), contrariamente reconocen como objeto de protección la libertad sexual de los mismos destinatarios, ocasionando en la sociedad un alto grado de inseguridad jurídica sobre la comprensión de la conducta reprochable, cuya responsabilidad corresponde en primer término al legislador por aprobar una ley arbitrada, anti técnica y asistemática<sup>331</sup>, pero también los mismos operadores jurídicos (abogados, fiscales y jueces), por la falta de creatividad interpretativa para encontrar el correcto significado y la justa aplicación de la norma penal in examine, en armonía con todo el ordenamiento constitucional y legal.

12.5. El delito de violación sexual (tipo base) (..) tipificado en el artículo 170° del Código Penal, modificado por Ley N° 28963 (24/01/2007), con el siguiente texto: “el que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual del sujeto pasivo compuesto por cualquier persona con capacidad de auto determinarse sexualmente, empleándose la violencia o grave amenaza como medios deformadores de la voluntad.

12.6 El delito de seducción, (...) tipificado en el artículo 175° del Código Penal, modificado por Ley N° 28251 (08/06/2004), con el tenor siguiente: “el que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce

objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual del sujeto pasivo compuesto por los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, consistente en el reconocimiento pleno de autodeterminación sexual para decidir el momento, la forma y la persona con quien tener acceso carnal, empleándose el engaño como medio deformador de la voluntad. 12.7 La norma que contiene el delito de seducción es válida y vigente, al haberse incorporado la circunstancia agravante del artículo 177° del CF, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), con la siguiente redacción “en los casos de los artículos 170°, 171°, 174°, 175°, 176° y 176°-A, si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, ni menor de diez ni mayor de veinte años” En consecuencia, resulta erróneo la postura (...) asumida en el Tema 4 del Pleno Jurisdiccional Distrital de Arequipa de septiembre del 2006, que acordó por mayoría que “se ha producido la derogación tácita (...)al haberse modificado el artículo 173° del mismo Código sustantivo al incluir en su inciso 3°, como víctima del delito de violación presunta a menores entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad”.

12.9 La Ley N° 28704 (05/04/2006), no ha derogado en forma expresa o tácita el delito de seducción, (...) artículo 175° (...), por el contrario, ha reafirmado su vigencia al incorporar la circunstancia agravante contenida en el artículo 177°.

En cuanto a la negación de libertad sexual de los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años, producto de la sola lectura literal del artículo 173.3°, constituye (...) un problema interpretativo, que debe salvarse mediante su concordancia práctica con la Constitución Política del Estado, el resto del ordenamiento legal y la doctrina nacional, que reconocen al unísono la libertad de autodeterminación sexual de los adolescentes mayores de catorce (14) años, como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

12.10 El delito de actos contra el pudor (...) tipificado en el artículo 176°, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), cuyo texto es el siguiente: “el que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170°, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena será no menor de cinco ni mayor de siete:1) Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170°, incisos 2°, 3° y 4°; 2) Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171° y 172°; 3) Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima”. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual del sujeto pasivo compuesto por cualquier persona, con capacidad de auto determinarse sexualmente, incluidos los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años.

12.11 El delito de actos contra el pudor en menores (...) tipificado en el artículo 176°-A, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), cuyo texto es el siguiente: “el que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170°, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad: 1) Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años; 2) Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años; 3) Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años. Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad”. El bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual del sujeto pasivo compuesto por los y las menores de catorce (14) años.

12.12 El aparente conflicto normativo sobre el bien jurídico protegido de los adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tiene lugar en la diferenciación del tipo objetivo del delito de violación sexual de menor que protege la indemnidad sexual (art. 173° del CP), pero sólo de los y las menores de catorce (14) años, en relación a los delitos de seducción (art. 175° del CP) y actos contra el pudor (art. 176° del CP) que tutela la libertad sexual de los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, ocasionando los siguientes resultados interpretativos:

En el plano normativo:

- Si afirmamos que los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, no tienen libertad sexual, entonces quedarían derogados tácitamente los artículos 175° y 176° del Código Penal y los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil, que (...) les reconoce capacidad sexual, amen de transgredir los derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, salud, igualdad ante la ley, libertad individual y legalidad penal garantizados por la Constitución Política del Estado, contrario sensu, la reafirmación del goce de su libertad sexual, tendría plena concordancia con el ordenamiento constitucional y legal.

En el plano fáctico:

- Si afirmamos que los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, no tienen libertad sexual, entonces la relación sexual consentida (...) de un adolescente con otro adolescente (de 14 a 17 años) o con un adulto (18 a más), sería reprochable penalmente en el primer caso como infracción a la ley penal con competencia del Juzgado de Familia, y, en el segundo caso como delito ante el Juez Penal, castigado con pena de veinticinco años de cárcel; sin embargo, la misma conducta contrastada con la figura del delito de seducción (vigente), sería atípica, en tanto no concurra el engaño como elemento distorsionador de la declaración de voluntad del sujeto pasivo para el acceso carnal.

12.13 La tipología del catálogo de los delitos contra la libertad sexual, dentro del capítulo IX del Código Penal, sirve como marco de referencia, para analizar la infeliz redacción del delito de violación sexual de menor edad, tipificado en el artículo 173° del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), con el tenor siguiente: “el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1) Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua; 2) Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será *no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco*; 3) Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua”. El bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual (...) [de] los menores de catorce (14) años, diferenciándose de la libertad sexual como el bien jurídico protegido de aquellos adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, por ser la *única y razonable interpretación* coherente con los derechos constitucionales a la dignidad, salud, libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante la ley, libertad individual, intimidad personal, libertad individual y legalidad penal, así como con las demás figuras penales de violación sexual, seducción y actos contrarios al pudor.

12.20. El carácter fragmentado del Derecho Penal consiste en que no se puede (...) prohibir todas las conductas (...) sino las que revisten mayor entidad, ello supone descartar el reproche penal de aquellos actos propios de la vida íntima sexual de los y las adolescentes, intrascendentes a la esfera social, realizados en ejercicio de su libertad y autonomía sexual, sin más limitación que el elemental respeto al derecho de los demás. Para Felipe Villavicencio Terreros<sup>332</sup> “este principio “es una directriz político criminal, ya que determina en el legislador hasta que punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo”.

12.21. Para determinar la fragmentariedad de la selección penal, Muñoz Conde<sup>333</sup> propone partir (...) Primero: “defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, existiendo además determinadas circunstancias y elementos subjetivos”, por ello, la práctica de relaciones sexuales consentidas por los adolescentes, será irrelevante penalmente, salvo cuando su libertad de auto determinarse sexualmente, sea coactada por medios como la violencia, la amenaza o el engaño del sujeto activo (...).

### 13. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

13.2. (...) Es así que a partir de los derechos constitucionales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, salud, libertad individual, intimidad personal, igualdad ante la ley y legalidad penal, hemos concluido que los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años tienen pleno ejercicio de su



libertad o autodeterminación sexual. La interpretación sistemática asume dos formas: el método sistemático por ubicación de la norma y el método sistemático por comparación con otras normas.

13.4 El delito de violación sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años (art. 173.3° del CP), se encuentra dentro del Libro II, Capítulo IX del Código Penal intitulado “Violación de la libertad sexual”; ergo, su interpretación debe mantener perfecta coherencia con los otros tipos penales del mismo sub grupo normativo como el delito de violación sexual (art. 1700 del CP), el delito de violación de persona inconsciente (art. 171°), el delito de seducción (art. 175° del CP) y el delito de actos contra el pudor (art. 176° del CP), que reconocen a la libertad sexual, como el bien jurídico (...), la misma que sólo puede ser doblegada por el sujeto activo mediante la violencia, la grave amenaza, el engaño y la puesta en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

13.5 La edad de catorce (14) años en adelante como franja delimitadora entre la “indemnidad” y “libertad sexual”, entre la “exclusión” o “admisión” de la validez del consentimiento prestado para el acceso carnal (...), resulta razonable y prudente en contraste con los criterios étáreo legales previstos en la legislación comparada, para el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación sexual de los adolescentes: el Código Penal Español en sus artículos 181° y 182° en trece años, el Código Penal Argentino en su artículo 119° en doce años de edad, el Código Penal Chileno en sus artículos 363° y

366° en doce años, el Código Penal de Colombia en su artículo 208° en catorce años.

13.7. El delito de violación sexual tipificado en el artículo 173.3° del CP, también debe mantener coherencia con el resto del ordenamiento extra penal, más precisamente, con el artículo 46° del Código Civil, que reconoce la capacidad de los adolescentes de dieciséis (16) años para contraer matrimonio, con el asentimiento de sus padres y dispensa judicial justificada, generándose entre los cónyuges diversos deberes como el de cohabitación previsto en el artículo 289°, entendido como el débito conyugal, es decir, la comunidad de vida entre marido y mujer que tiene como efecto natural las relaciones sexuales; situación extensiva al concubinato regulado por el artículo 326°.

13.8. Para cierto sector de la doctrina<sup>334</sup>, los adolescentes de dieciséis (16) años que tienen como pareja a una persona mayor de edad, sea en matrimonio o concubinato, no calificarían como sujetos activos del delito de violación sexual (...); debido a que el consentimiento del adolescente para la copula sexual con su cónyuge o concubino, tendrá plena eficacia (...), concurriendo la causal de justificación prevista en el artículo 20°, inciso 10) del Código Penal que establece “está exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”. Sin embargo, (...) resulta una interpretación extremadamente restrictiva de la libre autodeterminación sexual sólo de los y las adolescentes de dieciséis (16) a menos de dieciocho (18) años que tienen la condición de cónyuge o concubino, dejando en “desamparo doctrinal” al conjunto mayoritario de la población juvenil

desde los catorce (14) años, que generalmente mantienen relaciones sexuales sin que medie un vínculo jurídico permanente, sino simplemente una relación afectiva ocasional.

13.9. Nuestra posición parte de una interpretación extensiva del alcance de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil respecto al reconocimiento del derecho a la libertad sexual de los adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, entendido básicamente como la autonomía de elección del tiempo, forma y persona con quien tener relaciones sexuales, por tratarse de un derecho humano connatural al libre desarrollo de la personalidad. Entonces, si un adolescente desde los dieciséis años puede casarse y desde los catorce (14) años, puede reconocer a sus hijos, ¿Puede tener relaciones sexuales libremente?, ¿Tiene el adolescente derechos reproductivos? Indudablemente la respuesta (...) será afirmativa<sup>335</sup>. Por tanto, el derecho a la autodeterminación sexual de los y las jóvenes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, implícito en la posibilidad de acceder al matrimonio y la paternidad, lógicamente conlleva a una interpretación extensiva de esta libertad sexual reconocida en el ámbito normativo civil, como el bien jurídico a ser tutelado en los delitos sexuales en el ámbito normativo penal.

13.10 En esta línea de pensamiento, Mayda Ramos Bellido<sup>336</sup>, responsable de la Adjuntía de la Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo expresa: ‘nosotros pensamos que es lo correcto y adecuado de que se vuelva a establecer que de catorce (14) años para abajo existe la indemnidad sexual, mucho más si tenemos en cuenta que el Código Civil reconoce determinados

capacidades a los y las adolescentes, por ejemplo, una adolescente de catorce (14) años puede reconocer a un hijo, a los dieciséis (16) años pueden casarse, pueden firmar contratos, entonces tienen una capacidad relativa, con mayor razón a partir de determinada edad ellos pueden asumir su responsabilidad sobre su sexualidad. Esto no es una puerta para que los violadores hagan lo que quieran”.

#### 14. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

14.2. Para DEMUS<sup>337</sup> “el problema radica en que en pleno siglo XXI, muchos adultos actúan como si los adolescentes no tuvieran relaciones sexuales (...), la realidad demuestra lo contrario ya que la adolescencia es una etapa de maduración emocional e intelectual que paralelamente con la maduración física genera un deseo por la independencia y libertad en todos sus ámbitos”. Crítica que se condice con la realidad de nuestro país, pues conforme a un estudio realizado por el Instituto de Salud y Educación<sup>338</sup>: “2 de cada 10 adolescentes han iniciado su vida sexual a partir de los 15 años”.

14.3. En opinión de Jennie Dador<sup>339</sup>, (...) del Movimiento Manuel Ramos “toda persona mayor de catorce (14) años es sujeto de derecho y tiene libertad de ejercer su sexualidad. (...) el sexo consentido entre adolescentes eso no tiene porque ser un delito. Entonces, bajo la intención de decir, vamos a proteger a los adolescentes (art. 173.3° del CP), en realidad lo que estamos haciendo es proscribir la posibilidad de que ellos tengan relaciones sexuales, cuando la realidad del país te esta diciendo otra cosa. En este país los adolescentes y las

adolescentes tienen capacidad para todo menos para decidir el ejercicio de su sexualidad. O les damos capacidad o no les reconocemos esa capacidad, pero porque cuando tiene que ver con temas de ejercicio de la sexualidad los estamos tratando como algo más que animalitos. Ya no es el adolescente o el niño un objeto de protección, sino un sujeto que se le reconocen derechos progresivamente, entonces, estamos hablando de catorce años hacia arriba, no estamos hablando de once o doce”.

14.4. La psicóloga María Raguz<sup>340</sup> se refiere a la sexualidad de los adolescentes como un derecho humano, proponiendo una cultura sexual con autoestima, capacidad crítica, reflexión, cuando afirma: ‘No hay que temerle a la educación sexual integral. Eso no nos hará un estado libertino. La educación sexual no promueve la pedofilia, la homosexualidad o la promiscuidad (...). Es inmoral negarles ese derecho a los jóvenes. La educación sexual que enseñe a los jóvenes que el sexo con responsabilidad y en libertad, no tiene nada de malo. Los chicos y chicas que reciben información sobre la sexualidad desde pequeños o antes de haberse iniciado sexualmente, tienden a postergar su primera relación y cuando esta se da, es deseada, protegida y no violenta”.

14.5. (...) Mario Pablo Rodríguez Hurtado<sup>341</sup> reflexiona (...)“, Por qué los autores de esta ley se han atrevido a dar un paso tan sobre criminalizado y completamente injustificado? ¿Qué los motiva a considerar delito, actos completamente naturales y legítimos, como son las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 años? ¿Por qué no se han detenido a evaluar los problemas que esta ley va a ocasionar fatigando más los

recargados despachos fiscales y judiciales, y ahondando el hacinamiento y la desesperanza en los penales, debido al drama de los presos sin condena?. La única respuesta la encontramos (...) en la falta de una autentica política criminal o política pública de afrontamiento de la delincuencia; sin ella, el legislador se enfanga en cambios normativos, irracionales y, además, draconianos, postergando una visión y salida socio económica, familiar, cultural y educativa del problema”.

## 15. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

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

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

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

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

15.5. La Ley N°28704 del 05/04/2006, que modifica el artículo 173° del Código Penal, para incluir (...) a los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años (inciso 3°), pretendiéndose vía la represión penal coactar su libertad de autodeterminación sexual para decidir como, cuando y con quien tener acceso carnal, negando eficacia jurídica al consentimiento, en una (mala) suerte de equiparación a la especial situación psicobiológica de los menores de

catorce (14) años. Esta nueva regulación penal que amplía arbitrariamente la franja de indemnidad sexual a toda persona menor de dieciocho años, constituye sin lugar a dudar el más craso error legislativo<sup>342</sup>, que solo se justifica en él supuesto rédito político de cierto sector conservador de la sociedad, como abanderados de una falsa y mojigata moralidad<sup>343</sup>.

15.6. La Cédula Parlamentaria Aprista (...), ha presentado el Proyecto de Ley N° 207/2006-CR, con fecha catorce de septiembre del dos mil seis, con el objeto de modificar los artículos 170° y 173° del Código Penal (...), proponiendo la exclusión de los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad como sujetos pasivos del delitos de violación sexual presunta previsto en la redacción actual del artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por Ley N° 28701, fundamentando que se puede llegar al exceso de sancionar penalmente a una persona que tiene dieciocho (18) años y que haya tenido actividad sexual con una menor de diecisiete años; además de resultar contradictorio penalizar la actividad sexual de los adolescentes, cuando los menores de dieciséis (16) años pueden contraer matrimonio conforme al artículo 241°, numeral 1) del Código Civil. El proyecto de ley tuvo dictamen favorable por unanimidad en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República<sup>344</sup>, aprobado por el pleno del Congreso el veintiuno de junio del dos mil siete, pero fue observado por el Poder Ejecutivo<sup>345</sup>, encontrándose a la fecha encarpeta por desidia política.

## 16. DESVINCULACIÓN DE LA CONSULTA N°2224-2007-AREQUIPA



16.1. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (...), mediante resolución de fecha veinte de noviembre del dos mil siete, en el expediente signado como Consulta N° 2224-2007- Arequipa, APROBÓ la resolución expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiocho de mayo del dos mil siete (...), en el Expediente N° 2006- 2156, que declaro INAPLICABLE el artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, por colisionar con los artículos 2°, inciso 1°, 2°, inciso 24°, apartado a) y 2°, inciso 24°, apartado d) de la Constitución Política del Estado, por consiguiente, FUNDADA DE OFICIO la excepción de naturaleza de acción, disponiéndose el archivo definitivo del proceso (...) por el delito de violación sexual, en agravio de la menor de iniciales E.S.Z.Y (15 años). La resolución dela Sala Penal de Arequipa constituye un hito importante (...) sobre la cuestionada violación sexual presunta de la redacción actual del artículo 173.3° del CP, con la premisa del pleno reconocimiento de la libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad y la exclusión de todo reproche penal cuando media consentimiento.

16.3. Nuestra posición es concordante en parte por el fondo y discrepante por la forma con la Sala de Derecho Constitucional y Social mediante Consulta N° 2224-2007-Arequipa, suscribimos los (...) argumentos de análisis interpretativo del artículo 173.3° del CP, (...), pero discrepamos de la solución indirecta vía control difuso previsto en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que significa inaplicar la norma penal in examine para resolver el caso, esto porque el principio de ultima ratio de la declaración de inconstitucionalidad y el

principio de conservación de la ley desarrollados por el Tribunal Constitucional, (...) ha establecido la excepcionalidad del control difuso, sólo cuando sea imposible una interpretación congruente con el ordenamiento constitucional y legal; sin embargo, el juez a quo, ha buscado, encontrado y transitado por el camino más riguroso de la solución directa del caso, mediante la utilización de los diversos métodos de interpretación de la norma penal aplicable<sup>346</sup>, con miras a determinar la ratio le gis más razonable, justa y respetuosa del sistema jurídico.

## 17. DESVINCULACIÓN DEL ACUERDO PLENARIO N° 7-20071CJ-116

17.1. Los señores Vocales integrantes de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema (...), de conformidad con el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial acordaron por unanimidad establecer como doctrina legal vinculante (...) en el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ- 116, respecto a la interpretación del artículo 173.3° del CP, modificado por Ley N°28704 en el sentido que: cuando la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10° —que regula la institución del consentimiento- puesto que tiene libre disposición de su libertad sexual. Pero si la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre catorce (14) y quince (15) años de edad, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179°-A.

17.2. El Acuerdo Plenario establece como criterio para descalificar un elemento constitutivo del delito de violación sexual presunta, previsto en el artículo 173.3° del CP, la edad concreta del sujeto pasivo entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años de edad; en tal caso, el sujeto activo que tiene relaciones sexuales con el sujeto pasivo en los parámetros etéreos anotados, en prima face encuadrara su conducta en el tipo penal in examine, será típica, pero no concurrirá el segundo elemento de anti juridicidad del delito, dado que el mismo acto, encuentra permisión en el resto del ordenamiento jurídico, más precisamente en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los adolescentes de dieciséis (16) años, previsto en los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil, por tanto, la copula sexual con el consentimiento del sujeto pasivo, será reconocido como el simple ejercicio de su libertad sexual, diluyéndose el injusto, por concurrir la causal de justificación prescrita en el artículo 200, inciso 10° del Código Penal.

17.3. Lo preocupante y discrepante, es que mantiene como delito, las relaciones sexuales consentidas de los adolescentes de catorce (14) y 15 años de edad, invocando para estos el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, a efectos de atenuar la pena hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código acotado, que tratan de conductas semejantes, en las que incluso media el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica, debiendo considerarse, según sus propias particularidades, factores complementarios de atenuación como son los siguientes: a) Que la diferencia etérea entre los

sujetos activo y pasivo no sea excesiva; b) Que existe entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; y c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana.

17.4. Llama la atención la (...) contradicción interpretativa entre los (...) órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, quienes tienen la (...) responsabilidad de uniformizar la jurisprudencia nacional y (...) brindar predictibilidad a la ciudadanía, en la solución de los conflictos jurídico penales, es así, que mientras el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-1 16 de (...) las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, de fecha dieciséis de noviembre del dos mil siete, establece como doctrina legal vinculante que las relaciones sexuales consentidas con los y las adolescentes de catorce (14) y quince (15) años de edad constituye delito de violación sexual presunta previsto en el artículo 173,3° del CP; por otro lado, Sala de Derecho Constitucional y Social de la misma Corte Suprema (...), mediante Consulta N° 2224-2007-Arequipa de fecha veinte de noviembre del dos mil siete (06 días después), en un caso concreto de relaciones sexuales consentidas de una adolescente de quince (15) años, declaro inaplicable el artículo 173.3° del CP, por colisionar con los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y al principio de legalidad.

17.5. Nuestra discrepancia y desvinculación del Acuerdo Plenario se centra en el fondo, pero coincidimos en la forma de solución directa, en el sentido que de los diversos sentidos interpretativos del artículo 173.3° del CP, es posible

concluir que las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad son atípicas, alejándonos de la discriminación etarea del Acuerdo Plenario que califica como delito, con penalidad atenuada, la práctica sexual de quienes tienen catorce (14) y quince (15) años, por extensión arbitraria de la indemnidad sexual; así mismo, creemos innecesario invocar el consentimiento de aquellos entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años, como causa de justificación para excluir la antijuricidad de la conducta, dado que, producto de una interpretación conforme a la Constitución, simplemente estamos ante un comportamiento atípico.

## 18. CAUSAL DE SOBRESEIMIENTO

18.1. La señora Fiscal (...), actuando con criterio de objetividad como lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del CPP, ha peticionado el sobreseimiento del proceso (...), por lo que, habiéndose procedido a su análisis jurisdiccional (...), deberá procederse al sobreseimiento dada la interpretación del artículo 173.3° del CP, conforme a la Constitución Política y al resto del ordenamiento penal y civil que (...) nos permite concluir que las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad constituyen un comportamiento atípico, como (...) acontece en el caso de autos, materializado en la copula sexual reiterada y voluntaria entre la menor agraviada (15 años) con el imputado (21 años), consecuente de una relación sentimental de enamorados, de público conocimiento en el círculo familiar y amical de ambos, configurándose la causal (...) [del] artículo 344°,

numeral 2°, inciso b) del CPP, que autoriza el sobreseimiento (...) cuando el hecho objeto de la causa no es típico.

18.2. (...) deberá rechazarse la otra causal de sobreseimiento invocada por el Ministerio Público, consistente en que no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, como lo prescribe el artículo 344°, numeral 2°, inciso d) del CPP, por ser (...) contradictoria con la causal de atipicidad amparada por el juez a quo. En la misma, forma se rechazará la vía del control difuso instada por la señora Fiscal (...), por las mismas consideraciones señaladas para la desvinculación de la Consulta N° 2224-2007-Arequipa.

## 19, INICIATIVA LEGISLATIVA

19.1. El artículo 21° de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que los magistrados por intermedio del Consejo ejecutivo del Poder Judicial, dan cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia, de los vacíos y deficiencias legislativas que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como de las contradicciones e incompatibilidades constitucionales, sin perjuicio de la iniciativa que sobre este propósito pueda sumir directamente el propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, o la Sala Plena de la Corte Suprema. En el primer caso, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial da trámite al pedido del magistrado sin calificar su contenido, a menos que dicho Consejo o la Sala

Plena de la Corte Suprema lo haga suyo con expresa mención del autor de a iniciativa.

19.2. El análisis del caso de autos, ha puesto en evidencia las contradicciones e incompatibilidades de la aplicación del artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, en su formula actual modificada por Ley N° 28704, con la Constitución Política del Estado en su artículo 1° (dignidad), artículo 2°, inciso 1° (libre desarrollo de la personalidad), artículo 2°, inciso 2° (igualdad ante la ley), artículo 2°, inciso 7° (intimidad personal), artículo 2°, inciso 24°, literal “a” (libertad individual), artículo 7° (la salud); artículo 2°, inciso 24°, literal “d” (legalidad penal). Así mismo con el Código Penal en su artículo 170° (violación sexual), artículo 175° (seducción) y artículo 176° (actos contra el pudor). Finalmente con el Código Civil en sus artículos 44°, 46° y 241° (derechos reproductivos, matrimoniales y filiales).

19.3. (...) conforme (...) [al] artículo 21° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá remitirse copia certificada de la presente resolución —una vez consentida o ejecutoriada- al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, para que, - de ser conveniente-, proceda a informar al Congreso de la República, el imperativo de derogar (...) el inciso 3° del artículo 173° del Código Penal (...).

Por éstas consideraciones, en uso de las atribuciones que me confiere los artículos 138° y 139°, inciso 1° de la Constitución Política del Estado, el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 29° y 348° del Código de Procesal Penal, impartiendo justicia a nombre de La Nación;

III. PARTE RESOLUTIVA:

FUNDADO el Requerimiento de SOBRESEIMIENTO peticionado por la (...) Fiscalía Provincial Penal (...) en el proceso seguido (...), por el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (...).

Consentida o ejecutoriada la presente resolución, SOBRESASE TOTALMENTE el proceso. LEVÁNTESE las medidas correctivas de carácter personal y real dictadas contra el imputado y sus bienes y, ANÚLENSE los antecedentes judiciales y policiales derivadas del presente proceso. ARCHÍVESE el expediente (...). DEVUELVASE la carpeta fiscal al representante del Ministerio Público encargado del caso. REMITASE copia certificada de la resolución al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con la debida nota de atención. NOTIFIQUESE al Ministerio Público y demás sujetos procesales.

-----  
(1) Código Procesal Penal del 2004, vigente en el Distrito Judicial de La Libertad, desde el 01 de abril del 2007.

1.5. Con fecha veintitrés de noviembre del dos mil siete, la 2FPPCT dicta *disposición de conclusión de la investigación preparatoria* (...), por haberse vencido el plazo de investigación previsto en el artículo 342°, numeral 1° del CPP.



(2) TAVARA OROZCO, Luis. Contribución de las Adolescentes a la Muerte Materna en el Perú. Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología ISSN. En: <<http://sisbib.unmsm.edu.pe/IBVRevistas/ciinecologiaNo15oN2/a06.htm>> [consulta: 28 de marzo del 2008].

(9) Encuesta Demográfica de Salud — ENDES 2000. Citado por la carpeta de la Mesa de Vigilancia Ciudadana en Derechos Sexuales y Reproductivos, Conferencia de Prensa sobre la Ley de Indemnidad Sexual, 05 de diciembre del 2006.

(10) Instituto Nacional de Estadísticas. Perú en Cifras, 2005.

(11) TORRES, Nilton. La (mala) Educación Sexual En: Diario La República. Suplemento Domingo. Lima. 30 de marzo del 2008, pp. 20-22.

(15) BARLETTA VILLARAN, María Consuelo. Entre la “Indemnidad Sexual y la “Libertad Sexual” para los y las Adolescentes brindar protección o autonomía en la decisión. En: Revista Peruana de Derecho de Familia. Numero 2/Diciembre-2007. Lima, pp. 51-57.

(16) Núbil significa que esta en edad de casarse o en las condiciones requeridas para el matrimonio.

(19) BAJO FERNANDEZ, Miguel. Manual de Derecho Penal. Tomo 1. 1991, p. 198. Prefiere enseñar que la libertad debe entenderse de dos maneras. Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros

(22) GARCÍA, Erika. 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. 2006.

(23) NAGLE, Jennifer y CHÁVEZ, Susana. De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes: El caso de la modificatoria del Código Penal, Ley N°28704. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos PROMSEX. 2007.

(25) Carta de Susana Chávez. Grupo Coordinador de la Mesa de Vigilancia Ciudadana en Derechos Sexuales y Reproductivos, a la Doctora Luz Monge, Defensora Especializada en los Derechos de la Mujer, Defensoría del Pueblo, 05 de septiembre del 2006.

(26) Informe N° 1181-2006-OGAJ/MINSA.

(27) “En tiempos que la tendencia jurídica más bien es bajar la edad a los doce años como limite para la indemnidad sexual, en nuestra patria, con la ley en análisis, sin fundamento fáctico explicable y racional, se ha incrementado hasta los dieciocho años”. SALINAS SICCHA, Ramiro. La Irracionalidad Legislativa en los Delitos Sexuales. En: Actualidad Jurídica. N° 149. Gaceta Jurídica. Lima. Abril-2006, p. 17.

(28) “El legislador ha expedido una ley temeraria y absurda que termina por aniquilar cualquier intento de racionalidad en la regulación de los delitos contra la libertad sexual”. CASTILLO ALVA, José Luis. La Muerte de la Sexualidad en los Adolescentes. La Ley N° 28704 y la Irresponsabilidad del Legislador. En: Actualidad Jurídica. N° 149. Gaceta Jurídica. Lima. Abril-2006, p 14.

(34) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal - Parte General. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2006, p. 94.

(35) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, Derecho Penal. Parte General. Quinta edición revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002, p. 80.

(37) VÁSQUEZ BOYER, Carlos, El Matrimonio, el Concubinato, la Profesión y el Oficio como causa de Justificación en el Delito de Violación Sexual Presunta del Artículo 173 del CP. En: Dialogo con la Jurisprudencia N° 105. Lima, 2007, pp. 189-1 98.

(39) Posición compartida por Christian Hernández Alarcón en su artículo: ¿Son incapaces los menores de edad?. En: <[www.teleley.com/articulos/art250607.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art250607.pdf)> [consulta: 25 de marzo del 2008].

(40) IDEELE RADIO: Relaciones sexuales consentidas en menores: el debate esta abierto. Trasmitado el 04/06/2007 a las 10:00am.

(42) DEMUS. Lo que la sociedad niega ver y el Estado pretende solucionar El ejercicio de la sexualidad adolescente. En: [www.demus.org.pe/Menus/Alertas/alertaSexualidadAdolescente.asp](http://www.demus.org.pe/Menus/Alertas/alertaSexualidadAdolescente.asp) [consulta: 25 de marzo del 2008].

(43) El estudio se realizó en tres distritos de a ciudad de Lima: San Juan de Lurigancho, Jesús María y Pueblo Libre. En: Representaciones sociales e itinerarios de salud sexual y reproductiva de adolescentes y jóvenes. QUINTANA, Alicia, HIDALGO, Catalino, DOUROJEANNI. Lima. 2003.

(44) IDEELE RADIO: Relaciones sexuales consentidas en menores: el debate esta abierto. Trasmitado el 04/06/2007 a las 10:00 am, En: <[www.ideeleradio.org.pe/look/portal/article.tpl?ldLanguage13&ldPublication7&NrIssue40&NrSec](http://www.ideeleradio.org.pe/look/portal/article.tpl?ldLanguage13&ldPublication7&NrIssue40&NrSec)> [consulta: 25 de marzo del 2008].

(45) TORRES, Nilton. La (mala) Educación Sexual. En: Diario La República.

Suplemento Dominical. Lima. 30 de marzo del 2008, pp. 20-22.

(46) RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. El Nuevo Grito de Guerra del Torpe Legislador Draconiano.' A la Cárcel por "Violador", aunque la "Víctima" haya Consentido Libremente la Relación Sexual. En: <[www.pi.qob.pe/noticias/nota\\_exportar.asp?codigo3530](http://www.pi.qob.pe/noticias/nota_exportar.asp?codigo3530)> [consulta: 25 de marzo del 2008].

(48) "A esta clase de legislador poco le interesa la bomba de tiempo que deja, pues siente que su torpe severidad coincide con el reclamo popular y que su gesto convertido en ley mejorará, aunque, no mucho, el desprestigio acumulado por su pésima gestión". RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. El Nuevo Grifo de Guerra del Torpe Legislador Draconiano: A la Cárcel por "Violador", aunque la "Víctima" haya Consentido Libremente la Relación Sexual.

(49) "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 estructura hermenéutica y teleológica del bien jurídico, que socavan la libertad como piedra angular del ser humano. A partir de esta orientación punitivista, comportamientos socialmente adecuados serán objeto de una represión irracional e indiscriminada, con el consiguiente desgaste del Derecho Penal. Con todo, se vulneran los principios de lesividad, de libertad y de igualdad". PENA CABRERA FREYRE, Raúl Alfonso. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Un Estudio Jurídico, desde una Perspectiva Penal, Procesal y Criminológica. Idemsa. Lima. 2007, pp. 191 -192.

(50) Para el congresista Raúl Castro, Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos “con la anterior ley, si una pareja de jóvenes tiene una relación sexual consentida y el padre de alguno denuncia violación, el acusado puede ser condenado a 25 años de prisión. Tal como esta la ley, la mitad de los jóvenes del Perú podrían ser condenados”. En: Diario La República del 22/06/2007.

(51) “Debemos preguntar a los padres de familia si están de acuerdo que sus hijas de 14 a 18 años estén expuestas al acoso sexual de hombres mayores” (Dra. Rosa María Vengas - Presidenta de la Comisión de la Mujer). “Es una puerta abierta para muchos casos de violación” (Dra. Virginia Borra - ex Ministra de la Mujer y Desarrollo Social). “Soy padre de cuatro hijas y no creo que a los 14 años —los menores- estén en condiciones de dar un consentimiento” (Dr. Alan García Pérez — Presidente de la República).

(52) La vía de aplicación e interpretación correcta del art. 173.3° del CP, también ha sido el método de trabajo empleado por el doctor Constante Carlos Avalos Rodríguez, Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, para disponer no formalizar investigación preparatoria en un caso similar de relaciones sexuales consentidas con una adolescente de 14 y menos de 18 años. En: Carpeta Fiscal N° 2965-2007, Disposición N°02 de fecha 16 de octubre del 2007.

1.6. Consulta: Corte Suprema de Justicia de la República; Sala de Derecho Constitucional y Social.....CONSULTA N° 637-2008; AREQUIPA. 30 abril 2008.

SENTENCIA

CONSULTA N°. 637-2008

AREQUIPA

Lima, treinta de abril del dos mil ocho.-

VISTOS: Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la Resolución dictada en estos autos por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, (...), del treinta y uno de enero del dos mil ocho, ha sido elevada en consulta a ésta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse dejado de aplicar el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704 que incluye como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre los catorce años de edad y menos de dieciocho, sin afectar su vigencia; en el proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual, seguido contra Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa, en agravio de la menor de iniciales M.A.G.B.

SEGUNDO: Que, según el artículo 138 de la Constitución Política (...) en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera e igualmente deben preferir la normal legal sobre toda otra norma de rango inferior, asimismo, el artículo 14 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial prescribe que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resolverán la causa con arreglo a la primera

TERCERO: Que, en el presente caso, con la acusación fiscal obrante a fojas ciento cuarenta y tres, se acusa a don Leonidas Vicente Jilhuallanca Arapa por el delito de Violación de la Libertad Sexual, previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley N°28704 en agravio de la menor M.A.G.6., básicamente se acusa al denunciado, quien contaba al momento de ocurrido los hechos denunciados con treinta y nueve años de edad, haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada cuando la misma tenía dieciséis años.

CUARTO: Que, el tema a que el presente caso se contrae, debido a la complejidad de su contenido, la naturaleza del proceso que se ventila y por la serie de derechos que se encuentran en discusión, obliga a este Supremo Colegiado a efectuar un análisis razonando a los efectos de encontrar una solución actual y en justicia conforme a la trascendencia de la materia consultada.

QUINTO: Que, en principio es preciso tener en cuenta el marco legislativo sobre el cual gira el denominado delitos de violación de menores de edad comprendidos entre los catorce y dieciocho años de edad. Al respecto, el artículo 170 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704

que define el tipo base de los delitos contra la libertad — violación sexual prevé que aquel que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; coherente con lo anterior, el texto original del artículo 173 del Código Penal establecía que el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1) Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de quince años; 2) Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de ocho años. 3) Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de cinco años; y si el menor era discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años, para cada uno de los casos previstos en los tres incisos anteriores; en este mismo sentido el texto original del artículo 175 del Código Penal previno que quien mediante engaño, practique el acto sexual con una persona de catorce años y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas.

SEXTO: Que, lo establecido en el artículo 173 del Código Penal ha sido objeto de sucesivas modificaciones legislativas: por Ley N° 26293, Decreto Legislativo N° 896, Ley N° 27472, Ley N° 27507 y la Ley N° 28251 respectivamente,



normas a través de las cuales básicamente se modificó el quantum de la pena a imponerse en ese tipo de delitos, teniéndose en cuenta la edad de la víctima menor de catorce años de edad, llegándose a establecer inclusive que si la víctima tenía menos de siete años, la pena a imponerse sería de cadena perpetua; además, la última Ley modificatoria N° 28251 introduce una nueva definición del delito de violación de menores de catorce años, estableciéndola como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a actos análogos a la introducción de objetos o partes del cuerpo; empero, las sucesivas modificaciones legislativas, el Código Penal mantiene la definición de los delitos de violación de menores de catorce años y seducción o estupro, contemplado en el artículo 175 del acotado.

SÉTIMO: Que, el cinco de abril del dos mil seis se publicó en el diario Oficial el Peruano la Ley N° 28074, norma que modifica el tipo penal de Violación Sexual de Menor de edad de catorce años, ampliando su ámbito de protección a las personas que tienen entre los catorce y los dieciocho años de edad. De acuerdo a esta norma, actualmente toda relación sexual con una persona menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no, aplicándosele una pena privativa de libertad entre veinticinco y treinta años.

OCTAVO: Que, el tema aquí en análisis ciertamente gira en torno al fenómeno de la violencia sexual que exige, si bien la toma de medidas necesarias y disuasivas para que esta clase de delitos desaparezca o por lo menos aminore en nuestra sociedad, no obstante, ello no puede servir como alegato para

penalizar las relaciones sexuales de los jóvenes adolescentes en desmedro de lo que se ha dado en llamar la “libertad sexual de los adolescentes”.

NOVENO: Que, Tavera -Orozco<sup>294</sup> refiere que una sociedad con patrones culturales tradicionales, como la nuestra, ni la familia, ni la escuela, ni en general la sociedad acepta fácilmente la idea de la sexualidad en la adolescencia. Por ello no se educa a los adolescentes sobre la vida familiar o sexual pues solamente se les brinda una educación insuficiente y sin relación con sus necesidades reales en el que las adolescentes raramente acceden a los servicios de salud productiva y anticoncepción.

DÉCIMO: Que, añade dicho autor<sup>295</sup> citando a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar dos mil (ENDES dos mil), que la edad mediana a la primera relación sexual de las mujeres de veinte a cuarenta y nueve años es a los diecinueve años. Debe considerarse de esta misma fuente que en las mujeres sin educación o con instrucción primaria, este indicador ocurre a los diecisiete años. De otro lado, en lo que aquí refiere, agrega el citado autor, existen estudios que señalan que el inicio de la vida sexual es a los trece a catorce años en varones y a los quince años en mujeres.

DÉCIMO PRIMERO: Que, es menester precisar que el problema de la violencia sexual contra menores en nuestro país deviene en causas y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso, y que mas bien se encuentran vinculados a fa salud, educación, situación de inseguridad y pobreza de la población, no basta entonces con la emisión de

una norma que finalmente termine desconociendo precisamente a quienes pretende proteger.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en tal sentido, la determinación del inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos

preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficiente para decidir sobre su sexualidad, antes bien corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo a su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en qué momento estará lista o ha adquirido la madurez necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en ese sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad.

DÉCIMO TERCERO: Que, al respecto, según datos proporcionados por UNICEF<sup>296</sup> (...) la edad mínima de libre consentimiento, es decir, la edad en la que se puede decidir tener relaciones sexuales con una persona, varía bastante en todo el mundo, así por ejemplo, refiere dicho organismo que en algunas partes de los Estados Unidos, o en Egipto, y ahora en el Perú, la edad es de dieciocho años; en Irlanda del Norte, diecisiete; en Namibia, dieciséis; en Suecia, quince; en Canadá, Catorce; en Corea, Trece; y en México, doce. En tal sentido, si bien no existe un consenso sobre la edad de libre consentimiento,

existe una preocupación de la Convención sobre los Derechos del Niño porque se proteja a los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual.

DÉCIMO CUARTO: Que, otro alcance estadístico respecto a la edad del comienzo del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho comparado latinoamericano nos lo proporciona el penalista nacional Castillo Alva<sup>297</sup>, así por ejemplo: Brasil/catorce años, Puerto, Rico/catorce años, Paraguay/catorce años, Colombia/catorce años, Ecuador/catorce años, El Salvador/catorce años, Argentina/trece años, España/trece años, Costa Rica/doce años, Cuba/doce años, Honduras/doce años, Guatemala/doce años, Chile/doce años, México/doce años y Venezuela/doce años.

DÉCIMO QUINTO: Que, por consiguiente, en tomo a la legislación internacional sobre despenalización de las relaciones sexuales consentidas, la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio para que una persona esté en capacidad -dada su madurez biológica y psicológica- para decidir voluntariamente si tiene o no relaciones sexuales es de doce años.

DÉCIMO SEXTO: Que, un estudio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos sostiene, citando a la Encuesta Demográfica Nacional (ENDES 2004-2005)<sup>298</sup>, que la edad del inicio sexual reportado en el país ocurre en promedio a los dieciséis coma ocho años en los hombres y a los dieciocho coma dos años en las mujeres. No obstante, existen grandes variaciones entre regiones y niveles educativos siendo el inicio sexual más temprano en las regiones de la Amazonia y la sierra tal como lo reportan

estudios de investigación realizados en el Perú. Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en tres ciudades del país (Lima, Huancayo e Iquitos) reporta que el inicio sexual en mujeres adolescentes sucede en promedio a los dieciséis años mientras que en el grupo de varones a los quince coma cinco años. Se sabe también por éste estudio que existe un estrecho vínculo entre el acceso a la educación sexual oportuna y la postergación del inicio sexual, lo cual se evidencia en el dato que señala que el inicio sexual antes de los quince años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad (ENDES dos mil cuatro-dos mil cinco)

DÉCIMO SÉTIMO: Que, con respecto al tipo de pareja con la que los y las adolescentes reportan tener relaciones sexuales, en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (dos mil cinco)<sup>299</sup>, se encuentra que un 93% de la mujeres y 52% de los varones refieren haberse iniciado sexualmente con “el/la enamorado”, lo cual significaría que se trata de relaciones sexuales voluntarias. Este dato se confirma con la información acerca de los motivos para tener relaciones sexuales, en los cuales los adolescentes reportan relaciones sexuales consensuales (“porque ambos queríamos tenerlas”: 54.9% en el caso de las mujeres y 49.8 en varones; “porque yo quería”: 9.5% y 22.5% respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: 34.7% y 32.2% respectivamente). Merece destacar, asimismo otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en cuatro regiones del Perú (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) con población adolescente mayor de catorce años que coincide con los datos antes descritos, en este caso, el 79% de losas adolescentes

señaló que había experimentado relaciones sexuales voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación.

DÉCIMO OCTAVO: Que, (...), en torno a la noción del consentimiento del adolescente, cabe resaltar la noción de “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que se sustenta en el paradigma de que el niño debe ser protegido y, aun cuando es sujeto de derechos, estos deben regularse de acuerdo a su edad y madurez (preámbulo de la Convención y su artículo 12). Además, y en circunstancias en que se contrapongan los derechos y deberes de un adulto con los de un niño, debe tenerse en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo cuarto, además de reconocer que los menores de dieciocho años no pueden ser penalizados, consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, entre ellos, a que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

DÉCIMO NOVENO: Que, llegado a este punto, conviene efectuar algunas precisiones sobre la Ley N° 28704 finalmente aprobada por el Congreso de la República, así como su debate en sede congresal. No obstante, no es intención de la presente resolución hacer un seguimiento pormenorizado de los orígenes de la citada Ley pues la misma fue debatida in extenso en dicho Poder del Estado.

VIGÉSIMO: Que, así por ejemplo, de la séptima sesión del veintidós de abril del dos mil cuatro aparecida en el diario de debate del Congreso respecto al

Proyecto de la Ley N° 28704, se advierte la formulación de una serie de textos sustitutorios que dejan denotar que la referida Ley fue muy discutida y en algunos puntos incluso no se llegaba a un consenso en cuanto al artículo 173 inciso 3 del Código Penal<sup>300</sup>.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en este escenario, la Ley N° 28704 encontrándose ya en plena vigencia ha sido objeto de críticas y opiniones contrarias a su promulgación, ello en mérito a diversas instituciones públicas y privadas como el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Defensoría del Pueblo, entre otros, quienes se han pronunciado por una modificatoria de la Ley N° 27804, en especial del artículo 173 inciso 3 del Código Penal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por la inconveniencia de la norma o las voces de alarma de la Organizaciones No Gubernamentales o del Gobierno sobre el tema, lo cierto es que existen en la actualidad varios Proyectos de Ley que proponen modificar el ya modificado artículo 173 del Código Penal (...)<sup>301 302</sup>.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en el presente caso, de a declaración prestada por [a menor (...)] y de los medios de prueba merituados por la Sala Penal, se infiere razonadamente, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado Leonidas Vicente Jíhuallanca Arapa se han realizado con su consentimiento, por lo que resulta evidente que la menor en referencia a! consentir las relaciones sexuales (...) no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que

tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personal, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, por tanto ésta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el caso concreto se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política (...) en cuanto reconoce como un derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, y de otro el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 inciso 3 del Código Penal y tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad, con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, por lo que es necesario dilucidar dicho conflicto a favor de la norma constitucional precitada.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, el artículo 44 inciso 1) del Código Civil establece la incapacidad relativa para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, en tal sentido, como refiere Torres Vásquez<sup>303</sup>, la aptitud de dichas personas para desenvolverse por si mismos en las relaciones sociales así como para la asunción de su particular esfera de responsabilidad se encontraría próxima a los límites de a mayoría de edad, por lo que, en principio los actos que ellos realizan, producirían normalmente todos sus efectos que le resulten propios.



VIGÉSIMO SEXTO: Que (...), delo establecido en el artículo 46 del Código Civil, es razonable suponer que el matrimonio de (...) mayores de dieciséis años resultaría permisible al conferirles la ley capacidad general plena de ejercicio dado el grado de madurez psico biológica alcanzado, por lo que al cesar la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años de edad por matrimonio, resultaría un contrasentido de que una persona mayor de dieciséis años encontrándose casada pueda ser víctima de violación presunta.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Que, por consiguiente, a legislación peruana no puede estar a contracorriente de lo estatuido legalmente en todos los países latinoamericanos cuyas realidades sociales y culturales se asemejan a la nuestra, por lo que mantener una legislación punitiva a este respecto, contradice la realidad social en la que se debe el legislador para que sus leyes tengan efectividad jurídica.

Por estas consideraciones: APROBARON la sentencia obrante a fojas trescientos setenta y siete, del treinta y uno de enero del dos mil ocho, que declara INAPLICABLE por colisión con los artículos 2 inciso 1, 2 inciso 24 apartado a) y d) de la Constitución Política del Estado, el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley 28704; con lo demás que contiene, en el proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual, seguido contra Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa, en agravio de la menor de iniciales M.A.GB.; Señor Vocal Ponente: Ferreira Vildózola; y los devolvieron.

S.S. Rodríguez Mendoza; Gazzolo Villata; Pachas Ávalos; Ferreira Vildózola; Salas Medina.

- 
- (1) TAVARA-OROZCO, Luis “Contribución de las adolescentes a la muerte materna en el Perú” encontrado en la pagina Web: <http://sisib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologiaNo15O-N2/a06.htm>.2007.
  - (2) TAVARA OROZCO, Luis. Ob Cit.
  - (3) Datos encontrados en la pag. Web de la UNICEF: [www.unicef.org/voy/spanish](http://www.unicef.org/voy/spanish)
  - (4) CASTILLO ALVA, José Luis. ‘La Muerte de la Sexualidad en los Adolescentes En Revista Actualidad Jurídica N 149. Lima. Perú. 2006.
  - (5) ENDES 2004-2005. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, encontrado en la página Web del Ministerio de Salud, [www.minsa.cop](http://www.minsa.gob.pe).
  - (6) Datos encontrados en la pág. Web del Centro de Promoción y Defensa de los derechos Sexuales y Reproductivos: [www.promsex.org/](http://www.promsex.org/)
  - (7) Nos referimos en concreto a una votación del texto sustitutorio de los proyectos de Ley números 1022, 2562 y 327112001-CR.
  - (8) Uno de aquellos proyectos modificatorios de la Ley N° 28704 fue el presentado por la Congresista Mercedes Cabanillas de fecha 18 de mayo del 2006 (...).
  - (9) Otra propuesta Legislativa tendiente a modificar igualmente la Ley N° 28704 es la presentada por el Congresista Alejandro Rebaza Martel! en fecha 07 de marzo del 2007 (...).
  - (10) TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Código Civil”. Sexta Edición. Editorial Temis SA. 2002.

2. Acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República

2.1. Corte Suprema de Justicia de la República; Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias: Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

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

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

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

ACUERDO PLENARIO

I) ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder

Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las

Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

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

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

7. Por otro lado, *el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares.*

Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene

catorce o más años de edad. De igual manera, el artículo 179° A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que "...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años". Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien "...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años".

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

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

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

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

menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

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

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

12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica-. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de



dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que *la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años*, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, *cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual*, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero *si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal*. Es claro, por lo demás, que *cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal*.

### III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

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

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

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.  
Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDOÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERÓN CASTILLO

ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI

2.2. Corte Suprema de Justicia de la República. IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial; ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116.

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

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

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

## ACUERDO PLENARIO

### I. Antecedentes.

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

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

ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis

se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los

fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

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

## II. Fundamentos Jurídicos

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

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

protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

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

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

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base

normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

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

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.



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

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

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

Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

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

10. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

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

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se

contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

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

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo

segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

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

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

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que

condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

### III. Decisión

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

Por unanimidad;

ACORDARON:

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

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

16. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.  
Hágase saber.

Ss.

Gonzales Campos

San Martín Castro

Villa Stein

Lecaros Cornejo

Prado Saldarriaga

Rodríguez Tineo

Law&Iuris 8

Valdez Roca

Rojas Maraví

Ponce De Mier

Molina Ordoñez

Santos Peña

Vinatea Medina

Príncipe Trujillo

Pariona Pastrana

Zecenarro Mateus

Calderón Castillo

Urbina Ganvini

-----  
BACIGALUPO, Enrique..... "Manual de Derecho Penal, Parte General", Editorial Temis - Bogotá-Colombia 1989.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio..."Temas de Derecho Penal", Edi. Cultural Cuzco S..A., Lima Perú 1993.

### 3. Proyectos legislativos referidos a la modificación de la Ley N° 28704

#### 3.1. Proyecto de Ley N° 14701/2005-CR

Sumilla: Propone modificar los artículos 170° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Presentación: 18 de mayo del 2006

Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2005

Congresista: Mercedes Cabanilla Bustamante

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

Art. 1°.- Modificación de los artículos 170° y 173° del Código penal

Modificase los artículos 170° y 173° del Código penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

"Art. 170°.-Violación sexual

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

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

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

La pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, si la víctima tiene entre catorce años de edad y menor de dieciocho. Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre



la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena será de cadena perpetua".

"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, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

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

Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza la pena para los sucesos previstos en el inciso 2 será la cadena perpetua".

Art. 2°.- De las normas derogatorias

Deróganse las normas legales que se opongan a la presente ley.

Exposición de motivos

*1. El objetivo del proyecto*

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170 y 173 del Código penal, que fueron modificados recientemente por la Ley N° 28704 (05/04/2006),

con le propósito de precisar adecuadamente el tipo penal del delito de violación sexual en agravio de menores de edad, entre catorce años de edad y menos de dieciocho.

## *II. Fundamentación de la iniciativa legislativa*

1. La ley N° 28704 modificó varios artículos del Código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual- incluyendo los artículos 170° y 173° - referidos al delito de violación sexual (tipo general y sus agravantes) y al delito de violación de menores.

2. Antes de la Ley N° 28704, el artículo 173° del Código penal criminalizaba el delito de violación sexual de menores de catorce años, con penas que oscilaban entre 20 años de privación de la libertad y cadena perpetua, según el rango de la edad y determinadas circunstancias agravantes. El tipo penal, previsto en el artículo 173°, protegía a la "indemnidad sexual o indemnidad sexual" de los menores de catorce años de edad. Ello, porque el derecho penal entiende que estos menores no pueden ejercer jurídicamente su libertad sexual. En estos casos, penalmente "se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad" (<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> Cf. CARO CORIA y SAN MARTÍN CASTRO, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima, 2000, p. 69.

3. Con la Ley N° 28704, se modifico el artículo 173° del Código penal, incluyendo dentro de la "indemnidad sexual o indemnidad sexual" las víctimas entre catorce años de edad, y menores de dieciocho años, con lo cual se sanciona penalmente la actividad sexual realizada con menores entre 14 años y menores de 18 años. Es decir, se puede llegar al exceso de sancionar penalmente a una persona que tiene 18 años y que haya tenido actividad sexual con una menor de 17 años. Además, resulta contradictorio penalizar la actividad sexual de los adolescentes, cuando los menores de 16 años de edad pueden contraer matrimonio, conforme al artículo 241 numeral 1) del Código Civil.

4. La situación descrita nos obliga a modificar los artículos 170° y 173° del Código penal sin abandonar la premisa de sancionar drásticamente a los autores del delito de violación sexual. En este sentido, el supuesto en que la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad debe mantenerse como una modalidad agravada del delito de violación sexual, pero bajo el tipo penal genérico previsto en el artículo 170 del Código penal, que refiere que "mediante violencia o grave amenaza", tal como estaba tipificado antes de la modificación incorporada por la Ley N° 28704.

5. Finalmente, podría mantenerse la sanción propuesta en la Ley N° 28404, que establece la pena privativa de libertad, entre 25 y 30 años de prisión para los violadores de menores de edad entre 14 y 18 años de edad. Cuando la forma es agravada, es decir, si el agente tiene una posición de autoridad, vínculo familiar o de confianza, la pena es de cadena perpetua.

*III. Efectos de la iniciativa legislativa en la legislación vigente*

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170° y 173° del Código penal, relacionados con el delito de violación sexual con el propósito de tipificar adecuadamente dicho delito en agravio de menores de edad.

*IV. Análisis de costo beneficio*

La iniciativa legislativa no irriga mayor gasto para el tesoro público, porque son propuestas que buscan tipificar adecuadamente el tipo penal del delito contra la libertad sexual de menores de edad. No tiene implicancia económica.

3.2. Proyecto de Ley N° 207/2006-CR

Presentación: 14 de septiembre del 2006

Grupo Parlamentario: Partido Aprista Peruano

Sumilla: Propone modificar los artículos 170° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Legislatura: Primera Legislatura Ordinaria 2006

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

Art. 1°.- Modificación de los artículos 170° y 173° del Código penal

Modifícanse los artículos 17° y 173° del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

"Art. 170°.- Violación Sexual

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

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

1. Si la violación se realiza mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.

3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función Pública.

4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del Centro Educativo donde estudia la víctima.

Siempre que medie violencia o amenaza, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familia que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena será de cadena perpetua.

"Art. 173°.- Violación sexual de menor de edad

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

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena para los sucesos previstos en el inciso 2 será la cadena perpetua".

## Art. 2°- De las normas derogatorias

Deróganse las normas legales que se opongan a la presente ley.

### Exposición de motivos

#### I. El objeto del proyecto

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170° y 173° del Código penal, que fueron modificados recientemente por la Ley N° 28704 (05/04/2006) con el propósito de precisar adecuadamente el tipo penal de delito de violación sexual en agravio de menores de edad, entre catorce años de edad y menos de dieciocho.

#### II. Fundamentación de la iniciativa legislativa

1. La Ley N° 28704 modificó varios artículos del Código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual —incluyendo los artículos 170° y 173°— referidos al delito de violación sexual (tipo general y sus agravantes) y al delito de violación de menores.

2. Antes de la Ley N° 28704, el artículo 173° del Código penal criminalizaba el delito de violación sexual de menores de catorce años, con penas que oscilaban entre 20 años privación de la libertad y cadena perpetua, según el rango de edad y determinadas circunstancias agravantes. El tipo penal,

previsto en el artículo 173°, protegía la "intangibilidad sexual o indemnidad sexual" de los menores de catorce años de edad. Ello, porque el derecho penal entiende que estos menores no pueden ejercer jurídicamente su libertad sexual. En estos casos, penalmente "se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas v psíquicas para el ejercicio sexual en libertad" (2)

3. Con la Ley N° 28704, se modificó el artículo 173° del Código penal, incluyendo dentro de la 'intangibilidad sexual indemnidad sexual' a las víctimas entre catorce años de edad, y menores de dieciocho años, con lo cual se sanciona penalmente la actividad sexual realizada con menores entre 14 años y menores de 18 años. Es decir, se puede llegar al exceso de sancionar penalmente a una persona que tiene 18 años y que haya tenido actividad sexual con una menor de 17 años. Además, resulta contradictorio penalizar la actividad sexual de los adolescentes, cuando los menores de 16 años de edad pueden contraer matrimonio, conforme al artículo 241° numeral 1) del Código civil.

4. La situación descrita nos obliga a modificar los artículos 170° y 173° del Código penal sin abandonar la premisa de sancionar drásticamente a los autores del delito de violación sexual. En este sentido, el supuesto en que la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad debe mantenerse como una modalidad agravada del delito de violación sexual, pero bajo el tipo penal genérico previsto en el artículo 170° del Código penal, que

---

<sup>2</sup> Cf. CARO CORIA y SAN MARTÍN CASTRO, *Delitos contra la Libertad Sexual e indemnidad Sexuales*, Grijley, Lima, 2000, p. 69



requiere que "medie violencia o grave amenaza", tal como estaba tipificado antes de la modificación incorporada por la Ley N° 28704.

5. Finalmente, podría mantenerse la sanción propuesta en la Ley N° 28704, que establece la pena privativa de libertad, entre 25 y 30 años de prisión para los violadores de menores de edad entre 14 y 18 años de edad. Cuando la forma es agravada, es decir, si el agente tiene una posición de autoridad, vínculo familiar o de confianza, la pena es de cadena perpetua.

### III. Efectos de la iniciativa legislativa en la legislación vigente

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170° y 173° del Código penal, relacionados con el delito de violación sexual con el propósito de tipificar adecuadamente dicho delito en agravio de menores de edad.

### IV. Análisis costo beneficio

La iniciativa legislativa no irroga mayor gasto para el tesoro público, porque son propuestas que buscan tipificar adecuadamente el tipo penal del delito contra la libertad sexual de menores de edad. No tiene implicancia económica.

3.3. Proyecto de Ley N° 1055/2006-CR

Presentación: 07 de marzo del 2007

Congresista: Alejandro A. Rebaza Martell

Sumilla: Propone modificar los artículos 170°, 171°, 172° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2006

Ley que modifica los artículos 170°, 171°, 172° y 173° del Código penal

Art. 1°.- Incorporase a los artículos 170°, 171° y 172° del Código penal el siguiente párrafo:

"Art. 170°.- Violación sexual (...)

La pena será no menor de 25 ni mayor de treinta años e inhabilitación si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

"Art. 171°.- Violación sexual (...)

La pena será no menor de 25 ni mayor de treinta años e inhabilitación si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

"Art. 172°.- Violación sexual (...)

La pena será no menor de 25 ni mayor de treinta años e inhabilitación si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

Art. 2°.- Modificase el artículo 173° del Código penal, conforme al siguiente texto:

"Art. 173°.- Violación sexual de menor de catorce años de edad

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

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.

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

Exposición de motivos

I. Cuestiones preliminares

1. Antecedentes

La presente propuesta legislativa tiene como base el Proyecto de Ley N° 207/2006-CR, del 14 de setiembre de 2006, presentado por la congresista de la

República Mercedes Cabanilla Bustamante, el mismo que plantea la modificación de los artículos 170° y 171° del Código penal, en el sentido que se penalicen las violaciones contra la libertad e indemnidad sexuales producidas contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, siempre y cuando concurren como elementos perturbadores de dicha libertad y determinantes para la comisión del acto la VIOLENCIA o la AMENAZA en contra de la víctima, derogándose el numeral 3 del artículo 173° del Código penal, el mismo que fuera introducido en virtud de la expedición de la Ley N° 28704.

No obstante ello, con el ánimo de perfeccionar y coadyuvar a la aprobación de la propuesta de la Congresista Cabanillas Bustamante, hemos preparado una propuesta legal que, recogiendo la proposición mencionada, propulse un mejor tratamiento de la regulación penal de los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexuales de los mayores de 14 y menores de 18 años. Para ello hemos adicionado al texto del proyecto la modificación de los artículos 171° y 172° del Código penal, a efectos de que no decaigan en atípicas las conductas que violenten la libertad sexual de estos menores de edad mediante su colocación en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir (artículo 171°), o cuando dichos menores se encuentren en incapacidad de resistir por factores psicobiológicos u otros (artículo 172°).

## 2. Libertad

El derecho, es concebido como conjunto de experiencias jurídicas, que se expresan a través de las relaciones intersubjetivas. El derecho es una creación del ser humano, quien por lo tanto es su protagonista y depositario. El derecho "(...) a través del aparato normativo, se halla al servicio del hombre coexistencial, para asegurarle el libre desenvolvimiento de su libertad creando situaciones propicias de justicia y seguridad, de todo lo que dimanará la paz. El hombre, que es un ser libre, requiere, pese a los enormes condicionamientos a que está sometido en su vida, realizarse según el llamado de su vocación personal, única e intransferible. Para ello exige, necesita, poseer los medios adecuados, culturales, económicos, salud, etc. El derecho a través de las normas, debe coadyuvar a obtener todo ello" <sup>(3)</sup>. (Las negritas son nuestras).

Estas sabias palabras del maestro Carlos Fernández Sessarego no hacen más sino reafirmar que la libertad es la piedra fundamental de todo ordenamiento legal que se precie de ser garantista y respetuoso de los derechos fundamentales. Y. es que la libertad es el atributo más sublime de la vida humana; es el contenido esencial de la dignidad humana, cuya protección se encuentra constitucionalmente protegida en el artículo I de nuestra Carta Magna <sup>(4)</sup>. Es de esta forma que, como sostiene el maestro Fernández Sessarego, el derecho debe ser liberador; adicionalmente, él asevera que "La principal función del derecho es asegurar, mediante la justicia y la seguridad, el que cada hombre, y con él la comunidad toda, se realice y no se frustre. Para el logro de este fundamental propósito debe, lamentablemente, acudir a la

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. V. 1., San Marcos, Lima, 2003, p. 14.

<sup>4</sup> Artículo 1° de la Constitución Política del Perú: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

sanción, desde que existen hombres con tendencias asociales, dispuestos a frustrar un proyecto de vida colectivo. Sin embargo, y esto es conveniente tenerlo presente, el rol decisivo del derecho no es la sanción, la represión. Esta es un subproducto, está subordinada a la finalidad primigenia del derecho que es, como está dicho liberadora. El prius, lo primero, es la libertad. La sanción tiene sólo sentido en tanto está dirigida contra aquellos que no practican la solidaridad y atentan contra la libertad como proyecto personal o social. Y al mencionar a la libertad, debemos incidir en que ella, a su vez, se sustenta en la justicia y seguridad, ya que la no vivencia de estos valores convierte a la libertad en una yana ilusión” (<sup>5</sup>). (Las negritas son nuestras).

Recordemos que, como dice el profesor italiano Norberto Bobbio parafraseando a Jhering, el fin es el creador de todo el Derecho (<sup>6</sup>), circunstancia que constrañe al legislador a delimitar la configuración de las instituciones legales centrándose en ,la idoneidad de la misma para el logro de los fines planteados, los mismos que jamás pueden ir en contra de la libertad de los seres humanos.

### 3. Libertad e indemnidad sexuales

El profesor José Luis Castillo Alva, quien ha profundizado en el tema de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales mediante una serie de resplandecientes investigaciones, sostiene que la libertad sexual "(...) es una

---

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Op. cit., p. 15.

<sup>6</sup> BOBBIO, "La Naturaleza de las Cosa", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, 1990, p. 149.

concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales" (<sup>7</sup>). Para Miguel Bajo Fernández, refiriéndose a las acepciones positivas y negativas, la libertad sexual es por un lado, "(...) la libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros" (<sup>8</sup>). En este mismo sentido, Caro Coria señala que en sentido positivo, la libertad sexual "(...) se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales"; en sentido negativo, aquélla "(...) se concreta en la capacidad de la persona de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir" (<sup>9</sup>).

Por otro lado, la indemnidad sexual es "(...) una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene (...) a un libre desarrollo de la 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" (<sup>10</sup>). En la misma línea Muñoz Conde se refiere a ésta como la protección de menores e incapacidad orientada a evitar ciertas influencias que, inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de la personalidad (<sup>11</sup>).

---

<sup>7</sup> CASTILLO ALVA, Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 21.

<sup>8</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Delitos contra la Libertad y Seguridad, Libertad Sexual, Honor, Estado Civil, Ceura, Madrid, 1995, p. 179.

<sup>9</sup> CARO CORIA y SAN MARTÍN CASTRO, Delitos contra la Libertad Sexual e Indemnidad Sexual. Grijley, Lima, 2000.

<sup>10</sup> CASTILLO ALVA, Op. cit., p. 52.

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1996, p.178.

## II. Problemática

Mediante la Ley N° 28704 se modificaron los artículos 170°, 171°, 172°, 173°, 174° y 175° del Código penal, destacándose, para efectos de este proyecto, aquella realizada al artículo 173° del referido cuerpo normativo.

A través de dicha reforma se tipificó el delito de acceso carnal sexual sobre una menor cuando la víctima tiene una edad cronológica entre 14 y 18 años de edad. A partir del 06 de Abril, fecha de promulgación de la norma aludida, toda relación sexual en la que intervengan personas mayores de 14 y menores de 18 años es considerada un delito, sin importar si dicho sujeto haya prestado su consentimiento y no se haya empleado violencia, grave amenaza o engaño. Y no sólo es delito cuando en la mencionada relación participen adultos (mayores de 18 años) y adolescentes (mayores de 14 y menores de 18 años), sino también cuando todos los participantes de la relación sean adolescentes. De ocurrir esto último, estaremos frente a menores infractores y, pese a que no se abrirá proceso penal, los adolescentes serán sometidos al Código del Niño y del Adolescente.

Como era de esperarse esta disposición ha generado una seria reacción por parte de la doctrina nacional más especializada, la que sostiene que se ha dado la espalda a una realidad social no sólo propia de la sociedad peruana, sino de la mundial. Entre las opiniones vertidas en nuestro medio, son



resaltantes las críticas del profesor Castillo Alva (<sup>12</sup>), las mismas que reseñamos a continuación:

A) La nueva ley al prohibir y castigar las relaciones sexuales con personas cuya edad está fijada entre los 14 y los 18 años, parte de una valoración negativa del ejercicio de la sexualidad en los adolescentes, que concibe a las prácticas sexuales en los adolescentes como lesivas o que causan un determinado daño a un bien jurídico es que queda justificada su configuración como delito.

B) El legislador pasa por alto que el ejercicio de la sexualidad en las personas y en particular en los jóvenes forma parte del libre desarrollo de su personalidad y de la dignidad de la persona humana, que no puede ni debe ser suprimida arbitrariamente sin que se socave la esencia misma de la capacidad de autodeterminación y el núcleo de la misma dignidad humana. Los jóvenes desde una determinada edad, que coincide con determinados condicionamientos biológicos, emocionales, psicológicos y culturales, tienen derecho al ejercicio de la libertad sexual.

C) La conclusión a la que llegó el legislador y que ha determinado la expedición de la Ley N° 28704 no se basa en ningún sustento empírico, ya sea en una investigación de campo de carácter psicológico, psiquiátrico o sociológico. Se trata de una norma que configura un delito sobre la base exclusiva de una valoración arbitraria sin respaldo científico. No hay justificación alguna para que

---

<sup>12</sup> CASTILLO ALVA, "La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador ", en Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica, T. 149, 2006, abril, pp. 14 y 15.

una conducta que se estimaba lícita y permitida hoy se convierte en un delito grave, merecedor de una pena tan dura.

D) La tutela penal de un bien jurídico debe cumplir con las exigencias de idoneidad y necesidad, demostrando al menos de manera racional que la adopción del Derecho penal, mejorará sustancialmente la conservación del bien jurídico que es imposible lograrlo acudiendo a otros ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico o del control social; de tal manera que si se demuestra que otros mecanismos sociales o jurídicos cumplen mejor ese papel tuitivo o protector debe prescindirse del Derecho penal. En el mismo sentido si se demuestra que la utilización del ius puniendi trae consigo consecuencias más perjudiciales, nocivas o perturbadoras que beneficiosas no habrá justificación alguna del Derecho penal. Ello ocurre primariamente con la configuración del abuso sexual cuando se extiende su alcance hasta el límite de los 18 años, criminalizando un comportamiento (relación sexual) que lejos de generar distorsiones y afecciones psicológicas o somáticas graves en el adolescente es compatible con el libre desarrollo de su personalidad.

E) El legislador pretende "proteger" a los jóvenes entre los 14 a 18 años de edad de las relaciones sexuales que puedan tener con sus respectivas parejas al margen de la edad de las mismas y de la clase de relaciones que se practiquen (relacionales homosexuales o heterosexuales). 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. En suma, el Derecho penal no es ni debe ser-como el legislador peruano lo piensa con la expedición de la Ley N° 28704- la prima ratio en la protección de los bienes jurídicos.

F) Por otro lado, debe recordarse que el legislador no puede crear de la nada bienes jurídicos, inventarlos o extenderlos caprichosamente más allá de sus límites normativos o empíricos.

Con razón, la doctrina alude a la necesidad que haya un sustrato material del bien jurídico, requisito que no se cumple cuando de manera antojadiza y arbitraria se extiende Ja indemnidad sexual -bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual hasta los 18 años. La necesidad de proteger la indemnidad sexual o de preservar el desarrollo sexual de los menores evitando contactos o relaciones sexuales no tiene una vigencia ilimitada o un alcance general. El legislador solo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portador y titular del bien no se encuentre en la capacidad cognocitiva o valorativa de protegerlos. En cambio, cuando el titular del bien jurídico ya goza de autodeterminación o de una mínima capacidad de disposición, el Derecho penal no debe imponer sobre la voluntad individual la tutela de un bien jurídico, sin que con ello no se revele de manera palmaria un Derecho penal autoritario. En pocas palabras: cuando la persona (entre los 14 a 18 años), que cuenta con una mínima pero adecuada conciencia para disponer de sus bienes jurídicos personales (sexualidad), pretende' relacionarse sexualmente con un tercero como manifestación de su libertad, de su capacidad de autodeterminación, de

una elección libre y porque es una expresión de la dignidad de la persona humana, el Derecho penal no puede ni debe criminalizar dicha manifestación espontánea de su libertad convirtiendo un acto positivo y libre en un delito, imponiéndole una pena tan severa.

G) La ampliación del límite temporal máximo en el abuso sexual a los 18 años constituye una lamentable involución y contraste con los desarrollos legislativos y aportes del Derecho Comparado en esta materia, las cuales se caracterizan por una mayor flexibilización y reducción de la edad al momento de configurar el delito de abuso sexual de menores, fijando como barrera máxima de protección de la indemnidad sexual los 12 o 13 años. Se advierte en todos los casos una tendencia a rebajar la edad que usualmente se mantenía entre los 16 a 14 años para fomentar un correcto ejercicio de la libertad sexual. Lamentablemente, el 'legislador incurriendo en una práctica retrógrada y de manera contraria a lo señalado por las legislaciones de nuestra órbita cultural, lejos de disminuir el límite máximo de la edad del abuso sexual, lo ha aumentado. Con ello, el Perú se asemeja más a los países musulmanes que a las legislaciones latinoamericanas o que ejercen una tendencia racional inequívoca en el mundo" (<sup>13</sup>).

Sobre el mismo tema, el abogado David Panta Cueva señaló que con la emisión de la Ley N° 28704 el legislador ha cometido un craso error, en tanto

---

<sup>13</sup> El artículo 181.2° del Código penal español de 1995 (...), establece que no mediando violencia, intimidación o engaño "(...) se consideran abusos sexuales no consentidas los que se ejecuten sobre menores de trece Mas, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare". De esta manera se observa como el ordenamiento jurídico español crea una presunción jure et de jure respecto de la inexistencia, en todos los casos en que intervengan personas menores de 13 años, de consentimiento para realizar el acto sexual. En esta misma línea, el artículo 119° del Código penal argentino también contempla como 13 años a la edad permitida para la actividad sexual.

"(...) este dispositivo peca por sobre penalizar la conducta y de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y, peor aún, atenta contra lo usual, lo cotidiano, la realidad de lo que se ha dado y se viene dando, en el sentido de que los jóvenes en edad de madurez fisiológica tiene(n) trato carnal, de acuerdo con su inclinación sexual. Así, una jovencita de 17 años de edad y un joven de 18 años, a través de este precepto están terminantemente prohibidos (sobre todo el joven) de tener trato sexual (...)"<sup>14</sup>.

### III. Propuesta legislativa

Ante esta luctuosa realidad, es necesario que se reconsidere el tratamiento penal brindado a las relaciones sexuales entre debe' reformularse, buscando proteger la libertad sexual de aquellos seres humanos que se encuentren en condiciones de determinar libremente la forma como ejercita su sexualidad.

De esta manera hemos creído conveniente plantear las siguientes proposiciones legislativas:

- Abrogar el numeral 3 del artículo 173° del Código penal, restableciendo de este modo que a partir de los 14 años, las personas tienen la capacidad de decidir libremente el ejercicio de su sexualidad, renombrándose, en consecuencia, el nomen iuris del tipo a "Violación sexual a menor de catorce años de edad."

---

<sup>14</sup> PANTA CUEVA "La desafortunada reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Actualidad Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, T. 149, 2006, abril, p. 22.

- Incluir dentro de los artículos 170°, 171° y 172° del Código penal un párrafo adicional por el cual se penalice la violación de libertad sexual en contra de personas cuya edad oscile entre los catorce y menos de dieciocho años. De no adicionarse este párrafo, el quebrantamiento de la libertad e indemnidad sexuales, mediante violencia o grave amenaza, resultaría atípico.

#### Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La norma propuesta incorpora un párrafo a los artículos 170°, 171° y 172°, respectivamente, y deroga el numeral 3° del artículo 173° del Código penal aprobado por Decreto Legislativo N° 635°, restableciendo la libertad e indemnidad sexuales a partir de los catorce años de edad, y tipificando el delito violación de la libertad e indemnidad sexuales cometidos contra personas entre 14 y menores de 18 años de edad.

#### IV. Análisis costo beneficio

La presente propuesta legislativa lejos de ser analizada con los patrones del costo-beneficio, debe evaluarse con criterio del costo social que implica el no adoptarla, es decir, cual es el costo social de la vulneración de uno de los derechos fundamentales más preciados de las personas: la libertad de decidir independientemente la forma cómo desarrollará y a ejercerá su sexualidad.

El análisis costo-beneficio nos llevaría a proporcionar una medida de los costos en que se incurren en la no realización de la modificatoria del Código penal, y a su vez compararlos con los beneficios esperados de la modificatoria misma; sin embargo para el presente caso es correcto realizar un análisis costo-eficiencia, considerando que para el presente caso los costos son tangibles, es decir se pueden medir en alguna unidad económica, mientras que los beneficios son intangibles, es decir se dan de forma subjetiva.

Lo que se pretende afirmar es que el exigido análisis costo- beneficio nos llevaría a un razonamiento sin sentido jurídico en el cual pretenderíamos valorar y comparar el costo de la propuesta legislativa con la consagración de la libertad e indemnidad sexuales en personas mayores de catorce años en nuestra sociedad.

En este orden de ideas, a lo largo de la exposición de motivos, hemos demostrado cómo la vigencia de la norma propuesta posibilitará de manera eficaz que las personas mayores de catorce años, quienes se encuentran fisiológicamente aptas, puedan iniciar el desarrollo de su sexualidad conforme a sus cánones de vida.

### 3.4. Proyecto de Ley N° 3189/2008-CR

Sumilla: Propone modificar el artículo 173 del Código penal para despenalizar las relaciones sexuales consentidas con adolescentes y crear el delito de violación sexual de menores por uso de prevalimiento.

Presentación: 22 de abril de 2009

Congresista: Daniel Fernando Abugattás Majluf

Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2008

#### PROPOSICIÓN LEGISLATIVA

El Grupo parlamentario Nacionalista, atendiendo a la propuesta elaborada por el Congresista de la República DANIEL FERNANDO ABUGATTAS MAJLUF, en uso de las atribuciones previstas en los artículos 67, 74 y 76 numeral 2 del reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente proposición legislativa:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 173° DEL CÓDIGO PENAL:  
DESPENALIZA LAS RELACIONES SEXUALES CON ADOLESCENTES CON  
LIBRE Y PLENO CONSENTIMIENTO, Y CREA EL DELITO DE VIOLACIÓN  
DE MENOR DE EDAD POR PREVALIMIENTO

Contenido



I. Exposición de Motivos. 1. Planteamiento del Proyecto. 2. Justificación de la propuesta legislativa.

II. Efectos de la vigencia de la norma propuesta. III. Análisis comparativo entre el costo y el beneficio de la aprobación de la propuesta. IV. Fórmula Legal.

## I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1. PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA.

La presente propuesta legislativa persigue dos finalidades:

- Modificar el artículo 173° del Código Penal, despenalizando las relaciones sexuales con adolescentes entre los 14 y 18 años de edad.
- Penalizar las relaciones sexuales con adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años, cuando se produzcan por Prevalimiento o aprovechamiento de situación de poder, autoridad o ascendencia sobre el menor que genere un vicio en su voluntad.

### 2. JUSTIFICACIÓN

LA ACTUAL PENALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SEXUALES DE MENORES ENTRE LOS 14 Y 18 AÑOS DE EDAD Y LA NECESIDAD DE SU DESPENALIZACIÓN CUANDO MEDIE CONSENTIMIENTO LIBRE Y PLENO.

La entrada en vigencia de la Ley N° 28704 (abril de 2006) ha puesto en entredicho los derechos sexuales, de las y los adolescentes al ampliar el límite de la indemnidad sexual hasta los 18 años de edad. Esta ley tipifica como delito de violación y sanciona severamente cualquier relación sexual sostenida con una persona mayor de 14 años y menor de 18 años, sin tomar en consideración si es que hubo consentimiento del menor, o no.

El texto respectivo es reproducido a continuación (el resaltado es nuestro):

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, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

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

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

Probablemente esta norma pretendió garantizar la libertad sexual de los y las adolescentes frente a los abusos sexuales que se producen diariamente en nuestro país y que tiene como victimas a menores de edad. Sin embargo, superó su finalidad y llegó a extremos, contraviniendo los derechos sexuales de los adolescentes, al penalizar el ejercicio de su sexualidad y con ello convertirla en delito. Si se producen relaciones sexuales consentidas entre adolescentes en ese rango de edad, la ley convierte en delincuentes a quienes las practican.

Asimismo, esta norma vulnera el derecho a la salud de los y las adolescentes al constituirse en una limitante para su acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva por cuanto en aplicación del artículo 30° de la Ley General de Salud, Los profesionales de la salud, particularmente los médicos y médicas, deben denunciar hechos considerados delictivos, entre los cuales se encuentra la violación sexual <sup>(15)</sup>. Es por ello, que se han reportado casos de adolescentes gestantes que han sido retenidas cuando han concurrido a los centros de salud para dar a luz, esto a pesar de estar de alta, porque había de por medio una acusación de violación sexual <sup>(16)</sup>.

---

<sup>15</sup> INEI, Instituto Nacional de Estadística e Informática, Encuesta demográfica y de salud familiar 2000, Lima (ENDES 2000), mayo 2001.

<sup>16</sup> INEI, Documento Salud Reproductiva, Pobreza y Condiciones de Vida en el Perú", octubre, 1999, en [http://www.inei.gob.pe/bibliolneipub/bancopub/cst/1\\_ib0078/PRESENTA.htm](http://www.inei.gob.pe/bibliolneipub/bancopub/cst/1_ib0078/PRESENTA.htm)

Las normas de protección de los adolescentes para el ejercicio de su derecho al libre ejercicio de su sexualidad son de trascendental importancia, puesto que aseguran que dichas prácticas se realicen mediando su entera e informada voluntad. Pero cuando las normas sobrepasan tal finalidad con la buena intención, pueden menoscabar el ámbito de ejercicio de este derecho. Recuérdese que la finalidad que debe perseguirse es la protección de su libertad sexual como un derecho humano para que puedan sostener relaciones sexuales libre y voluntariamente, como 'en la realidad ocurre, sin presiones ni coacciones de su voluntad, teniendo en cuenta, sobre todo, que se trata de una etapa de su formación como personas que está llena de cambios y que se considera un proceso de desarrollo muy difícil.

Por lo tanto, las normas no deben prohibir este tipo de prácticas cuando se producen con voluntad libremente formada, y deben sancionarlas únicamente en aquellas situaciones en las que se ha viciado o manipulado la voluntad de los/las adolescentes para lograr tener relaciones sexuales con ellos.

Por lo tanto, es necesario que se despenalicen las relaciones sexuales entre adolescentes y con personas mayores de 18 años cuando medie voluntad y consentimiento libremente formados, y debe mantenerse la penalización únicamente en e) supuesto en que estas relaciones se produzcan mediante coacciones, manipulaciones o abusos de posiciones privilegiadas o de ascendencia sobre los adolescentes, que puedan viciar su voluntad.

1. El Dato social: el comportamiento sexual de los adolescentes respecto al

### Inicio de su sexualidad

La ley 28704 no ha considerado en lo absoluto una realidad que se nos presenta ineludible e innegable. Las y los adolescentes ya ejercen su sexualidad precisamente cuando tienen el rango de edad que la ley penaliza entre los 14 y 18 años. Esta realidad puede demostrarse con los siguientes datos:

Según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2000 realizada por el INEI, la edad promedio de la primera relación sexual de mujeres entrevistadas entre 20 y 49 años era de 19 años. Sin embargo, si se trata de mujeres sin instrucción o sólo con educación primaria, este promedio baja a 17 años (1).

La relación entre el nivel de educación o instrucción y el inicio sexual se confirma con los resultados de la Encuesta Demográfica Nacional 2004-2005, que muestra que el inicio sexual temprano o la postergación del mismo está vinculado a la mayor o menor educación o instrucción. Así, el inicio sexual antes de los 15 años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad.

Por otra parte, los datos recogidos en el documento "Salud Reproductiva, Pobreza y Condiciones de Vida en el Perú de 1999" del instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), mostraban ya que la relación entre la educación y la iniciación sexual temprana es inversamente proporcional y

relacionaban estos resultados con el ámbito geográfico. Así, se constató que (el resaltado es nuestro):

- "A nivel nacional el 67.1% de mujeres, esto es dos de cada tres, tuvieron su primera experiencia sexual en la adolescencia, es decir entre los 10 a 19 años; entre los 20 a 24 años, se iniciaron sexualmente el 25.3%; y con 25 años y más, apenas el 7.6%.
- El comportamiento sexual, difiere según lugar de residencia, así es notoria la precocidad sexual de las mujeres de la Selva, donde ocho de cada diez mujeres tuvieron su primera relación sexual en la adolescencia; en la Sierra y Costa seis de cada diez mujeres y en Lima cinco de cada diez.
- La falta de educación y bajos niveles educativos se asocia con el inicio temprano de la vida sexual, así mientras el 81.6% de niñas y adolescentes y el 78.8% tuvieron su primera relación sexual en la adolescencia, por el contrario el 27.8% de mujeres con educación superior universitaria se iniciaron en esa misma etapa del ciclo vital" (2).

Como puede apreciarse, la población adolescente, en términos generales, decide mantener relaciones sexuales de manera temprana y esta situación resulta un comportamiento social reiterado, que forma parte de sus vidas y representa una manifestación de su desarrollo como personas.

De acuerdo a diversos estudios, el inicio de la vida sexual de los varones se da entre los 13 y 14 años, en tanto que en las mujeres se produce a los 15 años. (17).

Según la Defensoría del Pueblo, "los derechos sexuales incluyen el derecho humano de mujeres y varones a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva..." (18). El Ministerio de Salud considera que «...Los derechos Sexuales y Reproductivos son parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de los derechos humanos. Su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción.»(19).

Atendiendo a la realidad planteada y a las posiciones justificadas en Derecho señaladas, un ordenamiento jurídico resulta coherente cuando atiende esta realidad y la protege, puesto que garantiza el ejercicio de los derechos sexuales de los adolescentes. Las leyes deben otorgar protección a los y las adolescentes en el ejercicio de sus derechos sexuales, más aún si "la

---

<sup>17</sup> TAVARA OROZCO, Contribución de las Adolescentes a la Muerte Materna en el Perú. Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología. Versión electrónica 1609-246, en [http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistaslginecologíalol50\\_N21a06.html](http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistaslginecologíalol50_N21a06.html). En el documento se cita como fuente bibliográfica de los datos presentados los siguientes estudios: Chirinos J, Salazar V. Brindis C., Perfil de los adolescentes varones sexualmente activos en colegios secundarios de Lima-Perú, Cad Saude Pública 2000;

La Rosa L. Adolescencia y juventud en el Perú, Género. sexualidad y servicios de salud, Lima, 1998 y, Villena Y., Anticoncepción de emergencia, en Carrasco M, ed. Salud de las adolescentes, Lima - Sociedad Peruana de Adolescencia y Juventud, 2002: 255-68.

<sup>18</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Res. Defensorial 28-2000/DP, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 15 de mayo del 2000, primer considerando.

<sup>19</sup> MINSA. Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, Lima 2004.

adolescencia constituye una importante etapa en la vida de las personas en la que no podría, ni dejar de garantizarse el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, ni tampoco dejar de reconocerse la existencia de una realidad en la cual los adolescentes van desarrollando y experimentando sobre su vida sexual y reproductiva." <sup>(20)</sup>.

2. La transformación del Ordenamiento Jurídico con la vigencia de la Ley 28704 y las razones de su inconstitucionalidad

2.1. La libertad sexual de los menores entre los 14 y 18 años antes de la entrada en vigencia de la Ley N 28704

Antes de la aprobación de la Ley 28704, se modificó el artículo 173° del Código penal, no se penalizaban las relaciones sexuales entre personas mayores de edad con menores entre los 14 y 18 años si éstas eran libres y voluntarias. Esto era así porque se reconocía a los adolescentes la capacidad de decisión respecto del ejercicio de su actividad sexual. Si la libertad de decisión se afectaba por engaño por parte del sujeto activo, generándose así una voluntad viciada, sí se producía un ilícito penal. Estábamos frente a la figura de la "seducción", prevista en el artículo 175 del Código Penal.

Sin embargo, esta situación podía servir de obstáculo para la libre decisión de las y los adolescentes de tener relaciones sexuales consentidas, porque sus

---

<sup>20</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Oficio 003-2007-OP/ANA del 17 de enero del 2007, en Jeniffer Nagle y Susana Chávez, De la protección a la amenaza. Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. El caso de La modificatoria del Código Penal Ley 28704. Promsex, Lima 2007, pp. 30-31.



parejas podían ser denunciadas por seducción si eran mayores de edad: los padres denunciaban la comisión de este delito cuando se oponían a la relación de sus menores hijos, y los magistrados aplicaban directamente la figura de la seducción por el solo hecho de que la supuesta víctima tuviera entre 14 años y 18 años, aun cuando en la práctica no hubiera engaño, como requiere este delito. Al mismo tiempo, casos de violación sexual eran tratados como delito de seducción al tener una sanción pena leve. De este modo, la figura delictiva de la Seducción se convertía en la puerta de escape a una penalidad mayor.

Cuando se producía el acceso carnal mediante violencia o amenaza grave a un adolescente mayor de 14 años y menor de 18 años, se configuraba el agravante del delito de violación sexual descrito en el inciso 4 del artículo 170 del Código Penal. Se entendía que estos menores de edad presentaban una menor capacidad de resistir la violencia o grave amenaza, además del mayor impacto o daño en su salud mental y en su desarrollo psicológico y emocional.

Quedaban fuera del ámbito penal aquellos casos de acceso carnal con adolescentes entre los 14 y 18 años, que se hayan logrado viciando su voluntad por factores distintos al engaño, violencia o grave amenaza, como lo son el aprovechamiento de situaciones de dependencia, autoridad, parentesco u otras similares, por parte del/de la agente.

2.2. Entrada en vigencia de la Ley 28704: la prohibición de las relaciones sexuales consentidas con adolescentes.

La Ley N° 28704, publicada del 5 de abril del 2006 en el Diario Oficial "El Peruano", modificó el Código Penal estableciendo que el acceso carnal con menores entre 14 y 18 años constituye violación sexual de menor sancionada con 25 a 30 años de pena privativa de la libertad (inc. 3, art. 173°).

Así, la Ley 28704 sanciona todos los casos de relaciones sexuales con adolescentes entre 14 y 18 años sin que importe cuál fue el medio para lograrlo: sea por consentimiento libre, por engaño, violencia física o grave amenaza, o bien por aprovechamiento de situaciones de dependencia, autoridad, parentesco u otras similares que vicien la voluntad del menor. Se sanciona el resultado, sin considerar la circunstancia que produjo el acceso carnal.

Como se aprecia, esta ley penaliza todos y cada uno de los casos de relaciones sexuales con adolescentes, aquellas que se han producido por:

- Violencia física o psicológica.
- Grave amenaza.
- Engaño.
- Prevalimiento (aprovechamiento de posiciones o de ascendencia sobre el adolescente que vicien su voluntad).
- Consentimiento libre y pleno.

2.3. La Inconstitucionalidad de la Ley 28704: atentado al derecho al Libre desarrollo y bienestar y Libre desenvolvimiento de la personalidad.

Dentro de la gama de casos de relaciones sexuales con adolescentes contenida en la lista anterior, la sanción penal de aquellas que fueron libremente consentidas representa una afectación al derecho constitucional al libre desarrollo y bienestar reconocidos expresamente en la Constitución en su artículo 2° numeral 1, y al libre desenvolvimiento de la personalidad <sup>(21)</sup>, reconocido implícitamente en el mismo dispositivo normativo, que a la letra señala lo siguiente:

Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su Libre desarrollo y bienestar.

La Ley 28704 atenta contra estos derechos porque coloca fuera de la legalidad, a conductas constitucionalmente amparadas, libremente elegidas y que representan el desarrollo pleno de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes entre 14 y 18 años de edad. Así, esta ley convierte a tales

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 0007-2006-A1 TC, "fd. 5. (...)

1. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como si lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el art. 2.1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho: (...) al libre desenvolvimiento de su personalidad".
2. Aún cuando el artículo 2.1, de la Constitución vigente (...) menciona el derecho (...) al libre desarrollo y bienestar [y] pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido [u] (...) orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido - desarrollo y bienestar-. Por eso, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.
3. El libre desenvolvimiento de la personalidad (...) [es] un derecho fundamental (...) implícito que se deriva (...) de [la] dignidad de la persona (art. 1 y 3 de la Constitución) (...), la valoración de la persona como centro de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle (...) garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

conductas en actos ilegales sujetos a persecución por el aparato represor Estatal, y en delincuentes a quienes las realizan.

El solo hecho de que una persona mayor de edad sostenga relaciones sexuales con una adolescente no es suficiente razón para su sanción penal. La existencia de pleno y libre consentimiento constituye la garantía de que dichas relaciones consentidas se enmarcan dentro de libre desarrollo de la personalidad, ejercida en el aspecto de la sexualidad. Por lo tanto, se contextualizan dentro de los límites constitucionales del ejercicio de la Autonomía Individual.

Contrario sensu, la ley 28704 que penaliza las relaciones sexuales con adolescentes entre los 14 y 18 años en las que haya mediado consentimiento pleno y libremente formado, atenta directamente contra los derechos constitucionales ya mencionados, por lo cual deviene en INCONSTITUCIONAL.

Esta es la razón por la cual es necesaria la modificación del actual artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley 28704, de manera que se despenalicen las relaciones sexuales de adolescentes entre los 14 y 18 años de edad, propuesta que será desarrollada en este documento en el apartado correspondiente.

LA NECESIDAD DE PENALIZAR LAS RELACIONES SEXUALES CON ADOLESCENTES CUANDO SE HAN PRODUCIDO POR PREVALIMIENTO.

Como ya ha sido anteriormente señalado, conforme a diversos estudios, el inicio de la vida sexual de los varones se da entre los 13 y 14 años, en tanto que en las mujeres se produce a los 15 años <sup>(22)</sup>.

Según cifras del ENDES 2004-2005, el 24% de mujeres señalan que su primera relación sexual fue forzada el 19% de abuso sexual se realiza contra mujeres menores de 15 años. Es decir, aun cuando en la legislación anterior a la reciente modificación, las relaciones sexuales entre adolescentes o entre estos con adultos no estaban penalizadas, lo cierto es muchas se realizaron bajo circunstancias ajenas a la libre voluntad de las y los adolescentes que las practicaron.

La Defensoría del Pueblo ha señalado que los derechos sexuales incluyen el derecho humano de mujeres y varones a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva" <sup>(23)</sup>. El Ministerio de Salud considera que "los derechos Sexuales y Reproductivos son parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de Los derechos humanos. Su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción" <sup>(24)</sup>.

---

<sup>22</sup> TAVARA OROZCO, Contribución de las Adolescentes a la Muerte Materna en el Perú, versión electrónica 1609-246, Op. Cit.

<sup>23</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Res. Defensorial 28-2000/DP, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 15 de mayo del 2000, primer considerando.

<sup>24</sup> MINSA, Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, Lima, 2004.

Los adolescentes y niños representan un grupo social sujeto a altos riesgos de abuso por la falta de información y orientación. En efecto, la ausencia de estas, de consejería y cuidado de la salud sexual y reproductiva, aunado a la propia vulnerabilidad del grupo -por ser etano, altamente influenciable y en el que se producen cambios psicológicos muy marcados, pese a ser capaces de tomar sus propias decisiones y tener plena capacidad- los convierte en víctimas de abusos sexuales que no serán denunciados sino más bien "tolerados" y vistos como normales.

El ordenamiento legal debe otorgar protección a los y las adolescentes en el ejercicio de sus derechos sexuales, más aún si "la adolescencia constituye una importante etapa en la vida de las personas en la que no podría dejarse de garantizar el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, ni reconocerse la existencia de una realidad en la cual los adolescentes van desarrollando y experimentando sobre su vida sexual y reproductiva" <sup>(25)</sup>.

#### 1. Qué es el Prevalimiento

En las relaciones sexuales entre adultos y adolescentes se presenta el peligro de que el consentimiento del o de la adolescente sea obtenido mediante el aprovechamiento de una situación de superioridad o de ventaja o mediante algún tipo de presión o coacción. En estos casos estamos frente a una situación de Prevalimiento en la que el consentimiento estará viciado.

---

<sup>25</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Oficio 003-2007-DP/ANA del 17 de enero del 2007, en Jeniffer Nagle y Susana Chávez, Op. Cit, pp. 30-31.

Nuestra realidad demuestra que muchos adolescentes, precisamente por el estado formativo en que se encuentran sus personalidades, corren el riesgo de que su voluntad y decisiones se vean fuertemente influenciadas por personas que ejercen algún tipo de ascendencia, poder o influencia sobre ellos. Los ejemplos más comunes de este tipo de casos son los lazos paterno -filiales, las relaciones de autoridad entre familiares indirectos (tíos, sobrinos primos), los docentes de las escuelas, el personal de servicio doméstico, los conejeros espirituales de diversas iglesias o religiones", entre varias posibilidades. En estos supuestos, debido al grado de autoridad, jerarquía o ascendencia que estas personas ejercen sobre los menores a su cargo, es posible que puedan influir fuertemente en la mentalidad del adolescente, distorsionando su libre razonamiento e induciéndolo a sostener relaciones sexuales, no habiéndose formado un consentimiento pleno y libre de presiones o influencias externas. En estos casos, si bien no se ha producido violencia física o psicológica, la decisión del adolescente no se ha formado de modo libre y autónoma, sino que adolece de un vicio de la voluntad.

Estos casos ameritan una sanción, por cuanto representa la manipulación dolosa de la voluntad del adolescente, con miras a obtener el acceso carnal con éste.

## 2. El Prevalimiento en la Legislación Comparada.

La violación sexual de menores de edad realizada mediando una situación de prevalimiento por parte del sujeto activo se encuentra prevista en la legislación

de diversos países con distintas características, conforme veremos a continuación:

### España

El artículo 181.3° del Código Penal español prevé el "abuso de prevalimiento». El delito se caracteriza por el consentimiento viciado de la víctima (que puede ser, incluso, mayor de edad) del que se vale el agente para tener relaciones sexuales con ésta. El vicio se produce al presentarse un aprovechamiento del sujeto activo de una situación de superioridad manifiesta. El carácter manifiesto de la situación de superioridad se ha de interpretar en el sentido de que coacte la libertad de la víctima <sup>(26)</sup>.

Se deja a los jueces determinar la existencia, de la relación de superioridad en cada caso concreto. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia españolas se han referido a los límites de la situación de superioridad. Así, el Tribunal Supremo "ha apreciado la situación de superioridad en un caso debido al mayor vigor físico - con una mano sujeta las manos de la víctima con la que anteriormente ya había tenido relaciones sexuales-, de la disponibilidad de vehículo en un paraje del que no era fácil salir sin él y de las circunstancias de tiempo, pues era de madrugada."<sup>(27)</sup>.

### Chile

---

<sup>26</sup> SÁNCHEZ -VERA GÓMEZ-TRELLES, citado por GARCÍA PÉREZ, La regulación del derecho penal sexual en España", en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial, en: REYNA ALFARO (dir.), Jurista, Lima, 2005, p. 271.

<sup>27</sup> STS 12-12-2002 [A.10502). Referido en GARCÍA PÉREZ, Op, Cit. p. 271.



En Chile, las relaciones sexuales consentidas sostenidas con menores de edad pero mayores de 12 años sólo constituyen delito en supuestos de excepción, como la conducta prevista en el artículo 363, inciso 2 del Código Penal referida al abuso de "una relación de dependencia de la víctima, como en Los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación labora".

En este caso, el abuso de la situación de dependencia de la víctima es el requisito esencial del tipo penal, el cual confluye con la minoría de edad de la víctima para configurar una situación en la que la aceptación que pudiera existir de parte de ella no tiene validez. Aun cuando no menciona expresamente la existencia de consentimiento viciado, este emana de las circunstancias previstas para la configuración del delito.

El artículo en mención enumera de manera no taxativa algunos supuestos como la existencia de una relación de carácter laboral o el hecho de que la víctima se encuentre bajo custodia de su agresor. De este modo, se deja al juzgador la responsabilidad de determinar la existencia del abuso en situación de dependencia.

#### Argentina

En Argentina, el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal sanciona el abuso sexual realizado sobre mayores de 13 años de edad cuando media ".el abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o

de poder ». La legislación argentina diferencia estos supuestos del abuso sexual bajo violencia o amenaza. En estos casos, la pena se agrava cuando existe situación de dependencia por el parentesco (literal b del artículo 119) y cuando, tratándose de menor de 18 años, hay aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente (literal f).

El artículo 120 del Código Penal argentino sanciona el acceso carnal con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose el autor de su inmadurez sexual, su relación de preeminencia frente a la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. En este delito, en particular, concurren los elementos característicos de una violación por prevalimiento, a saber: la existencia de aprovechamiento y la relación de preeminencia respecto de la víctima.

El Salvador

El Código Penal de la República de El Salvador, en su Título IV, se refiere a los delitos contra la libertad sexual, entre los que figura el estupro por prevalimiento, definiéndolo de la siguiente manera:

Art. 164.- «El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal, con persona entre catorce y dieciocho años de edad, prevaleándose de la superioridad originada por cualquier relación, será sancionado con prisión de dos a cuatro años».

Se considera estupro por prevalimiento cuando el hecho se realiza prevaliéndose de la superioridad originada por "cualquier relación", lo que constituye una noción muy amplia. Quedara en manos de la judicatura determinar cuándo "cualquier relación» da lugar a una superioridad que sirva para tener `acceso camal» con la víctima. En esta fórmula, no se habla de una superioridad manifiesta o, como desarrolla la jurisprudencia española, de "entidad suficiente", para que se produzca el tipo.

### 3. Los tipos de violación sexual y el prevalimiento en el Código Penal

La violación sexual se configura por el acceso camal o acto análogo del agresor con la víctima en situaciones en las que ésta última no ha prestado su consentimiento o en casos en los cuales su anuencia se encuentra viciada por diversos factores. De este modo, el consentimiento se torna en un elemento central que 'atravesará todos los tipos de injusto de esta clase de delitos...' <sup>(28)</sup>. Por ello, en los delitos contra la libertad sexual lo importante es determinar las condiciones de validez del consentimiento, más aún en los casos de prevalimiento, en donde es requisito que la víctima haya prestado su consentimiento, sin violencia, engaño o amenaza grave.

Al respecto, el Código Penal incorpora tipos penales diversos en consideración a la ausencia del consentimiento o a las circunstancias en las que fue expresado. De este modo, podemos encontrar situaciones en las cuales el

---

<sup>28</sup> MONTROYA VIVANCO, Discriminación y aplicación discriminatoria del derecho penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad personal', en: Discriminación sexual y aplicación de la ley, Vol. IV, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, p. 65.

consentimiento del sujeto activo está del todo ausente, tal como ocurre en La violación sexual en estado de inconsciencia contemplada en el artículo 171.

Puede ocurrir que no se atribuya validez al consentimiento expresado por determinadas personas según su condición particular al momento de ocurrir los hechos, cuando el acceso carnal se produce con menores de 18 años, según la actual redacción del artículo 173° del Código Penal, o si la víctima sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental (artículo 172°).

El consentimiento de la víctima puede estar viciado por grave amenaza o por violencia del agresor, según el tipo genérico de la violación sexual (artículo 170). Si hubiera consentimiento, operaría como una causal de exclusión de la tipicidad pues, «si se verifica que, la víctima prestó su consentimiento para practicar el acto sexual, desaparece el acto típico de 'obligar' que exige el tipo penal»<sup>(29)</sup>.

El vicio del consentimiento era determinante para la configuración del delito de seducción previsto en el artículo 175° del Código Penal, toda vez que la aceptación de la víctima era obtenida mediante engaño, factor que era tomado en cuenta en relación con su edad (entre 14 y menos de 18 años de edad). Actualmente el delito de seducción ha sido derogado de manera tácita al penalizarse el acceso carnal con menores entre 14y menos de 18 años de edad.

---

<sup>29</sup> SALINAS SICCHA, Los delitos de acceso carnal sexual, Idemsa, Lima, 2005, p. 1.

El artículo 174° del Código Penal considera que no es válido el consentimiento de la víctima cuando el sujeto activo, para lograr el acceso carnal, se aprovecha de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia en que se encuentra por estar colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar, detenida, recluida o interna. No se trata de incapacidad de la víctima para consentir o de un consentimiento obtenido mediante engaño, violencia a amenaza, sino de una situación de especial vulnerabilidad aprovechada por el autor, por lo que el consentimiento no lo liberará de sanción. La afectación a la libertad sexual se configura por el prevalimiento del autor de la situación del sujeto pasivo que se encuentra disminuido y con menores posibilidades de resistencia, lo que le permite influir sobre este para obtener su consentimiento.

También encontramos el prevalimiento en el inciso 2 del artículo 170, que sanciona la violación sexual en la cual el autor «se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar».

En los casos de violación sexual de menor de edad previstos en el artículo 173° del Código Penal, la pena se incrementa 'Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. "En estos supuestos, si bien no se

menciona expresamente, se encuentra implícita la ventaja obtenida por el agente de su particular situación respecto del menor de edad para consumir el delito.

En el contexto normativo de nuestra legislación penal brevemente reseñado podemos observar que la situación de ventaja del autor respecto de su víctima derivada de relaciones de autoridad, parentesco o dependencia ha sido reconocida como un factor que determina la responsabilidad (artículo 174°) o la agrava (artículos 170 y 173).

Por ello, ante la despenalización del delito de violación sexual de persona mayor de 14 años y menor de 18 años de edad que se propone y que ha sido materia de otras propuestas legislativas, debe considerarse la necesidad de contemplar el acceso carnal con menores de estas edades realizado en situaciones en que la voluntad del sujeto pasivo puede estar mellada por una relación existente con el autor de la cual este se aprovecha.

El menor de edad entre 14 y 18 años, encontrándose aún en un proceso de desarrollo tanto físico como psicológico, puede ser influenciado con mayor facilidad que una persona adulta. Esta condición será potenciada en caso de existir circunstancias de autoridad, parentesco o dependencia, en las cuales el menor puede encontrar su libertad sexual afectada.

La penalización del acceso carnal con prevalimiento con menores entre 14 y menos de 18 años de edad no significará una restricción legal al ejercicio de su

libertad sexual, sino una protección frente a situaciones en que se vea lesionada atendiendo a factores objetivos representados por una relación de superioridad y a factores subjetivos del autor consistentes en el aprovechamiento.

4. El nuevo tipo penal de violación sexual de menor entre 14 y menos de 18 años de edad con Prevalimiento

A partir de lo expuesto se propone la incorporación en el Código Penal del delito de violación sexual de menor entre 14 y menos de 18 años de edad con prevalimiento, en los siguientes términos:

"El que aprovechándose de una situación de superioridad manifiesta obtiene el consentimiento de un menor que tiene entre 14 y 18 años de edad para tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años".

El tipo señalado asume las siguientes características:

Bien jurídico protegido

Como consecuencia de la propuesta de modificación del artículo 173, que excluye del tipo penal de violación de menor de edad al acceso carnal consentido con una o un menor entre 14 y menos de 18 años de edad, se reconoce que los menores en ese rango de edades tienen el derecho de decidir libremente sobre su actividad sexual. Por eso, la protección penal que se propone para las relaciones sostenidas por un/a menor entre esas edades no se fundamenta en la protección de la indemnidad sexual, sino en la afectación a su libertad sexual.

Reyna Alfaro <sup>(30)</sup> señala que bajo la expresión indemnidad o intangibilidad sexual se comprende una serie de condiciones de orden físico y psíquico que posibilitan un desarrollo psíquico normal y sin perturbaciones que permiten el futuro ejercicio sexual en libertad. Salinas Siccha, siguiendo a García Cantizano, indica que la idea de 'indemnidad sexual' se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, a priori, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual" <sup>(31)</sup>.

El concepto de libertad sexual exige que su detentador tenga capacidad cognitiva y volitiva del significado y trascendencia que posee el acto de

---

<sup>30</sup> REYNA ALFARO, El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales en el Código Penal peruano, en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial, en: REYNA ALFARO (dir.) Jurista, Lima, 2005, p. 133.

<sup>31</sup> SALINAS SICCHA, Los delitos de acceso carnal sexual, Idemsa, Lima, 2005, p. 35.



contenido sexual y del consentimiento que para tales propósitos pueda otorgar  
(<sup>32</sup>)

La protección en este delito recae entonces sobre la capacidad de disponer del propio cuerpo para ejercer la sexualidad, sin sufrir interferencias de parte de terceros que condicionen o vicien su consentimiento.

Comportamiento típico.

El delito de violación sexual por prevalimiento reúne los siguientes elementos que constituyen la descripción del tipo penal que se propone:

a. Situación de superioridad manifiesta del agente

El prevalimiento es posible a partir de la existencia de una situación de hecho expresada en una situación de superioridad, la misma que puede presentarse de distintas formas. Tal sería el caso de una relación de carácter laboral, cuando existe un vínculo de jerarquía, de autoridad o de dependencia entre el o la agente y su víctima. No se encontrarán excluidas de este supuesto relaciones que, de acuerdo a nuestra normatividad, no generan vínculo laboral, pero que son de similares características, tal como serían las relaciones que se establecen entre el trabajador y quien contrata los servicios de una empresa de intermediación laboral o las relaciones que se entablan en las distintas modalidades de prestación de servicios contempladas en el Código Civil.

---

<sup>32</sup> Siguiendo a DIEZ RIPOLLES, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, p. 26, citado por REYNA ALFARO, "El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales en el Código Penal peruano, Op, Cit. p. 132.

También las relaciones de parentesco y la habitación en una misma morada permiten el establecimiento de situaciones de superioridad de las cuales puede prevalerse el o la autora. Tales casos serían vínculos de parentesco entre tíos/as y sobrinas/os, por ejemplo, o las relaciones que puedan establecerse entre el o la conviviente y el hijo o hija de su pareja.

Otro ámbito para el establecimiento de situaciones de superioridad es el vinculado a la formación y educación. Las relaciones entre profesor/a y alumno/a sin importar el nivel de formación (escolar, preuniversitario, universitario, técnico, etc.) constituyen situaciones de las cuales el o la docente puede prevalerse para tener acceso carnal o análogo con el o la menor de edad. La utilización del término "situación" en lugar de "relación", tal como ocurre en España, enfatiza que lo relevante es que de hecho el autor goce de una posición de supremacía sobre la víctima, siendo indiferentes las causas de las que puede derivar. Estas causas pueden ser el parentesco, la docencia, la dependencia económica, la relación laboral, la religión, la custodia, etc. <sup>(33)</sup>.

Por ello la opción de enumerar taxativamente las circunstancias más recurrentes no es la opción legislativa más acertada, en tanto puede dejar fuera del ámbito de la tipicidad conductas no descritas en las que existan situaciones de superioridad. Será necesario, en este sentido, impulsar un proceso de capacitación a los magistrados pues recaerá en sus manos, determinar si las situaciones de superioridad constituirán delito o no.

---

<sup>33</sup> GARCÍA PEREZ, "La regulación del derecho penal sexual en España", en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial, REYNA ALFARO (dir.), Jurista, Lima, 2005, pp. 270 - 271.

La superioridad entre el o la agente y su víctima debe ser manifiesta, es decir perceptible, evidente y de fácil conocimiento por el sujeto pasivo. Sólo de esta manera, puede convertirse en un elemento condicionante que facilite al autor o a la autora la obtención del consentimiento de su víctima. Ello permite, además, excluir del ámbito de este delito situaciones que puedan representar superioridad solamente en el fuero interno de la víctima o que correspondan a una apreciación meramente subjetiva de ella. De no ser así, cualquier situación que se alegue, sin ningún parámetro de carácter objetivo, podría constituir el delito bajo análisis (<sup>34</sup>).

La situación de superioridad y su carácter manifiesto constituirán un presupuesto de hecho que, en caso de investigación del delito, tendrá que acreditarse en el camino a determinar la tipicidad del caso investigado.

Por otra parte, la situación de superioridad debe ser de entidad suficiente para permitir que el autor pueda prevalerse de ella en su afán de consumar el delito.

#### b. Aprovechamiento del o de la agente

La situación de superioridad manifiesta deberá ser utilizada por el o la autora para obtener provecho; es decir, el agente se valdrá de esta situación para doblegar la voluntad de la víctima y obtener así un consentimiento, que de otro modo no hubiera conseguido. Este requerimiento del tipo penal trae como

---

<sup>34</sup> El agente es consciente que la situación lo favorece, lo mismo que la víctima. Por eso, se vale de ello y lo usa para obtener su objetivo, el acceso carnal con la víctima.

implícita consecuencia que no toda relación sexual sostenida en una situación de superioridad tendrá como correlato la comisión del delito.

Deberá en cada caso evaluarse la existencia del aprovechamiento, pues cíclo modo se estaría limitando a priori el ejercicio de la libertad sexual del o de la menor de edad en todos los casos en los que existan situaciones de superioridad. Vale decir, no tendría que ser materia de reproche penal que un menor sostenga relaciones sexuales con un mayor de edad, aun cuando este último se encuentre en una situación de superioridad, siempre que no exista aprovechamiento.

#### C. Consentimiento viciado del o de la menor de edad entre 14 y 18 años

El aprovechamiento de la situación de superioridad manifiesta constituye un medio para obtener el consentimiento de la víctima y su utilización es precisamente lo que vicia esta voluntad. El tipo penal que se propone tiene como una de sus características el acceso carnal o el acto análogo consentido por la víctima. Sin embargo, el fundamento de la desvaloración del consentimiento es la forma cómo ha sido obtenido por el o la agente.

La libertad de decisión del o de la menor de edad ha sido afectada por el contexto en el cual se emite, es decir, por la utilización por parte del autor o de la autora de un factor externo -el aprovechamiento de la situación de superioridad manifiesta- que le impide tomar una decisión libre. Es en este contexto que el requerimiento en el tipo penal de que la situación de

superioridad sea manifiesta cobra pleno sentido, pues en caso que la situación de superioridad no pudiera ser conocida por la víctima, no podría ser utilizado como medio para obtener su consentimiento.

En este punto, cabría preguntarse si lo que podamos percibir como "aprovechamiento" de la situación de superioridad por parte del autor o autora acarreará de manera automática que el consentimiento de la víctima se encuentre viciado. Consideramos que no. El aprovechamiento de parte del o de la autora sólo será coherente con este delito si vicia el consentimiento y de esta manera, afecta al bien jurídico protegido —la libertad sexual-. En ese sentido, si el consentimiento de la víctima no está afectado por vicio alguno pese a existir la situación de superioridad y pese a que la conducta investigada pueda parecer un aprovechamiento", no se habrá afectado la libertad sexual.

De esta manera, quedan excluidas de penalización las situaciones en las cuales el sujeto pasivo, pese a la superioridad no ha sido víctima de un aprovechamiento por haber consentido con plena libertad. Sólo así se podrá garantizar que el tipo penal propuesto no afecte la libertad sexual de las y los adolescentes entre 14 y menos de 18 años de edad.

Igualmente, estos requisitos de la figura delictiva que se pretende incorporar garantizan que su presencia en el Código Penal no facilite que se denuncien sin fundamento relaciones sexuales consentidas sostenidas por las y los adolescentes.

d. Ausencia de violencia o grave amenaza:

El vicio del consentimiento que justifica la penalización de esta conducta encuentra su fundamento en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta, como ya se indicó. En ese sentido, este delito se diferencia plenamente de otras formas de violación en las cuales el medio para obtener el consentimiento de la víctima es la violencia o la grave amenaza, como sería el caso del tipo genérico de la violación sexual y sus agravantes previstos en el artículo 170 del Código Penal.

Por ello, no resulta pertinente hacer expresa mención a la ausencia de violencia o grave amenaza en la redacción del tipo penal. La ausencia de este elemento quedará claramente establecida al no mencionarlo y al indicar en su lugar el factor condicionante de la voluntad de la víctima que es el prevalimiento de una situación de autoridad.

e. Acceso carnal o realización de actos análogos

El acceso carnal o la realización de actos análogos son el resultado de la comisión de este delito. Los elementos que hemos enunciado reunidos y actuando de manera conjunta permiten al autor alcanzar su propósito.

Sujetos del delito:

- Sujeto activo: toda persona mayor de 18 años que se encuentre en situación de prevalimiento respecto del sujeto pasivo.
- Sujeto pasivo: menores de edad entre 14 y menos de 18 años.

## II. EFECTO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA PROPUESTA NORMATIVA

La aprobación de las normas que se proponen generará las siguientes modificaciones en el Código Penal:

- Modificación del artículo 173 referido a la violación sexual de menor de edad, en el cual se suprime el inciso 3 y se modifica el último párrafo, eliminándose la violación a menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad.
- Modificación del artículo 173-A referido a la violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave, en el cual se suprime la referencia al inciso 3 del artículo 173 antes mencionado.
- Incorporación del artículo 174-A referido a la violación sexual de menor por prevalimiento.

### III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación del proyecto de ley no generará gasto alguno para el Estado puesto que su vigencia no significa ningún costo de implementación y su aplicación se hará a través de entidades estatales ya existentes que están actualmente a cargo del procesamiento de las denuncias penales por violación sexual.

La norma es beneficiosa para las personas entre 14 y menos de 18 años de edad por cuanto despenaliza el libre ejercicio de su libertad sexual, vale decir, la libertad de decidir si desean o no sostener relaciones sexuales. En ese sentido, solamente se penaliza el acceso carnal o actos análogos con un menor en ese rango de edades cuando la libertad sexual es afectada por existir prevalimiento de parte del autor en virtud a una situación de superioridad manifiesta.

Por otra parte, la norma tendrá como efecto la conclusión de Los procesos que actualmente se siguen por violación sexual de menor de edad entre 14 y menos de 18 años, en virtud al delito contemplado en el inciso 3 del artículo 173° del Código Penal, en los que se investiga el acceso carnal o actos análogos cuando existió consentimiento de parte de la víctima. Asimismo, quedarán sin efecto las sentencias condenatorias emitidas por ese delito.



La norma también generará un beneficio para el Estado en la medida que disminuirán las denuncias por situaciones que actualmente son consideradas injustificadamente como violación sexual, pese a que existió libre consentimiento de parte de la supuesta víctima.

#### IV. FORMULA LEGAL

Ley N°

El Congreso de la República:

Ha dado la Ley siguiente:

Ley que modifica el Capítulo IX, del Título IV del Libro Segundo del Código Penal:

Artículo Primero.- Modifíquese el artículo 1730 y el artículo 73-A del Código Penal, los cuales tendrán los siguientes textos:

"Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

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

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, La pena será cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, tu mayor de treinta y cinco.

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

Artículo 173° A.- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave

Si los actos previstos en el inciso 2 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua."

Artículo Segundo.- Adiciónese el artículo 174-A al Código Penal, el cual tendrá el siguiente texto:

"Artículo 174°-A.- Violación sexual de menor de edad por prevalimiento "El que aprovechándose de una situación de superioridad manifiesta obtiene el consentimiento de un menor que tiene entre 14 y 18 años de edad para tener acceso carnal por vía vaginal, anal a bucal, o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías,

será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima a los...

4. Informe favorable del Ministerio de la Mujer y desarrollo social

INFORME N° 55-2006-MIMDES-DGFC-DINNA-SDPNAIA-AAC

A: Dr. Javeire Ruiz- Eldredge Vargas

Director de la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes

De: Alberto Arenas Cornejo

Abogado de la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes

Asunto: Proyecto de Ley 207/2006-CR "Ley que modifica los artículos 170 y 173 del Código penal, relativos a los delitos contra la libertad sexual".

Expediente N° 2006-031-E026746

Fecha: Lima, 23 de octubre de 2006

---

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y a la vez remitirle el informe de la referencia: (...)

## II. ANÁLISIS

2.1. la ley 28704 (...), modifico diversos artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluyó a las personas sentenciadas por estos delitos de los beneficios relacionados a los derechos de gracia y conmutación de pena. Una de las normas modificadas fue el artículo 173 del Código penal (previamente modificado por la ley 28251) . (...)

2.2. Si bien la Ley 28704, significó un importante avance en la penalización de los delitos contra la libertad sexual, elevó en el numeral 3 del artículo 173 la edad de la indemnidad sexual, generando diversos problemas que han derivado inclusive en una acción de inconstitucionalidad por parte de los ciudadanos ROMY CHANG KCOMT y ARMANDO SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO.

2.3. El numeral 3 del artículo 173 (...) incluyó las relaciones sexuales de todo tipo como delito de violación al extender la tutela de la indemnidad sexual de los 14 a los 18 años.

2.4. De esta manera el legislador penal ha buscado, en el marco de la protección de la libertad sexual de los menores de edad, elevar a la mayoría de edad su capacidad de decidir con quien y bajo qué circunstancias desea mantener relaciones sexuales. Sin embargo existen derechos constitucionales como la dignidad, la autonomía y la libertad individual, que se han visto vulnerados. Así como el principio de proporcionalidad de las penas y la función resocializadora de la misma.

2.5. Cabe señalar que los derechos constitucionales señalados (dignidad, autonomía y la libertad individual) buscan la autorrealización de los miembros de la sociedad y constituye uno de los fines del Estado, siendo entonces deber de este garantizar su goce y ejercicio.

2.6. Se señala entonces en la Acción de Inconstitucionalidad referida en el punto 1.2. que "en ese contexto, una norma que atente contra la autonomía de los miembros del Estado, contraviniendo la razón de ser del mismo, al impedir que estos ejerzan la facultad de auto determinarse libremente y restringir su capacidad de decisión de manera arbitraria".

2.7. Por su parte, la protección de la indemnidad sexual tal como se establece en el numeral 3 del artículo 173 del Código Penal, vale decir en el rango de 14 a 17 años, colisiona con lo previsto en el artículo 46 del Código Civil relativo al matrimonio de adolescentes, situación que vulnera el principio de unidad del ordenamiento jurídico e igualmente violan las garantías que limitan la facultad sancionadora del Estado (*ius puniendii*) al tipificar como delito, conductas que colisionan con derechos fundamentales de las personas. (...)

De acuerdo a lo previsto en el artículo 46 del Código Civil y en aplicación del numeral 3 del artículo 173 del Código Penal (según Ley 28704), en caso que un adolescente de 16 años contraiga matrimonio, se vería impedido de consumar el acto sexual hasta adquirir los 18 de edad (...). Sucedería lo mismo si una o un adolescente mayor de 14 años reconociera en el registro civil a un hijo suyo, pues en el acto mismo del reconocimiento se estaría convirtiendo en un adolescente en conflicto con la ley penal y siendo como es la violación sexual un delito grave, y tendría que ser detenido y recluido en un centro juvenil con una medida socio educativa y sufriendo los graves efectos que tiene en la personas la privación de la libertad.

2.8. Como se puede ver el numeral 3 del artículo 173 del código penal, presenta problemas de aplicabilidad por cuanto colisiona con el ordenamiento jurídico y con la realidad. Además estaría en conflicto con la razón de ser del Estado, vale decir la autorrealización de sus miembros.

2.9. Coinciden con esta posición CHS Alternativo-OIT 2006 <sup>(35)</sup>, en su documento de conclusiones sobre al aplicación de la ley 2851 en al administración de justicia, así señalan:

"Conclusiones sobre la claridad y coherencia al interior del cuerpo normativo: la entrada en vigencia de la ley 28704 ha introducido en el sistema legal distorsiones importantes (elevación de la indemnidad sexual hasta los 18 años) que es necesario superar.

2.10. El citado documento señala que (...) [la] Ley 28704 ha impuesto una importante modificación en el ámbito de la aplicación de la ley 28251, pudiéndose concluir que la ley 28704 en la práctica deroga tácitamente diversos tipos penales como el usuario-cliente de explotación sexual infantil.

2.11. Se señala además que:

"El aspecto mas debatible (...) es que considera como violación "presunta" o "estatutaria" el acceso carnal (...) con un (a) adolescente entre catorce y menos

---

<sup>35</sup> Situación de la aplicación de la ley N° 2851, para el combate a la explotación sexual comercial infantil. Documento preliminar, agosto 2006.

de dieciocho años de edad (...) de esta manera el legislador eleva la edad de los titulares de "integridad o indemnidad sexual (...).

La ley 28704 elimina la "libertad sexual" de adolescentes. Esto es contradictorio con las disposiciones de los códigos civil y de los niños y adolescentes que permiten el matrimonio de adolescentes de dieciséis y diecisiete años de edad (art. 241 del Código civil) y el propio código penal que tipifica, por ejemplo, los delitos de seducción (art. 175) y usuario clientes (Art. 179-A).

La ley 28704 establece que el acceso carnal (...) con adolescentes entre catorce y menos de dieciocho constituye violación sexual, esto colisiona con los delitos de seducción y usuario-cliente (...). Su aplicación en la práctica provocaría que cualquier delito contra la libertad sexual cometido contra adolescentes que tengan entre 14 a 18 años de edad sea considerado violación de menores dejando sin contenido a los nuevos tipos penales que protegían a este segmento poblacional.

Luego (...) existen dos posibilidades: que los operadores de justicia consideren violación sexual establecida en el artículo 173 numeral 3) modificado por la Ley 27804 absorbe o deroga los demás delitos contra la libertad sexual en agravio de adolescentes, como la seducción y usuario—cliente, pues toda relación sexual (...) con este segmento poblacional sería considerado como violación sexual "presuntal" o "estatutaria", por otro lado, siguiendo los principios del derecho penal, por ejemplo: el de especificidad, se consideraría como violación sólo la relación sexual consentida con adolescentes (...) cuando esta relación



sea consecuencia de engaño o prestación económica (...). Esto último convertiría los nuevos tipos penales previstos por la ley 28251 en "puertas de escape" de los autores de violación de menores de edad, pues como se acaba de ver las penas son sensiblemente menores.

2.12. Como alternativa a la modificación de l artículo 173, el legislador propone incluir acertadamente un párrafo en el tipo base del artículo 170, relativo a la pena por la violación sexual de adolescentes entre catorce años y menores de 18, la cual se agrava si el agente tiene la cualquier posición, cargo o vinculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, siendo en este caso de cadena perpetua.

### III. CONCLUSIÓN

3.1. Considerando lo expuesto el suscrito es de la opinión que la propuesta de modificación del numeral 3 del artículo 173 del Código penal, resulta relevante en la medida que contribuirá a resolver los problemas señalados en los puntos precedentes.

3.2. En relación a la alternativa de agravara las penas para el delito de violación sexual de adolescentes entre 14 años de edad y menores de 18, si bien el suscrito opina favorablemente por dicha modificación, destaca la necesidad de plantear una revisión y en su caso, modificación de la normativa sustantiva, adjetiva y de ejecución vinculada a la libertad sexual, debido a que las modificaciones parciales que han venido realizando y la graduación de

penas establecida no siempre guarda proporción con los bienes jurídicos tutelados y las políticas de Estado frente a la violencia sexual en todas sus expresiones.

Atentamente.

Alberto Arenas

Abogado

El suscrito hace suyo el presente informe.

Director de Niños, Niñas y Adolescentes

MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL

5. Informe favorable del Ministerio de Justicia

Asesoría Técnica

Informe N° 131-2007-JUS/AT

A: Dr. Jorge Luis Manrique Campomanes

Jefe del Gabinete de Asesores

De: Walter Hoflich Cueto

Asesor de la Alta Dirección

Asunto: Proyecto de ley para la modificación de los artículos 170, 171, 172, y 173 del Código penal.

Proponente: Congresista Alejandro Rebaza Martell y otros.

Fecha: 14 de mayo de 2007

---

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al asunto de la referencia, a fin de elevar el siguiente informe, para su conocimiento y fines:

#### I. Análisis

1. La propuesta normativa precisa la modificación del artículo 173 del código penal, referido a la "violación sexual de menores de edad", a fin de que se abroge el numeral tres que establece que si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no ,menor de 25 ni mayor de 30 años.

Consecuentemente, solo devendría en atípico el acto sexual o análogo con una víctima menor de 14 años hasta 18 años, siempre y cuando no haya mediado alguna situación de violencia, amenaza, alteración o dominio de la voluntad y/o la conciencia, porque en tal situación opera lo previsto y sancionado en el código penal, en sus artículos 170, respecto a la violación sexual bajo violencia o grave amenaza, el artículo 171, cuando se trata de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir y también el artículo 172, cuando la víctima es incapaz de resistir, por sufrir anomalía

psíquica, alteración de la conciencia, retardo mental u otra situación que la haga incapaz de resistir.

2. La propuesta legislativa, abroga un numeral incorporado con la Ley 28704, la misma que incluyó a la víctima entre catorce años de edad, y menores de dieciocho años, dentro de la "intangibilidad e indemnidad sexual".

3. Diversos especialistas e instituciones, han expuesto sus críticas a la citada Ley 28704, y es importante de ellos recoger sus opiniones.

En la organización "DEMUS"- Estudio para la defensa y los derechos de la mujer", (...) manifestaron 'que) "al penalizar las relaciones sexuales de los adolescentes sin importar el consentimiento, el Estado ha elevado la edad mínima para el consentimiento sexual a la mayoría de edad, es decir dieciocho años.

Recordemos que más de la mitad de adolescentes en el mundo ha tenido relaciones sexuales antes de los 16 años. En el Perú, la Encuesta Demográfica y de Salud familiar 2000 (ENDES 2000) ha establecido que la edad mediana en la que se da la primera relación sexual de las mujeres de 20 a 49 años es a los 19 años, sin embargo esta edad baja a los 17 años cuando son mujeres sin educación o con instrucción primaria. (...), existen estudios que señalan que el inicio de la vida sexual es de los 13 años a 17 años en varones ya los 15 años en mujeres. Actualmente el 10.3% de los adolescentes está unido o casado y el

11,5% es sexualmente activo, esto quiere decir que han tenido relaciones sexuales en las últimas 4 semanas.

Una norma como la publicada criminaliza todas estas relaciones sexuales. Si es que ambas personas son adolescentes se convertirán en infractores, es decir, se verán involucrados en un proceso judicial ante el juzgado de familia que puede determinar el internamiento en Maranga o en el Hermelinda Carrera; si es que nos encontramos ante una pareja conformada por una persona de 17 y otra de 20, la última será sometida a un proceso judicial penal, cuyo objetivo será sancionarla por o menos a 25 años de cárcel".

4. El problema de las "relaciones sexuales entre adolescentes", no es tarea a ser revertida por el Derecho Penal, que debe penalizar actos reprochables, pero no comportamientos, propios además del desarrollo de la personalidad y de la opción de ejercer la sexualidad. Debe ante todo, articularse una debida educación sexual, frontal y no bajo el disfraz de la moral o el pudor, si se quiere obtener resultados tangibles.

5. Por otro lado, se propone incorporar en los artículos 170, 1714 y 172 del código penal, el párrafo siguiente:

"la pena será no menor de veinticinco ni mayo de treinta años e inhabilitación, si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

Con ello se previene una adecuada penalidad para los actos típicos y antijurídicos previstos en los citados artículos, en agravio de las víctimas en el citado rango etéreo.

## II. OPINIÓN

En consecuencia, considero que la propuesta legislativa, resulta viable,

Atentamente.

Walter Hoflich Cueto

Asesor de la Alta Dirección del Ministerio de Justicia

6. Informe favorable de la defensoría del pueblo

OFICIO N° 003-2007-DP/ANA

Lima, 17 de enero de 2007

Señor Presidente

Comisión de Justicia y derechos Humanos- Congreso de la República

Plaza Bolívar s/n

Cercado de Lima.-

De mi consideración:

Me dirijo a usted en relación al proyecto de Ley N° 207/2006-CR, que propone modificar el artículo 173 del Código Penal a fin de excluir (...) a los mayores de 14 y menores de 18 años, y establecer la penalización de los casos de afectación de la libertad sexual de estos menores de edad por violencia o amenaza en el artículo 170 del Código Penal.

(...) La Defensoría del Pueblo ha creado (...) la Adjuntía para al Niñez y la Adolescencia, cuyo objetivo es la defensa de y promoción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

(...) esta nueva adjuntía ve con especial preocupación la afectación de los derechos fundamentales de los adolescentes que se vienen generando (...) [

por] la aplicación del artículo 173 del Código Penal , que establece un tipo penal abierto de violación de menores de 18 años de edad, y que en concordancia con (...) [el] artículo 30 de la Ley General de Salud, establece la obligatoriedad de los médicos de poner en conocimiento de la autoridad competente la presunta comisión de hechos de violencia que constituya delito (...) esta situación ha generado la presentación de una queja por parte de la Mesa de Vigilancia por los Derechos Sexuales y Reproductivos.

(...) La Defensoría del Pueblo considera conveniente dar a conocer su opinión sobre la materia con el objeto de (...) garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos de los adolescentes en el país.

#### 1. Reconocimiento de los derechos fundamentales de los adolescentes.

(...) [existe] una tendencia a un (...) mayor reconocimiento de la capacidad de las personas como titulares de derechos y deberes (...) [que] comprende, de un lado, el disfrutar de un derecho (capacidad de goce) y, de otro, el poder ejercitarlo o ponerlo en actuación (capacidad de ejercicio).

El ser titular de esta capacidad implica la posibilidad de ejercitar autónomamente sus derechos y cumplir con sus deberes, teniendo como principal marco de referencia el discernimiento (...), capacidad de la persona de darse cuenta de qué quiere o no hacer y si es bueno o malo, y comprende la (...) volición o posibilidad de realizar un acto propio que manifieste esta decisión (<sup>36</sup>).

---

<sup>36</sup> ESPINOZA ESPINOZA, La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles, Lima, Grijley, 1998, en PUCP, Facultad de Derecho, Derecho Civil I. Selección



(...) la necesaria determinación de la existencia de discernimiento (...) tiene por objetivo principal la seguridad del individuo, quien podría no encontrarse en la posibilidad de determinar libre y voluntariamente la magnitud del acto que se va a realizar ni sus consecuencias <sup>(37)</sup> . Lo expuestos e encuentra (...) vinculado con el respeto del principio de autonomía individual o libre desarrollo de la personalidad expresamente consagrado en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes. Existe una creciente tendencia a la consagración de normas nacionales e internacionales (...) dedicadas al reconocimiento de su condición de sujetos de derecho, tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño y del Código de los Niños y Adolescentes <sup>(38)</sup>, así como a la creación de instancias especializadas para su protección.

(...) diversos autores coinciden en que la edad no puede ser, en el marco de derechos fundamentales, un factor que divida a los seres humanos de tal manera que, por encima de la mayoría de edad se considere que se es "completamente persona", y que por debajo de ella se sea menos persona.

(...) al momento de realizar una valorización de las decisiones existenciales del ser humano (...) debe tenerse en consideración (...) la madurez de juicio del sujeto de derecho independientemente de su edad <sup>(39)</sup>, (...) una progresiva madurez (...) suele ir de la mano con el transcurrir de los años (...),[y] existen

---

de textos, Lima, 2006, p. 153.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>38</sup> Ley 27337

<sup>39</sup> Espinoza Espinoza, Juan, ob. Cit., p. 158.

diversas normas tanto en el Código del Niño y del Adolescente como en el propio Código Civil que reconocen la capacidad de los niños niñas y adolescentes para el pleno ejercicio de sus derechos en diversas situaciones de su vida.

(...) de acuerdo a los lineamientos de política de salud de los adolescentes elaborados por el Ministerio de Salud (...) Resolución Ministerial 07-2005/MINSA, "en términos de grupo etéreo y para efectos del planificación de acciones, esta etapa se ubica entre los 10 y 19 años, reconociéndose dos sub etapas claramente diferenciadas en su interior: 10 a 14 años, adolescencia temprana y 15 a 19 años, adolescencia propiamente dicha. Estas dos sub etapas marcan dinámicas, necesidades y capacidades diferenciadas, frente a las que el Estado debe tener también una oferta diferenciada" (<sup>40</sup>).

(...), tal como reconoce la Organización Panamericana de la Salud, la sexualidad y el bienestar sexual de los adolescentes son componentes integrales de su salud y desarrollo.

"Todos los seres humanos son intrínsecamente sexuales y el desarrollo sexual evoluciona durante la infancia y la adolescencia, sentando las bases para la salud sexual del adulto. Adaptarse a los cambios sexuales y proteger su salud incluyendo su salud reproductiva es uno de los mayores retos de los adolescentes. El período adolescente es un momento oportuno para abordar la

---

<sup>40</sup> MINISTERIO DE SALUD. Lineamientos de política de salud de los adolescentes, Lima, 2005, p. 17.

salud sexual y las inquietudes sobre la sexualidad con el fin de mejorarla salud general de los jóvenes" <sup>(41)</sup>.

(...) la adolescencia constituye una importante etapa (...) en la que no podría, ni dejar de (...) reconocerse la existencia de una realidad en la cual los adolescentes van desarrollando y experimentando sobre su vida sexual y reproductiva.

(...) [en] reconocimiento de esta realidad (...) [la] Ley 27201, (...) [14.11.1999] modificó el artículo 480 del Código Civil estableciéndose el cese de la incapacidad (...) de los mayores de 16 años que obtienen título oficial (...) para ejercer una profesión u oficio o que contraen matrimonio (...). Esta misma norma modifica el artículo 41 del Código Civil estableciendo como excepción a la imposibilidad de los adolescentes de contraer matrimonio, la existencia de motivos justificados, tener un mínimo de 16 años cumplidos y manifestar expresamente su voluntad de casarse.

(...) asimismo (...) mediante la citada Ley 27201 se estableció que, tratándose de mayores de 14 años, cesa la incapacidad a partir del nacimiento de un hijo, para reconocerlos, reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto así como demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. Resulta (...) evidente el creciente reconocimiento de la capacidad de

---

<sup>41</sup> SHULL-AINE, Jessie y MATILDE MADDALEN. Salud sexual y desarrollo adolescente y joven en las Américas .Implicancias en programas y políticas. Organización panamericana de la salud, 2003, p. 21.

ejercicio de los adolescentes sobre la base de un discernimiento que, entre otros factores, responde también a la realidad social en la que viven. Esto resulta (...) acorde a lo expresamente dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente, en virtud del cual el niño y el adolescente gozan de los derechos especialmente relacionados con su proceso de desarrollo, y tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por ley. Cabe (...) referir que (...) [es] precisamente sobre la base de esta capacidad de discernimiento que si bien los adolescentes no son penalmente responsables, si responden por las infracciones que cometen contra la ley penal.

(...) resulta imprescindible tener en cuenta que esta existencia en los adolescentes de un margen de libertad que requiere ser respetado, debe necesariamente ir de la mano con la obligación estatal de proteger sus derechos, y en este sentido, de intervenir para promover, prevenir y cuidar de su salud con el objeto de garantizar su desarrollo integral. En tal sentido, resulta indispensable la obligación del Estado y de la sociedad en su conjunto de brindarles la educación, información consejería y orientación adecuadas - que comprende lo concerniente a su educación sexual y reproductiva- que contribuyan a la adopción de decisiones informadas y de de una paulatino nivel de madurez física, psicológica y social, ofreciéndoles oportunidades para el ejercicio pleno de sus derechos, respondiendo a sus necesidades y reconociendo sus capacidades. Y es que "sólo cuando los derechos humanos de los adolescentes son conocidos por ellos mismos y garantizados por la

sociedad, ellos tendrán condiciones para desarrollar todas sus capacidades"<sup>(42)</sup>.

Es así que el Código del Niño y del Adolescente reconoce en su artículo 15, inciso g) la obligación estatal de garantizar que la educación básica comprenda la orientación sexual y la planificación familiar. Asimismo, los Lineamientos de política de salud de los adolescentes, con el fin de lograr el pleno desarrollo de sus capacidades físicas, psicológicas y sociales establece entre sus objetivos "garantizar los derechos humanos de los adolescentes en salud, incluidos los sexuales y reproductivos" <sup>(43)</sup>.

En el lineamiento 1 se establece el acceso universal de los adolescentes a una atención integral y diferenciada en los servicios públicos y privados de salud, con especial énfasis en (...) salud sexual y reproductiva (...). Para ello establece entre sus acciones, implementar y fortalecer la atención integral y diferenciada desde los sistemas de aseguramiento público y privado, incluyendo prestaciones relacionadas a su salud sexual y reproductiva, eliminando aquellas barreras que obstaculizan su afiliación y/o atentan contra la confidencialidad" <sup>(44)</sup>.

Asimismo, en el lineamiento 3 (...) establece entre las acciones a adoptar con el sector educación desarrollar acciones de educación sexual y consejería,

---

<sup>42</sup> Ministerio de Salud, Ob. Cit., pp. 17 y 18.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>44</sup> *Ibíd.* p. 42.

promoviendo (...) el fortalecimiento de los programas de educación sexual y habilidades para la vida <sup>(45)</sup>"

En este contexto, mediante Directiva 001-2006-VMGP/OTUPI, (...) se establece en su punto 5.8.b. que el Programa de Educación Sexual tiene por objeto contribuir a la educación sexual de los estudiantes, "favoreciendo una vivencia saludable, plena, responsable, y sin riesgo de su sexualidad, con un fundamento ético, donde no hay espacio para ninguna forma de discriminación, abuso o explotación, en el marco de los derechos sexuales reproductivos".

Finalmente (...) estas políticas estatales buscan, (...) una mayor educación e información sobre sexualidad y reproducción para los adolescentes, con el objeto de garantizar el reconocimiento de sus derechos (...) si bien se trata de una labor que viene siendo asumida por el Estado de manera progresiva, ello no podría llevar a (...) en base de una pretendida tutela, vulnerar los derechos fundamentales de muchos adolescentes en el país, situación que viene presentándose a partir de la aplicación de la ley 28704 modificatoria del artículo 173 del código penal, en concordancia con el artículo 30 de la Ley General de Salud.

2. Análisis de la normatividad penal en materia de violencia sexual contra menores de edad.

---

<sup>45</sup> ibídem, p. 43.

Mediante ley 28704 (...) se modifica el artículo 173 del código penal (...).

(...) como consecuencia de dicha modificación se considera violación todo acto sexual que se realice con un menor de edad, independientemente de su edad y de si, sobre la base de dicha edad, existió o no consentimiento, situación que lleva a la vulneración de los derechos sexuales de aquellos adolescentes que contando con cierto grado de madurez sexual y física optan por sostener relaciones sexuales de manera libre y voluntaria.

(...)

Por el contrario, existe una edad a partir de la cual el niño o adolescente adquiere discernimiento para la realización de ciertos actos d en su vida, lo que ha llevado a que (...) el Derecho les reconozca dicha capacidad de ejercicio en normas expresas. Es en concordancia con ello que hasta antes de la reforma penal de la ley 28704, en el caso de adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, al reconocérseles discernimiento, lo que se protegía era su "libertad sexual". En tal sentido, pudiendo decidir respecto a su vida sexual, sólo se tipifican las conductas que implicaban engaño, explotación sexual o violencia o amenaza.

De esta manera, (...) se consagraba la violación de la indemnidad sexual en todos los casos en que la víctima sea menor de 18 años, lo que resulta contradictorio (...) con las referidas disposiciones del código civil, c "con el

propio Código Penal que tipifica, por ejemplo, los delitos de seducción (artículo 175)n y usuario cliente (artículo 179-A) <sup>(46)</sup>.

En lo que se refiere a los adolescentes (...), el reconocimiento de su sexualidad responde no sólo a la especial situación física y psicológica que (...) experimentamos a en esta etapa (...) (...) sino también a la propia realidad social en la que los adolescentes viven y que lleva a un reconocimiento de una madurez sexual temprana.

De otro lado (...) este reconocimiento de derechos guarda coherencia con (...) el artículo 20 inciso 8) del Código penal, en virtud del cual está exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

Es más, en lo que se refiere al sujeto activo (...) a partir de la modificación (...) en muchos casos se trata de adolescentes que, a partir de haber decidido sostener relaciones sexuales con su pareja también mayor de 14 y menos de 18 años de edad, se convierten en flagrantes infractores de la ley penal. (...)

Otro aspecto (...) es que, en los casos de (...) relaciones sexuales con un adolescente con consentimiento de éste, no podría reducirse prudencialmente la pena cuando el agente tenga más de 18 y menos de 21 años de edad (...), debido a que este beneficio (...), artículo 22 del Código Penal excluye expresamente a quien cometa delito de violación sexual u otro delito

---

<sup>46</sup> [CHS Capital Humano y Social Alternativo y Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Situación de la aplicación de la Ley 28251, para el combate d y la explotación comercial de niños, niñas y adolescentes, Lima, 2006, p. 27]. *Ibidem* p. 27.



sancionado con pena privativa de la libertad no menor de 25 años o cadena perpetua.

Cabe tener también en cuenta que, (...) [en el ] delito de seducción (...) artículo 175 del Código Penal, en donde (...) no hay violencia ni amenaza sino engaño, y el sujeto pasivo tiene entre 14y menos de 18 años, existe una tendencia en política criminal que busca se suprima este tipo de delito, opinión que desde 11998 viene siendo sostenida por la Defensoría del Pueblo (<sup>47</sup>).

Por lo expuesto, en opinión de la Defensoría del Pueblo no resulta posible dejar de reconocer capacidad a los mayores de 14 años y menores de 18 para prestar su consentimiento a sostener relaciones sexuales, situación en cuyo caso no puede hablarse de delito de violación (...) la no existir ni violencia ni amenaza (...).

Es por ello que, en los casos en los que si existe libertad sexual, manifestada en el consentimiento para sostener relaciones sexuales por parte del adolescente, no existiría bien jurídico protegido (...) a partir de esta regulación (...) está generando (...) es la restricción y vulneración de dicha libertad sexual, situación que (...) genera la vulneración de otros derechos (...) [como] los de libre desarrollo de la personalidad, intimidad, integridad, entre otros.

(...)

---

<sup>47</sup> Defensoría del Pueblo, Memoria de la Defensoría Adjunta para los Derechos de la Mujer, abril 2001 abril 2005, Lima, 2005, pp. 156-157.

Es más, de acuerdo con lo dispuesto e por el artículo 30 de la Ley 26842, ley General de Salud (LGS) , el medico que brinda atención a una persona por causa de violencia que constituya delito (...) está obligada a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente. Por su parte el artículo 43 de este mismo cuerpo de leyes señala que la obligatoriedad de aviso (...) está referida a que se comunique al director del establecimiento la naturaleza del acto médico, la causa de la lesión, el deterioro de la salud y otros.

Tal como sostiene n, diversos especialistas, este artículo plantea un conflicto entre bienes [constitucionales] (...) el derecho/deber del secreto profesional medico y paciente (...), artículo 2 inciso 18) de la Constitución y de otro, la denuncia de indicios de la comisión de un delito (...) <sup>(48)</sup>.

El secreto profesional (...) médico de mantener reserva sobre aquella información (...) se encuentra (...) vinculado a preservar la confianza de quienes acuden a los servicios médicos (...). Debe (...) recordarse que el artículo 15, literal a) y b) de la LGS, establece los derechos de personas usuarias de servicios de salud al respeto de su (...) dignidad e intimidad, y a exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece.

Cabe (...) hacer especial referencia q eu el derecho a la proivac9idad se encuentra (...) reconocido (...) en el artículo 16 de la Convención sobre

---

<sup>48</sup> ver al respecto, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos-PROMSEX, 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, (Autora Erika García Cobian Castro) Lima, octubre 2006, p. 23

Derechos del Niño (...)esta intimidad se encuentra también reconocida (...) en los Lineamientos de políticas de salud de los adolescentes, que consagra la obligación estatal de eliminar las barreras que atentan contra la confidencialidad" (49).

En la sentido, (...) el citado artículo 30 y el secreto profesional debe solucionarse mediante el (...) método de la ponderación, a partir del análisis del fin legítimo, la idoneidad, le necesidad y la proporcionalidad de la medida. En este caso concreto, la restricción al secreto profesional carece de requisito de necesidad al existir otras medidas menos lesivas del secreto profesional que pueden contribuir a la (...) correcta administración de justicia" (50).

Toda esta situación se torna más grave (...) teniendo consideración que (...) a partir de la modificatoria del artículo 173 del Código penal la inadecuada tipificación (...) ha comprendido un supuesto en el que no existe bien jurídico (...) en el caso de existir consentimiento del adolescente mayor de 14 años para mantener relaciones sexuales (...) resquebrajando la confianza que debe existir entre el trabajador médico y paciente, situación que afecta directamente sus derechos a la salud y vida si éstos dejan de acudir a un establecimiento de salud por tener que potar entre la necesidad de atención médica y la inminencia d una injusta denuncia penal (51).

---

<sup>49</sup> Ministerio de Salud, ob. Cit, 2005, p. 42.

<sup>50</sup> Ver al respecto Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, ob. Cit., pp. 24 a 26.

<sup>51</sup> Ibídem, pp. 13, 14 y 28.

De otro lado, es importante tener en cuenta el carácter fragmentario y subsidiario de la intervención punitiva (...). En opinión de la Defensoría del Pueblo deben tenerse en consideración las graves consecuencias de la reacción punitiva, que llevarían (...) a poner innecesariamente en funcionamiento todo el sistema penal, con el correspondiente costo social y económico que ello conlleva.

Finalmente (...) esta situación ha llevado a que en cumplimiento de (...) [de] los artículos 173 del Código p Penal y 30 de la LGS, el Instituto Especializado Materno Perinatal haya emitido la Directiva 039-DG-INMP-06, (...) a partir de la cual se establece la posibilidad de (...) la retención de la adolescente, (...) que vulnera (...) su derecho (...) a la libertad individual (...) (...) [pues] la obligación (...) de poner en conocimiento de la autoridad (...) no implica en ningún caso la posibilidad de retener a las víctimas (...). Tal como sostiene el Tribunal Constitucional (<sup>52</sup>), así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>401</sup>, los límites o restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales deben ser necesariamente establecidos sólo por ley en sentido formal, es decir por norma emitida por el Congreso, y además respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad de dicha restricción.

#### 4. Consideraciones finales

Lo expuesto demanda una urgente modificación del artículo 173 del Código Penal, por afectar directamente los derechos fundamentales de los

---

<sup>52</sup> STC 1285/2006 caso ejecución de resoluciones judiciales, exp. 4119-2005-PA/TC, fj. 67-70.

adolescentes como soj su derecho a la dignidad, salud, libertad, libre desarrollo de su personalidad, intimidad, pensamiento, entre otros r, reconocidos tanto por tratados de derechos humanos ratificados por el Perú y por ende de obligatorio cumplimiento, como por la Constitución y leyes nacionales vigentes sobre la materia, en especial el Código de los Niños y Adolescentes.

En este sentido, en opinión de la Defensoría del Pueblo, resulta adecuada la propuesta planteada en el proyecto de Ley 0207/2005-CR, que establece entre los tipos previstos en el artículo 170 a la violación de persona mayor de 14 y menor de 18 en los casos en que medie violencia o amenaza como tipo agravado de delito, eliminando esta figura del artículo 173, que contiene los supuestos sobre intangibilidad e indemnidad sexual.

Es del caso incidir en que esta afectación de los derechos de los adolescentes acaecido a partir de la entrada en vigencia de loas citadas normas legales no pretende de manera alguna desconocer la necesidad de atacar el grave problema de desinformación sexual, del temprano inicio sexual y de embarazo precoces que existe en nuestro país.

401 [21] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 09 de mayo de 1986.

378

Es importante tener (...) en consideración que todo este problema se encuentra (...) asociado a situaciones de discriminación que afectan (...) a las adolescentes mujeres que pertenecen a sectores (...) desfavorecidos. En tal sentido, su (...) tratamiento requiere de s [la] adopción de diversas acciones y políticas públicas educativas y de sensibilización que, a partir de un trabajo (...) entre los diversos sectores involucrados, estén destinadas a su disminución y erradicación.

Sin embargo queda claro que (...) no puede (...) desarrollarse sobre la base del establecimiento de disposiciones que, en vez de solucionar el problema, afectan flagrantemente la plena vigencia de los derechos fundamentales de los adolescentes.

Y res que sólo sobre la base del interés superior del niño y del adolescente previsto en los artículos 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente, y en estricto respeto a sus derechos se puede brindar una respuesta adecuada a las graves necesidades de salud pública y de educación que enfrenta nuestro país.

(...)

Atentamente

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Adjuntía para la Niñez y Adolescencia

7. Informe de la Organización “Meza de Vigilancia Ciudadana por los Derechos Sexuales y Reproductivos”, en una comunicación realizada con fecha 23 de noviembre de 2006, al Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, Dr. Raúl Eduardo Castro Stagnaro, manifestando su apoyo a las modificaciones propuestas en el proyecto de Ley N° 207/2006, sobre violencia sexual y adolescentes.

Esta organización manifiesta su apoyo basándose en lo siguiente:

- El inicio sexual generalmente voluntario de los y las adolescentes en el país ocurre en promedio a los 17 años, y en algunas poblaciones y/o regiones se produce incluso a los 14 años o menos.
- La tasa de embarazo adolescente según las últimas encuestas, es de 12.7 y en algunas regiones de la selva y sierra alcanza el 29% de la población total de adolescentes.
- El Ministerio de Salud ha hecho esfuerzos importantes por garantizar el acceso de las mujeres a la atención institucionalizada del parto como estrategia fundamental en contra de la mortalidad materna, considerando que aproximadamente el 20 % de partos en el país son de mujeres adolescentes.
- La Constitución, el Código del Niño y Adolescente y un conjunto de normas del Ministerio de Salud, así como el Código penal antes de ser modificado, reconocen los derechos sexuales y reproductivos de los y de las adolescentes,

los que incluyen el ejercicio de su sexualidad de manera voluntaria, saludable y sin riesgo de discriminación, coerción o violencia.

Asimismo, esta organización identifica los efectos de la Ley 28704 en su inicial vigencia, y que son apreciaciones valederas hasta la actualidad:

- Extiende el concepto de “indemnidad sexual” a todos los adolescente por debajo de los 18 años, esto implica considerarlos jurídicamente incapaces para el ejercicio de su libertad sexual.

- En base a esta modificación y a lo establecido en el artículo 30 de la Ley General de Salud, el Instituto Materno Perinatal aprobó la Directiva N° 039-DG-INMP-06, referida a la “información de pacientes menores de edad a la autoridad competente”, ocasionando que los operadores de salud de los servicios de obstetricia, se vean obligados a poner en conocimiento de la autoridad la supuesta comisión del delito de violación sexual que habría originado el embarazo de las adolescentes que atienden, para que ésta, a su vez, la remita a la Fiscalía.

- Se ha generado la “retención involuntaria” e innecesaria de adolescentes que tuvieron sus partos en este establecimiento con el consiguiente costo para sus familias y sus parejas.

- Se ha atribuido a los operadores de salud competencias que son del Ministerio Público, distrayendo a estos de sus funciones más importantes que



son la atención de salud con calidad, atención de emergencias y la prevención de complicaciones y muertes maternas.

- La modificatoria vigente no toma en cuenta si las directamente implicadas han sido víctimas o no de violencia sexual.

Así, el Grupo Coordinador de la Mesa de Vigilancia Ciudadana por los Derechos Sexuales y Reproductivos, manifiesta su preocupación y postula la inmediata modificación de la norma, opinando que debería regresarse al texto original, que extendía protección penal hasta los 14 años, indicándose que de optarse por ello, estaríamos expuestos a los siguientes peligros:

- Considerar “ilegal” todo ejercicio sexual de las y los adolescentes menores de 18 años.

- Desalentar y confundir el cumplimiento de la normatividad vigente respecto del acceso de los y las adolescentes a recibir información, orientación y servicios de planificación familiar en los establecimientos de salud con el consiguiente incremento de los embarazos no deseados.

- Desinstitucionalizar la atención del parto adolescente, habida cuenta los riesgos y complicaciones de los embarazos y partos en este grupo etareo.

## BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMIREZ, Juan....."Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal", Editorial Temis, Librería Bogotá - Colombia 1982.

BUSTOS RAMIREZ, Juan....."Introducción al Derecho Penal", Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia 1986.

BRAMONT ARIAS, Luis..."La Ley Penal, Curso de Dogmática Jurídica", Lima 1950, Tesis Doctoral.

BRAMONT ARIAS, Luis..."Derecho Penal: Parte General", Tomo I, 3ra Edición, Lima 1978.

CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTIN CASTRO Cesar...."Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Aspectos Penales y Procesales, Editora y distribuidora jurídica Grijley E.I.R.L, primera edición, Lima, setiembre del 2000.

CASTILLO ALVA, José Luis...."La Violación sexual en el Derecho Penal Peruano", Jurista Editores, Edición Setiembre del 2001, Lima, Perú.

CASTILLO ALVA, José Luis...."Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2002.

CASTILLO ALVA, José Luis..."La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador". En Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 149, 2006, Abril, p 14 y 15.

CEREZO MIR, José..."Curso de Derecho Penal Español, Parte General I", Editorial Tecnos S.A., 3ra Edición, Madrid 1988.

COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTON, T.S...."Derecho Penal, Parte General", 2da Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 1987.

CREUS, Carlos..."Derecho Penal: Parte General", 3ra Edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1992.

DIEZ RIPOLLES, José Luis..."La Protección de la Libertad Sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de Reforma", BOSCH, Casa Editorial S.A, Barcelona 1985.

DIEZ RIPOLLES, José Luis..."Delitos contra la libertad sexual", Consejo General del Poder Judicial, Impreso en Lerko Print S.A. Madrid, 1999.

ESPINO PEREZ, Julio D....."Código Penal: Concordancias", Sexta Edición, Editorial Importadora Sevillano, Lima – Perú, 1982.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan..."Derecho Penal Fundamental", Vol. I, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.

FONTAN BALESTRA, Carlos..."Derecho Penal: Introducción y Parte General", décimo quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995.

GARCIA DEL RIO, Flavio..."Delitos Sexuales", Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L., Lima, Perú, Noviembre 2004.

GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. ..."Manual de Criminología", Madrid 1986.

HASSEMER, Winfried..."Fundamentos del Derecho Penal ", Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Edi. Bosch, Barcelona 1984.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge...."Lecciones de Derecho Penal: Derecho Penal General I", Pro Derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas", Lima – Perú, 2009.

HURTADO POZO, José....."Manual de Derecho Penal - Parte General", Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición, Lima 1987.

HURTADO POZO, José....."Derecho Penal y Discriminación de la Mujer", Anuario de Derecho Penal 1999 – 2000, Fondo Editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Primera Edición, Junio de 2001.

JAKOBS, Gunther..."Bases Para una Teoría Funcional del Derecho Penal", Palestra Editores, Lima, 2000.

JAKOBS, Gunther; Struensee Eberhard..."Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno", hammurabi José Luis de Palma editor, Buenos Aires 1998.

JESCHECK, Hans Heinrich..."Tratado de Derecho Penal: Parte General", T. I, Bosch Casa Editora S.A., Barcelona, 1981.

KAUFMAN, Armin..."Teoría de las Normas", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

LAMPE, Ernst-Joachim..."La Dogmática Jurídico Penal Entre la Ontología Social y el Funcionalismo", Editora Jurídica Grijley, Lima 2003.

LAMA MARTINEZ, Hector D. "Aspectos Críticos del bien jurídico en los delitos contra la libertad sexual", Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas, Lima, Noviembre 2003.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo..."Derecho Penal: Parte General", T. I "Introducción a la Teoría Jurídica del Delito", Primera Edi., Gaceta Jurídica S.A. Lima 2004.

MAGGIORE, Giuseppe...."Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 3 edi., 1986, T. IV.

MANTOVANI, Ferrando.... "Diritto Penale; Parte Speciale: I Delitti contro la liberta e l'intangibilita sessuale", Padova, Cedam, 1998.

MARTINEZ ZÚÑIGA, Lisandro...."Derecho Penal Sexual", Bogotá, Edit. Temis, 2da Edición, 1977.

MAURACH REINHART..."Derecho Penal: Parte General", T. 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAZUELOS COELLO, Julio...."Lecciones de : Derecho Penal (Control Social y Dogmática Penal)", Editorial San Marcos, Lima, 1995.

MIR PUIG, Santiago..."Introducción a la Bases del Derecho Penal. Concepto y Método", Editorial Bosch, Casa Editora S.A., Barcelona 1976.

MIR PUIG, Santiago..."Derecho Penal Parte General", 4º Edición, Edi. Reppertor S.A., Barcelona 1996.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando..."Antijuricidad Penal y Sistema del Delito", José María Bosch Editor, Barcelona 2001.

MORALES PRATS – GARCÍA ALBERÓ...."Delitos Contra la Libertad Sexual", en comentarios a la Parte especial del Derecho penal (Dir. Quintero Olivares, coord. Valle Muñiz), Aranzadi, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco....."Teoría General del Delito", Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes..."Derecho Penal: Parte General", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

NÚÑEZ, Ricardo...."Derecho Penal Argentino", Edito. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959, Tomo IV.

PEÑA CABRERA, Raúl....."Tratado de Derecho Penal", Estudio Programático de la Parte General, Editora Jurídica Grijley - 5ta Edición 1994, Lima-Perú.

POLAINO NAVARRETE, Miguel...."Derecho Penal, Parte General", Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.

POLAINO NAVARRETE, Miguel...."Instituciones de Derecho Penal; Parte General", Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2005.

POLITOFF, Sergio..."Los Elementos Subjetivos del Tipo Legal", Editorial rídica de Chile, Santiago, 1965.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor R...."Comentarios al Código Penal de 1991", Editorial Alternativas - Lima - Perú 1993.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo..."Curso de Derecho Penal, Parte General, Edi. Marcial Pons, Barcelona 1996.

REYNA ALFARO, Luis...."Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Enfoque dogmatico y jurisprudencial, Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición, Febrero 2005, Lima, Perú.

RODRIGUEZ DEVESA, José Maria...."Derecho penal Español, Parte General, Edi. Dykinson, Madrid 1992.

RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, Serrano Gómez Alfonso..."Derecho Penal Español", Madrid, Edit. Dykinson, 17 ed., 1994

RODRIGUEZ MOURULLO, G...."Derecho Penal, Parte General, Edi. Civitas, Madrid, 1978.

ROXIN, Claus..."Derecho Penal Parte General", T. I, "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", Editorial Civitas S.A., Madrid 1997.

ROY FREYRE, Luis..."Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial: Delitos contra las buenas costumbres, contra la familia y contra la libertad; Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima – Perú, 1975.

SCHONE, Wolfgang..."Acerca del Orden Jurídico Penal", Editorial Juricentro, San José, Costa Rica 1992.

SERRANO-PIEDACASAS FERNANDEZ, José Ramón..."Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal", Gráfica Horizonte S.A., Lima 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María..."El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales", J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María..."Estudios de Derecho Penal", Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima 2000.

TIEGUI, Osvaldo..."Delitos Sexuales", Tomo I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1983.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe....."Lecciones de Derecho Penal" Parte General, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú 1990.

VILLA STEIN, Javier..."Derecho Penal: Parte General", Editorial San Marcos, Lima, 1998.

WELSEL, Hans..."Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl....."Manual de Derecho Penal, Parte General Tomo I", Ediciones Jurídicas-4ta Edición-1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl....."En busca de las penas perdidas", Afa Editores Importadores S.A. Buenos Aires-Argentina 1989.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel..."Fundamentos de Derecho Penal: Parte General (Las teorías de la pena y de la ley penal", tirant lo blanch, Valencia 1993.