

## **IMPLICANCIAS JURÍDICAS DEL PROYECTO LEY QUE DESPENALIZA LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS CON MENORES DE 14 A 18 AÑOS DE EDAD**

**Por: José Carlos Mallma Soto\***

El tema del presente artículo materia de desarrollo en las siguientes líneas nos acerca inexorablemente a una propuesta legal del Congresista Alejandro A. Rebaza Martell, que ha despertado el debate de parte de la doctrina especializada y el cuestionamiento de la opinión pública, nos referimos pues al Proyecto Ley N° 1055-2006-CR, (en adelante el proyecto) que busca modificar los artículos 170°, 171°, 172° y 173° del Código Penal peruano, en los términos siguientes a) Incluir dentro de los Art. 170°, 171° y 172° del Código Penal un párrafo adicional por el cual se penalice la violación de la libertad sexual en contra de personas cuya edad oscilen entre los 14 y menos de 18 años, en la situaciones concurrentes en los tipos penales de cada artículo, con una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años e inhabilitación; b) Abrogar el numeral 3 del Art. 173° del Código Penal estableciendo de esta manera que a partir de los 14 años de edad, las personas tiene la capacidad de decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad. Dicho proyecto ley fue recepcionado por la mesa de partes del Congreso de la Republica el 07 de marzo del año en curso, siendo aprobado en la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Nacional, y posteriormente debatida y aprobado por el pleno del legislativo el 21 de junio, siendo en un primer momento exonerado de la segunda votación, sin embargo debido a la ola de críticas al respecto de las consecuencias de dicha norma por parte de diversos sectores de la sociedad civil peruano, con fecha 27 de junio, el pleno del congreso aprobó una reconsideración interpuesta a fin de que se someta a una segunda votación la propuesta legislativa en cuestión, a inicios de la próxima legislatura, es en este contexto que resulta pertinente analizar desde la óptica de la doctrina penal contemporánea, las implicancias jurídicas que suscitaría la aprobación del citado proyecto, no sólo para el derecho penal sino su repercusión en distintos ámbitos de la realidad peruana, desde luego la tarea resulta de gran importancia por lo cual pretendemos abordar el tema con la mayor objetividad posible y rigurosidad científica, descartando las posiciones irracionales y rescatando todas

---

*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Editor y Miembro Principal de CINDE ([www.cindeayacucho.tk](http://www.cindeayacucho.tk)).*

aquellos planteamientos que tenga un sustento fáctico-social, con la intención de contribuir al debate, evidenciando los aspectos positivos del proyecto y criticando los negativos, promoviendo conclusiones y recomendaciones acorde a las expectativas jurídicas.

## 1. ESTUDIO SOBRE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

En este orden de ideas es necesario, partir de la exposición de motivos del aludido proyecto, para discutir sobre la coherencia de sus fundamentos, así tenemos que el proyecto en cuestión tiene su antecedente más cercano en la propuesta legislativa N° 207-2006-CR, de fecha 14 de setiembre del 2006, presentada por la también congresista aprista Mercedes Cabanillas Bustamante, la que comprendía la modificatoria de los Art. 170° y 173° del Código Penal en los siguientes términos: a) La incorporación en el último párrafo del artículo 170° del CP. tipo base del delito de violación sexual, del siguiente texto:

***“Siempre que medie violencia o amenaza, (la negrita es nuestra) la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vinculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena será de cadena perpetua<sup>1</sup>”***

Conforme es de apreciar la modificatoria es sustancial dado que partiendo de la frase “siempre que medie violencia o amenaza”, se pretende generalizar a las violaciones sexuales de menores de edad comprendidos entre mayores de 14 y menores de 18 años de edad, el elemento constitutivo de tipo penal base aplicable hasta entonces únicamente cuando la víctima era mayor de edad<sup>2</sup>, ello porque, el bien jurídico protegido en la

---

<sup>1</sup> La técnica legislativa es pésima, porque se redundante en aspectos previstos en el primer párrafo del artículo 170° CP. bastaba que señalase en el último párrafo: la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vinculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena será de cadena perpetua

<sup>2</sup> El supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de “violación presunta” no admite el consentimiento como acto exculpativo ni para los efectos de reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrá dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores. (Ejecutoria Suprema del 07/07/2003, R.N. N° 0458-2003, Callao. Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Año 9, N° 64, 2004, p. 282).

violación sexual de menores de edad era la indemnidad o intangibilidad sexual, y no la libertad sexual<sup>3</sup>, atributo reconocido sólo a los que alcanzaban la mayoría de edad. Por lo que a decir del proyecto Cabanillas la violación sexual contra menores de edad de 14 a 18 años es tal sólo cuando existe violencia o amenaza para el acceso carnal, *contrario sensu*, las relaciones sexuales con menores que oscilan entre dichas edades en el cual exista consentimiento será permitida, *per se*, tal propuesta también comprendía la derogación del numeral 3 del Art. 173° del Código Penal, que a la fecha estipula que *“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objeto o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (...) 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”*, creemos ahora saber el porque en las primeras entrevistas a la ex presidenta del Congreso sobre el proyecto Rebaza Martell lo califico como positiva, retractándose posteriormente a tal punto que propicio la reconsideración de la votación. En otro extremo de la exposición de motivo conforme esta redactado señala que el objeto del proyecto radica en evitar la atipicidad de los delitos comprendido en los Art. 170°, 171° y 172° en caso de violación sexual de menor de edad de 14 a 18 años de edad, por la eventual aprobación de la propuesta de la congresista Cabanillas, empero, también acoge la derogación del inc. 3 del Art. 173° CP., en este extremo es importante cuestionarse el porque los citados artículos materia de modificatoria devendrían en atípico si se aprobase el Proyecto N° 207-2006-CR, después de un análisis del tema, creemos que no tiene objeto alguno la incorporación de tales párrafos en dichos artículos, puesto que muy bien se hubiera superado la atipicidad de los supuestos descritos en los artículos 171° y 172°, con la incorporación de un párrafo en el Art. 173° que estipulase la agravante con el siguiente texto:

*“La pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta e inhabilitación si la víctima es puesto en estado de inconsciencia o en imposibilidad de*

---

<sup>3</sup> En el delito de violación de la libertad sexual debe establecerse de manera clara e inequívoca la edad de la agraviada, por lo que debe solicitarse de oficio la partida de nacimiento. (Ejecutoria Suprema del 18/06/92, Exp. N° 479-92-A, Carmen Rojjasi, Ejecutorias Supremas, p. 171).

*resistirse y cuando sufre de anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia o retardo mental”.*

En un segundo punto, se hace mención del derecho a la libertad como derecho fundamental que permite el ejercicio de nuestras facultades lícitas como seres humanos con dignidad, por lo que en el derecho en su conjunto debe primar el respeto de ese valor supremo, coincidimos plenamente en ello, porque el derecho nos es más que la expresión de las libertades socialmente aceptadas y que en cuyo ejercicio se logra el desarrollo pleno de cada individuo, evitando desde luego su abuso, a cuya razón debe intervenir los medios de control social y en última instancia el *ius puniendi* del Estado, es decir el hombre es libre en la medida que con esa libertad no dañe a sus semejantes, ahora tal discusión Ulpiana no resuelve, el asunto en cuestión, porque la pregunta está determinada, no en el sentido de que el derecho debe respetar la libertad de la persona humana, tal afirmación es evidente, la problemática se plantea al pretender responder a ¿cuando el hombre tiene la capacidad para ejercer tal libertad?, y los legisladores han tratado de dar respuesta a ello, fijando para tal efecto en la doctrina civil, dos tipos de capacidades jurídicas que es inherente a toda persona, la capacidad de goce<sup>4</sup>, que viene a ser aquella atribución por la cual la persona tiene el goce de sus derechos civiles, que se adquiere en la concepción en cuanto fuera aplicable y se consolida con el nacimiento, también tenemos la capacidad de ejercicio<sup>5</sup>, que es la facultad de tener el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y el cual se adquiere a los 18 años de edad. Conforme se puede observar el derecho declara las libertades del ser humano que se desprende de su esencia y dignidad más no las constituyen, o como señala SARTRE citado por Fernández Sessarego “La existencia implica libertad”<sup>6</sup>, sin embargo sólo permite su ejercicio a cierta edad determinada, en la cual tiene la conciencia para comprender la responsabilidad de sus actos y las consecuencias que acarrea el abuso de los mismos, basándose

---

<sup>4</sup> Es la capacidad genérica, de goce o de derecho, que constituye la posibilidad o potencialidad propia de las libertades subjetivas o aquella aptitud del hombre a ser titular de derechos y deberes. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La capacidad de goce ¿es posible su restricción legal?, Portal de Información y Opinión Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ubicado en: [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_8.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.PDF).

<sup>5</sup> Entendida como aquel ejercicio de hecho o de obrar de aquellos libertades reconocidos al hombre inherentes a la naturaleza humana, o idoneidad del sujeto a desplegar directamente su propia autonomía negocial y procesal. Ibidem.

<sup>6</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona, Ed. Normas Legales, 2da ed., Lima, 1995, pág. 98.

en ese fundamento, el legislador ha establecido la edad donde se permite el ejercicio de la autodeterminación sexual de la persona humana, equivocándose en la generalización, puesto que entre la adquisición del ejercicio de los derechos civiles que es un fenómeno social, que desde un criterio antiguo coincidía con la culminación de su instrucción básica y el inicio de la responsabilidad de coadyuvar en el sostenimiento económico del hogar, difiere del ejercicio de su libertad sexual<sup>7</sup> en que este es un fenómeno biológico que surge como consecuencia de los cambios hormonales-fisiológicos que sufre el cuerpo en el proceso de acondicionamiento para la procreación de seres de su misma especie, es indudable que ambos tienen un origen diferente y por lo cual merecen un tratamiento normativo singular, es entonces que reconocemos que resulta equivocado equiparar ambos procesos de la vida del ser humano, pues si bien la persona humana es un ente integral biopsicosocial, estos tres elementos de su complejidad personal tienen que ser comprendidos y abordados de acuerdo a la naturaleza del cual surgen.

En un tercer punto al tratarse lo referente a la libertad e indemnidad sexual, en el proyecto se hace alusión a lo señalado por el profesor José Luis CASTILLO ALVA, quien en su obra "Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales", define las dos perspectivas de la libertad sexual, la positiva que es la autodeterminación voluntaria y consciente de toda persona de realizar una relación sexual y la negativa que es la capacidad de negarse a tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. Por otra parte la indemnidad según CABANELLAS DE TORRES, es la condición o estado exento de padecer un mal en su persona o bienes<sup>8</sup>, y más específicamente la indemnidad sexual<sup>9</sup>, viene a ser "la manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser

---

<sup>7</sup> "La libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros". BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Delitos Contra la Libertad, Seguridad, Libertad Sexual, Honor y Estado Civil*. Ed. Ceura, Madrid, 1995, p. 179.

<sup>8</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Ed. Heliasta, 13ra ed. Buenos Aires, 2002, p. 202

<sup>9</sup> El delito de violación sexual de menor de catorce años de edad se encuentra previsto y sancionado en el artículo ciento setentitrés del Código Penal, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: "En el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad en ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el "futuro". De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues este carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente". (Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 63-2004. *La Libertad*. AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos/ ROBLES BRICEÑO, Meri Elizabeth. *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 243.)

humano tiene (...) a su libre desarrollo de la personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida<sup>10</sup>”, a decir del profesor BRAMONT ARIAS TORRES citando a Juan Busto Ramírez, la indemnidad sexual como bien jurídico protegido es “el libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores<sup>11</sup>”, esto porque para el caso de los menores edad señala el autor citado, la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro. En suma se trata de categorías distintas pero a la vez relacionadas entre sí, porque la integridad del ser humano no permite distinguir una del otro, sino que ambos son parte de la trama compleja de la humanidad. Sin embargo el proyecto Rebaza Martell, ha intentado convencernos que entre dichos conceptos existe una relación de género y especie, donde la libertad sexual es la primera y el indemnidad representa la segunda, nosotros diferimos de tal posición porque consideramos que la indemnidad por encima de estar ligado al concepto de libertad personal, derecho consagrado en el inc. 24 del Art. 2º de la Constitución Política, se condice mejor con el Inc. 1 del mencionado artículo, la que señala: “*Que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)*”. Concluyendo que la indemnidad deriva del derecho a la integridad psicosomática de todo individuo y no así del derecho a la libertad personal.

## **2.- LA PROBLEMÁTICA ABORDADA:**

Al abordar la problemática que se plantea remediar el proyecto, se hace mención inexorablemente a la Ley N° 28704, promulgada el 03 de abril del 2006, a partir del cual se deroga tácitamente el delito de seducción y se tipifica como delito de violación sexual toda relación de acceso carnal con menores de edad hasta los 18 años, sin duda la medida resultaba desproporcionada, pues recrudecía la legislación penal a alcances insospechados, volviendo la represión punitiva como *prima facie*, en la lucha contra la violencia sexual de menores de edad, negando

---

<sup>10</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 21.

<sup>11</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. San Marcos, ed. 4ta, Lima, 1998, p. 247.

aspectos reales como la convivencia o unión de hecho entre adolescentes no sólo en zonas rurales donde es una situación común sino en escenarios urbanos donde los jóvenes entran en contactos íntimos a edades relativamente tempranas y cuya penalización de sus necesidades biológicas propicia el ocultamiento que impide el acceso a métodos anticonceptivos para evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados.

Así, el proyecto Cabanillas alude la circunstancia del matrimonio de menores, previsto en el Art. 244° del Código Civil, por el cual los menores puede contraer nupcias, si cuentan con la licencia de su padres o en su defecto del juez de menores o familia como fundamento de la modificatoria propuesta, manifestando que Ley N° 28704 esta de cara contra la realidad. De lo aquí señalado se evidencia una vez más la disonancia de nuestras legislaciones civiles frente a las penales o viceversa, porque no se podría penalizar en un sistema jurídico normativo coherente el delito de violación sexual de menores entre los 14 a 18 años, sin que *per se*, se derogue este artículo del Código Civil, por oponerse abiertamente, al criterio de negar toda posibilidad de libertad sexual a los menores hasta los 18 años, incluso la norma civil genera un ficción jurídica al cesar la incapacidad de ejercicio en los menores de dieciséis años que hubieran contraído matrimonio, conforme los prescribe el Art. 46° del Catalogo Civil, que en otras palabras implica adquirir la mayoría de edad, es más el matrimonio conlleva implícito el deber de cohabitación, quiere decir, hacer vida en común, lo que lógicamente comprende el libre ejercicio sexual y de procreación, que el legislador habría negado, con dicha ley, porque la situación es grave, dado que el permiso obtenido de su padres o el juez para el matrimonio, no los eximiría de ser infractores de la ley penal en caso de ser ambos conyugues menores o de cometer el delito<sup>12</sup>, si el matrimonio se efectúa entre un menor y un persona que alcanzado su mayoría de edad, dado que una vez celebrado la boda existiría el impedimento e incluso de consumar como señalaban los antiguos el matrimonio, habría que esperar que los menores cumplieran los 18 años, y en caso de suscitarse la relación sexual, el conyugue sería pasible de sanción penal e incluso

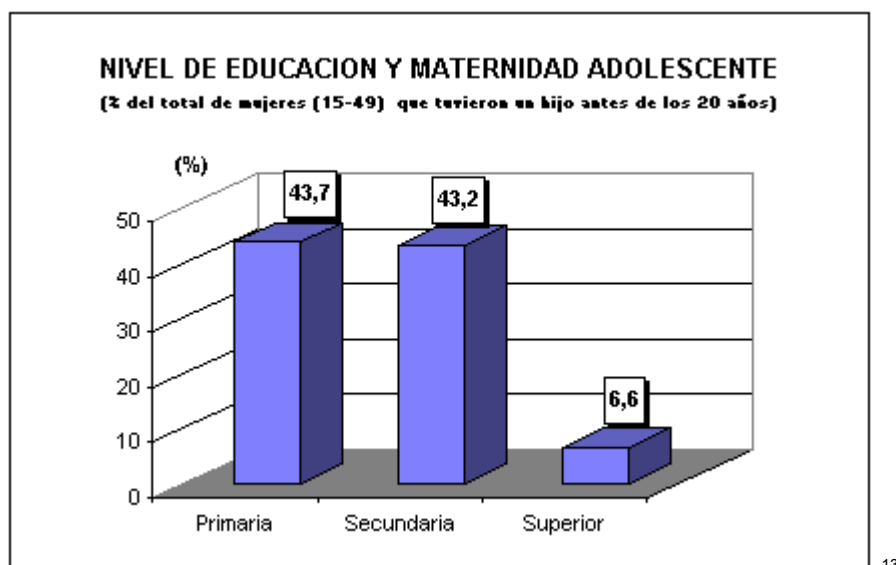
---

<sup>12</sup> *Se extingue la acción penal por el delito de violación de la libertad sexual con el matrimonio subsiguiente de la agraviada con el procesado. El matrimonio del impúber sólo es susceptible de anulabilidad, la misma que puede ser intentada después que el menor ha alcanzado la mayoría de edad. (Ejecutoria Suprema del 26/11/93, Exp. N° 180-93-B, Carmen Rojjasi, Ejecutorias Supremas, p. 266).*

aunque suene gracioso, los padres o el juez que presto el consentimiento o licencia para el matrimonio podría ser comprendido como participe en el proceso.

### 3.- LA DISCUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD E IDONEIDAD DE LA LEY N° 28704:

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



<sup>13</sup> La ausencia de bajos niveles de educación inherente a las condiciones de pobreza extrema, es uno de los factores subyacentes de la fecundidad precoz en el Perú. Las adolescentes con bajo nivel educativo están en mayor riesgo de convertirse en madres precoces, que sus pares con niveles educativos más altos, tanto en medio urbano como en medio rural. Según los datos de la encuesta, sólo la educación superior, grado que no todas las mujeres alcanzan, "protege" en mayor medida contra la fecundidad precoz. Mientras mayor sea el nivel educativo, menor es el riesgo de embarazo precoz. Ello puede estar ligado al hecho que las mujeres con estos niveles de educación tienen un proyecto de vida que las sustrae del matrimonio por un largo periodo siendo en consecuencia menos proclives a la fecundidad precoz. Tendencia de la Fecundidad Adolescente y Situación Socioeconómica de las Madres Adolescentes, Ubicación: <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0016/cap-01-4.htm>.

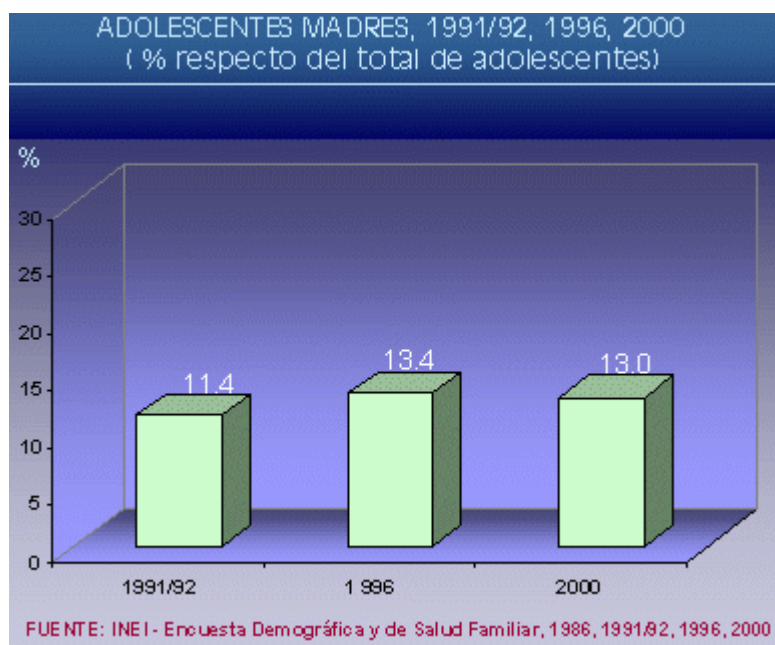
Como se puede observar en el presente cuadro los mayores índices de maternidad adolescentes se encuentran en personas con nivel educativo inicial frente a un número mínimo de aquellas que tiene formación superior, esto nos va reflejar dos realidades, el primero que la falta de educación es directamente proporcional al inicio de la relaciones sexuales y segundo el uso de métodos anticonceptivos es inversamente proporcional a las personas de bajos de nivel educativo.

En otro extremo, afirma José Luís CASTILLO, *que la necesidad se evidencia en la existencia de sustrato material del bien jurídico que justifique la extensión de los alcances de protección de un tipo penal*, obviamente se refiere a cifras o resultados de investigaciones que respalde la medida adoptada, la cuales son plausibles, sino solo basta ver lo informado por UNICEF en 1993, respecto a que el 60% de los embarazos en niñas de 12 a 14 años tiene su origen en el incesto o en la violación, constituyéndose en una manifestación extrema del abuso sexual. De otro lado, PATHFINDER señala que en un focus group, en 1998, 90% de los embarazos en niñas de 12 a 16 años atendidas en la Maternidad de Lima fueron consecuencia de violación, la mayor parte en el ambiente intrafamiliar<sup>14</sup>. Sin embargo, como vuelvo a repetir la pregunta no pasa por interrogarnos sobre si existe índices elevados de violación sexual de menores, sino ¿cual es la medida eficaz para combatirlos?, creemos desde esta humilde tribuna que la solución no se encuentra en los linderos del derecho penal, porque el incremento de las penas tiene un efecto adverso, dado que no se trata de reprimir la conducta de individuos psicológica o psiquiátricamente sanos, sino de enfermos que apelan al abuso de menores para satisfacer sus instintos, por lo que el efecto disuasivo de la pena como parte de su finalidad de prevención general negativa, no constituye la solución, ahora si me preguntan cual es la salida, responderé con total convencimiento, que tal como abundare en precisar en las conclusiones de este trabajo, que el tema pasa por fortalecer los primero espacios de sociabilidad de las personas, y proteger al menor de entornos familiares riesgosos, porque todo es parte de un circulo vicioso de violencia, donde el agresor es a la vez victima de las situaciones vividas en su niñez e infancia.

---

<sup>14</sup> TAVARA OROSCO, Luís. *Contribución de las Adolescentes a la Muerte Materna en el Perú*, UMSM [http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/Vol50\\_N2/a06\\_bib.htm](http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/Vol50_N2/a06_bib.htm).

En otro, ítems de la discusión crítica desarrollada por el profesor CASTILLO, que sirve de sustento doctrinario a la elaboración del proyecto, se señala que el legislador sólo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portado y el titular del bien no se encuentre en la capacidad cognoscitiva y valorativa de protegerlos, respetando la idea esgrimida por este ilustre estudioso del derecho, me permito apartarme de sus apreciaciones, porque si bien de un lado existe la necesidad biológica de permitir la relaciones sexuales consentidas a partir de ciertas edades, por otra tenemos que no se puede dar tal facultad de libre ejercicio de su sexualidad, estando los menores aún desprovistos de formación sexual que permita el uso responsable de tal libertad, muestra de dicha situación es la tasa de embarazo adolescente en los últimos años<sup>15</sup>:



Pese a que existe la prohibición expresa de la ley penal de sostener relaciones sexuales con menores, lo cierto es que ello se da en la sociedad y año a año se va incrementando sin que ninguna amenaza de pena pueda disminuirlo. En suma bajo el contexto reseñado pareciera que la Ley N° 28704, tuviera justificación desde una primera perspectiva, sin embargo la normas hasta la fecha no resulta

<sup>15</sup> El Programa Maternoperinatal del Ministerio de Salud informó que, en 1999, del total de gestantes, 23% corresponde a adolescentes entre 15 y 19 años. En tanto, ENDES 2000 encontró que 13% de las adolescentes peruanas entre 15 y 19 años ya es madre (11 %) o está gestando por primera vez (2 %). Singh S15 comunica que, en el Perú, 57% de mujeres casadas y solteras de 15 a 19 años tiene embarazos no planeados o no deseados.

No tenemos información exacta de cómo ha evolucionado la frecuencia de embarazos en adolescentes a nivel nacional; sin embargo, estamos informados de las cifras de la DISA Piura, en donde los registros de embarazadas de 15 a 19 años ha crecido en 20 a 22% entre los años 2001 y 2002; en tanto que, en ese mismo período, el registro de embarazadas de 10 a 14 años creció en un 60,2%, cifra realmente alarmante. TAVARA OROSCO, Luís, Op. Cit. p. 8.

idónea, porque la violencia sexual contra menores de edad sigue latente en todos los sectores sociales, lo único que ha permitido la vigencia de dicha norma es extender la represión punitiva a supuestos fácticos donde razonablemente se debe autorizar el inicio de la sexualidad como parte del desarrollo biológico de la vida.

### **3.- LAS CONCLUSIONES:**

A modo de conclusión sin pretender agotar la discusión sobre el tema debo señalar los aspectos centrales del análisis efectuado al proyecto:

- La técnica legislativa usada, divaga en su redacción y no es concreta en su propuesta respecto a las modificatorias del Art. 170°, 171° y 172° del Código Penal, la cual se debe corregirse, ya sea acogiendo nuestra propuesta, u otro mejor parecer.
- La modificatoria de los artículos sobre los delitos contra la libertad sexual, que incrementan las penas, no hace referencia a cual de ellas se refiere, es evidente que se trata de la pena privativa de libertad, empero en derecho penal nada se sobre entiende, por lo que debe ceñirse a la estricta observancia del principio de legalidad penal.
- Respecto a la abrogación del inciso tercero del Art. 173° del Código Penal, es pertinente precisar que si bien los 14 años de edad constituyen el inicio en la mujeres de la ovulación femenina, el criterio biológico debe ser contrastado con la perspectiva social, y lo cierto es que aunque se da situaciones de inicio sexual a esa edad, nuestra sociedad no se encuentra preparada para admitir el ejercicio de la libertad sexual de menores comprendidas en dichos estadios cronológicos, por una cuestión de moral social expresada en la sobreprotección de los padres y dependencia a los mismos, además de que conforme se ha evidenciado en el decurso del presente artículo el embarazo precoz y el contagio de enfermedades de transmisión sexual (ETS) es una consecuencia recurrente en aquellas parejas de inician a temprana edad su vida sexual.
- La lucha contra la violencia sexual contra menores de edad es un asunto que en primera instancia debe ser abordado por disciplinas meta penales, que procuren medidas a largo plazo de carácter preventivo, que reviertan la situación existente, como ya señalamos fortalecer los primeros espacios de

sociabilidad, donde se procure la indemnidad o intangibilidad sexual del menor, que pudiera alterar su libre desarrollo personal y la identificación de los factores de riesgo en el que pueden ser violentados, para que actué el Estado antes que ello se concrete son aspecto de capital importancia en la agenda de la solución de dicha problemática.

- Con el Proyecto Ley 1428-2006-CR, del 25 de junio de este año, se pretende dar un nuevo alcance al delito de seducción, medida que debe ir a la par, con la despenalización de las relaciones sexuales consentidas con menores comprendida entre los 16 a 18 años de edad, para reprimir así el supuesto del engaño como elemento perturbador del libre ejercicio de la autodeterminación sexual.
- En suma, toda reforma penal debe hacerse en base a los tres elementos de la dimensión jurídica del derecho, partiendo de la conducta humana o circunstancia fáctica reflejada en la sociedad, a la que se le debe dotarse de contenido axiológico mediante valores socialmente aceptados que sin distorsionar el criterio científico racional se complementen con las aspiraciones de justicia, para producto del cual surja la norma positiva, que se debe legitimar en su aplicación y eficacia.

#### **4.- EL PLANTEAMIENTO:**

Como ya he venido adelantando algunas consideraciones sobre el particular en líneas arriba, voy a tratar de sistematizar ello en este punto, en primer lugar no soy partidario de la represión extrema de la expresión biológica de nuestro ser, como es la sexualidad, el hombre es tanto más humano, cuando respeta su dignidad y esencia, por lo que creo que si debe haber apertura de nuestra legislación a permitir el inicio de la sexualidad a menores de edad, que libre y concientemente decidan sobre ella, mas sin embargo, la edad promedio que debiera establecerse, no me parece la de los 14 años, puesto en esa edad los menores generalmente recién se encuentra cursando el tercer grado de educación secundaria, y sin negar de que exista deseo sexual en ello, como Sigmund Freud señalaba en todo estadio de nuestra vida ya existe el instinto sexual (id o la libido), en unos con mayor intensidad que en otros, ella tiene que ser controlada con la construcción de un súper yo capaz de dominar dichos deseos hasta la etapa en que nos encontremos convencidos de su plena

realización y que contribuya a la par de nuestro desarrollo como persona, esa edad a mi parecer debería estar comprendida entre los 16 años, con ello corregiríamos las contradicciones surgidas con las disposiciones del Código Civil, sin dejar de reprimir por otra parte severamente la violencia o amenaza a la libertad sexual en esa edad, por que si bien se les otorga la facultad de direccionar sus destinos sexuales, la tutela del Estado, debe estar vigilante para evitar todo abuso de esa inexperiencia por lo mayores.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. ALCÁNTARA DE SAMANIEGO, Elsa. Salud productiva, pobreza y condición de vida en el Perú, Biblioteca INEI, <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/est/lib0078/indice.htm>, Lima, 1999.
2. BAJO FERNANDEZ, Miguel. Delitos Contra la Libertad, Seguridad, Libertad Sexual, Honor y Estado Civil. Ed. Ceura, Madrid, 1995.
3. BRAMONT ARIAS TORRES, Luís Alberto y otros. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Ed. San Marcos, ed. 4ta, Lima, 1998.
4. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, 13ra ed. Buenos Aires, 2002.
5. CASTILLO ALVA, José Luís. Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
6. Constitución Política del Estado de 1993, promulgada 29 de diciembre de 1993 y publicada el 30 de diciembre del 2007.
7. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona, Ed. Normas Legales, 2da ed., Lima, 1995.
8. INEI, Fecundidad Adolescente en el Perú: Determinación e implicancias socioeconómicas, <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0016/indice.htm>, Lima, 1998.
9. Ley N° 28704, que modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena, promulgada el 03 de abril del 2006.
10. TAVARA OROSCO, Luís. Contribución de las Adolescentes a la Muerte Materna en el Perú, UNMSM, <http://sisbib.unmsm.edu.pe>.
11. PORRAS VELAZCO, Angélica y otros. Análisis de las reformas penales que tipifican los delitos de explotación sexual comercial infantil, IPEC OIT, Quito, 2005.
12. Proyecto Ley N° 207-2006- CR, que modifica los Art. 170 y 173 del Código Penal, del 14 de setiembre del 2006.

13. Proyecto Ley N° 1055-2006- CR, que modifica los Art. 170, 171, 172, y 173 del Código Penal, del 07 de marzo del 2007.
14. Proyecto Ley N° 1428-2006-CR, Ley que modifica el Art. 175 del Código Penal, del 25 de junio del 2007.