

CUESTIONAMIENTO DE LA IMPUTACIÓN PENAL EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL Y EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SEXUAL DE MENORES

Silfredo Hugo Vizcardo *

Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: Problemática jurídica objeto de tratamiento.

CAPÍTULO I: Aspectos generales de identificación de la problemática sobre la protección sexual de adultos y menores. 1.- Concepto de violación. 2.- Libertad e indemnidad sexuales: Conceptualización. 3.- Valoración de la prueba conforme al Pleno Jurisdiccional. **CAPÍTULO II:** Violación de menores. 1.- La indemnidad sexual de menores y su protección jurídico penal. 2.- La protección de la indemnidad sexual de los menores en el Derecho Comparado. 3.- La protección de la indemnidad sexual de los menores en el Derecho Penal Peruano. 4.- Estado actual de la realidad sexual de los adolescentes a nivel nacional. 5.- Problemática de la modificación del Art. 173 del C.P. introducido mediante Ley N°28704. 6.- Esfuerzos de la judicatura para resolver la problemática: Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema. **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

* Profesor de Derecho Penal UNMSM, y UIGV. Catedrático de la unidad de Post Grado UNMSM. Magister y Doctor en Derecho por la UNMSM. Docente investigador y autor de diversos libros en materia penal

RESUMEN:

Por diversos factores, no sólo psico-físicos, sino también culturales y de socialización, es posible, en el caso de mayores de catorce años y menores de 18 años de edad, que si puedan 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, ya que mediante la Ley N° 28704 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 insito y no declarado que contiene, pretende introducir en sociedad los fundamentos de una ya vedada finalidad «promocional», rechazada por la doctrina penal 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.

PALABRAS CLAVES: *Imputación penal libertad caso menores*

INTRODUCCIÓN:

Problemática jurídica objeto de tratamiento.

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. 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 exter-

na 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.

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.

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 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.

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.

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 insito 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 pre-

tenden 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.

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.

CAPÍTULO I

Aspectos generales de identificación de la problemática sobre la protección sexual de adultos y menores

I. 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, tenemos el delito de «seducción». Completan esta estructura las conductas de violación en las que el agente utiliza violencia o grave amenaza, para obligar el acceso carnal.

2. Libertad e indemnidad sexuales: conceptualización

La libertad sexual corresponde a un atributo personal que se sustenta 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 ca:iz 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).

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 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.

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.

3. Apreciación de la prueba conforme al Pleno Jurisdiccional

El tema de la debida y adecuada apreciación de la prueba en los delitos sexuales, ha sido objeto de tratamiento del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (06-12-11), bajo la premisa de que existe un criterio estadístico

de absoluciones (90%), en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), estimándose que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, se entiende que algunos sectores de la comunidad, asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces.

En tal sentido, la Corte Suprema, identifica como los problemas objeto de análisis jurisprudencial, los siguientes:

1. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal, la vinculada a la resistencia o no de la víctima -alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.
2. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia.
3. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.
4. Evitación de una victimización secundaria.

1. Primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual

Fundamento 21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material sine qua non para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de

dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

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

2. Segundo tema: Declaración de la víctima

Fundamento 22º. *La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): i) Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y ii) Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-*

Fundamento 23º. *Se ha establecido anteriormente -con carácter de precedente vinculante- que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos inculpinados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.*

Fundamento 24°. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva —que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental—, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia —la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente.

A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador; todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

Fundamento 25°. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza —vecino—, o haber tenido una relación de

autoridad -padrastro, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

Fundamento 26°. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea -en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

Fundamento 27°. Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: «...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiese haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado».

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

- A. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.*
- B. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.*
- C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.*

3. Tercer tema: La prueba en el Derecho Penal Sexual

Fundamento 28°. El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).

Fundamento 29°. La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba -de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad -que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexua-

les, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

Fundamento 30º. La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

Fundamento 31º. El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza –en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

Fundamento 32º. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la praxis a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los

distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitállica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

Fundamento 33° Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

Fundamento 34°. El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento -esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los ac-

tos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

Fundamento 35° La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el test de proporcionalidad que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

Fundamento 36° Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

4. Cuarto tema: Evitación de la Estigmatización secundaria

La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

Fundamento 37°. *El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.*

Fundamento 38°. *A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.*

*En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; **d)** ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.*

CAPITULO II

Violación de menores

1. 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 consenti-

miento, puesto que lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Refiere Salinas 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 libertà e l'intangibilità 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 me-

noscabado 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.

2. 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 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 concurre 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 366°, 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 sí 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 Uruguaya 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.

3. 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 principal-

mente 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, raptó 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 vírgen 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 (Cfme: 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 incapacita-

das 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 insito 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.

4. Estado actual de la realidad sexual de los adolescentes 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.

5. Problemática de la modificación del Art. 173 del C.P. introducida 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 rea-

lizada 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 Direc-*

tiva 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.

6. Esfuerzos de la judicatura para resolver la problemática: Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema

Dada la problemática referida, diferentes sentencias y resoluciones sobre consultas de la Corte Suprema, se manifestaron por la inaplicación de la norma (ver anexos). Así, en el análisis de diferentes casos se puso en evidencia las contradicciones e incompatibilidades de la aplicación del artículo 173°, inc. 3°, en su fórmula actual modificada por Ley N° 28704, con la Constitución 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).

Ante ello, la Corte Suprema de La República ha resuelto medianamente tal problemática mediante sendos acuerdos plenarios: N° 7-2007/CJ-116 y N° 4-2008/CJ-116:

- a) 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 sus fundamentos, el Pleno invoca el «Principio de proporcionalidad de las penas»: Al respecto, manifiesta la Corte Suprema: 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».

De esta manera se observa que el artículo 173°, inciso 3), del C. P. incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares: Así, el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores (Art. 176°-A) 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 Art. 179°- A (Usuario cliente) sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. El artículo 175° (Seducción), sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

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.

Así, el Pleno estableció:

- 1) Conforme a los Arts. 44°, 46° y 241° C.C. que afirman 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 (consentimiento), puesto que se reconoce su libertad sexual.*
- 2) Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° (Seducción) y 179° A (usuario Cliente) del C.P. 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.*

Para los efectos de determinación de la pena, se deberán tener en cuenta factores complementarios:

- a) La diferencia de edad no sea excesiva.*
- b) Exista vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.*
- c) La costumbres y percepción cultural.*
- d) La admisión o aceptación voluntaria.*

- b) 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 sus deliberaciones, plantearon como premisa: 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.

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 fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante. Al respecto se tendrá en cuenta:

El delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores (Art. 176°-A). El análisis sistemático con el Art. 176, 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. El artículo 175° (Seducción), sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. 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).

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

ción sexual a que se refiere el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años.

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.

Con respecto a los factores complementarios establecidos en el FJ 11º del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, referidos a:

- a) La diferencia de edad no sea excesiva.*
- b) Exista vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.*
- c) Las costumbres y percepción cultural.*
- d) La admisión o aceptación voluntaria.*

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, carecen de trascendencia por lo que han perdido vigencia.

CONCLUSIONES

- 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».*
- 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».

- 3. 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 el objeto de protección lo será la indemnidad o intangibilidad sexual.*
- 4. Los fines proteccionistas del Derecho penal no justifican reprochar la actividad sexual consentida de todos los menores en general.*
- 5. 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.*
- 6. Durante la vigencia del Código penal de 1924, se apeló a un criterio escalonado de protección de la indemnidad 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.*
- 7. La Ley N° 28704, modificatoria del Art. 173, resulta criticable en cuanto al fin insito y no declarado que contiene, pretende introducir en sociedad los fundamentos de una ya vedada finalidad «promocional», rechazada por la doctrina penalística mayoritaria.*
- 8. 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.*
- 9. 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.*

10. *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.*
11. *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.*

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- 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.
- FONTAN BALESTRA, Carlos.. «Derecho Penal: Introducción y Parte General», décimo quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995
- FRISANCHO APARICIO, Manuel...»Delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Código Penal Peruano», Ed. Fecat., Lima, 2004.
- GARCIA DEL RIO, Flavio... «Delitos Sexuales»,Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L., Lima, Perú, Noviembre 2004.
- HUGO VIZCARDI, 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.
- 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.
- MARTINEZ ZÚÑIGA, Lisandro.... «Derecho Penal Sexual», Bogotá, Edit. Temis, 2da Edición, 1977.
- 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», Editó. 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.... «Instituciones de Derecho Penal; Parte General», Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2005.
- REYNA ALFARO, Luis.... «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Enfoque dogmático y jurisprudencial, Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición, Febrero 2005, Lima, Perú.
- 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.
- 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 Especial I-B», Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- 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.