

## UNA CRÍTICA A LAS NUEVAS TENDENCIAS SOBRE EL DERECHO A LA INDEMNIDAD SEXUAL

*Roxana Isabel Ramos León<sup>19</sup>*

### **RESUMEN**

*Con el presente artículo, lo que se pretende es hacer una breve reflexión sobre el respeto a la indemnidad sexual, actualmente orientada a las nuevas tendencias político criminales de la despenalización de las relaciones sexuales en menores de edad si es que éstas son realizadas con consentimiento. Así como establecer los criterios legales que fundamentan el tratamiento penal a esta conducta, realizada por adolescentes o, en su caso, hacia las mujeres adolescentes las que por su “libre consentimiento” se cree que ya se encuentran jurídicamente en la capacidad de asumir las consecuencias de sus actos en éste caso sexuales.*

### **I. INTRODUCCIÓN**

Se reconoce como Indemnidad Sexual a la protección de la intangibilidad sexual de personas que por decisión legislativa carecen de libertad sexual. Con éste término se busca proteger el desarrollo físico – psicológico sexual de estas personas a fin de que obtengan una madurez sexual adecuada y por ende convertirse en titulares del bien jurídico libertad sexual (menores, incapaces temporales), o proteger a aquellas personas privadas permanentemente de discernimiento sexual de acciones dirigidas a convertirlas en objetos sexuales.

---

<sup>19</sup> Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.

De otro modo, el delito tipificado en el artículo 173.3 del Código Penal, protege el libre desarrollo sexual del menor, en razón de que el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico en el futuro.

El artículo 173°, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10, del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

El Problema formulado es ¿Son razonables los fundamentos jurídicos que estipulan por control difuso los vocales de la Corte Suprema para despenalizar las relaciones sexuales en menores de edad?

Básicamente las fuentes de información son los acuerdos plenarios N° 7-2007 y N° 4-2008 sobre el Art. 173°.3 del Código Penal modificado por ley 28704.

## II. ACUERDO PLENARIO N° 7-2007

Este acuerdo trata sobre el alcance interpretativo del Art. 173.3 del Código Penal modificado por la ley 28704 para la determinación judicial de la pena, en donde se fundamenta para tal efecto el artículo 22° párrafo segundo del Código Penal el cual excluye el efecto atenuante en su párrafo inicial, tipo penal que describe la imputabilidad restringida por razón de la edad.

Por otro lado el Art. 173° inc. 3 del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesiva en relación a otros delitos similares. Al respecto se tiene presente la forma en que reconoce la doctrina y las jurisprudencias nacionales, el principio de proporcionalidad, de prohibición o de 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”, por consiguiente es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena cuando la proporcionalidad abstracta de ella no ha sido respetada por el legislador.

Tal es así, que a la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el Art. 173° inc. 3 incluso si se tiene en cuenta delitos de un indudable contenido de lo injusto tales como los delitos contra la vida es totalmente desproporcionado en su escala punitiva abstracta por consiguiente este pleno estima necesario jurisprudencias que orienten al legislador para la

aplicación de las penas de manera proporcional, concreta, adecuada y equitativa en base a las circunstancias de cada caso en particular.

Por otro lado si se asume la legislación con plena vigencia de los Artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la capacidad plena de las personas mayores de 18 años, y que las personas mayores de 16 años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta radica en mujeres menores de 14 años y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 16 y 18 años de edad es aplicable el Art. 20° inc. 10 del Código Penal que regula la institución del consentimiento.

Este pleno deja en claro que cuando el acceso carnal con una persona entre 14 y 18 años de edad no es voluntario y se hace con violencia o amenaza es de aplicación en toda su expresión punitiva el Art. 173° inc. 3 del Código Penal.

### **III. ACUERDO PLENARIO N° 4-2008**

En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a **(1)** la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; **(2)** la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, **(3)** el alcance del fundamento jurídico

undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo.

Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción–. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor– cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento

válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto.

#### **IV. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS PLENARIOS**

En el cumplimiento de los acuerdos plenarios arriba mencionados, a mi criterio el que es muy personal, pareciera que el legislador, está incitando a los adolescentes a gozar de autoridad sexual, sin responsabilidad, al tener éstos conocimiento que ” ya no está penado el tener relaciones sexuales a temprana edad”, en pocas palabras, ya no existe el freno legal para optar por preservar su indemnidad sexual hasta una edad prudente, donde exista una madurez biológica y psicológica, que permita hacer que una persona tome conciencia de sus actos y sea capaz de afrontar las consecuencias de los mismos, en el sentido que no sólo el acto sexual a temprana edad puede afectar psicológicamente a un adolescente provocándole la aparición de algunas patologías que alteren su capacidad, sino que tampoco es tomado en cuenta por el legislador el que éstos actos pueden acarrear consecuencias irreparables tales como el incremento de los embarazos en adolescentes, de abortos, de delincuencia y muertes maternas en éste grupo etario y por ende la contribución para la persistencia del subdesarrollo en nuestro país, ya que los adolescentes, se verían envueltos en frustraciones profesionales, pues al quedar embarazada una adolescente esto incrementaría la tendencia de estudios no concluidos y abandonos laborales, truncando para muchas, su aspiraciones profesionales y personales.

Resumiendo esto implicaría el que los adolescentes no puedan disfrutar de dos etapas fundamentales en su vida como son su adolescencia y su

juventud, para pasar obligatoriamente a una adultez forzada, haciendo cambios radicales en sus estilos de vida, exigiéndose a tomar decisiones y responsabilidades no acordes a su edad como es el de ser madres, porque, al dejar de estudiar, tendrían que trabajar para asumir sus necesidades económicas, y de igual manera para el adolescente varón que asume un rol de padre a una edad que no es psicológica ni biológicamente la más adecuada para orientar y guiar a su hijo, el que se profesa será el futuro de un país, el mismo que se privará de contar con un potencial recurso humano para su progreso y desarrollo.

## V. CONCLUSIÓN

Los fundamentos jurídicos que aplican por control difuso los vocales en la Corte Suprema sobre la despenalización de las relaciones sexuales a menores de edad con consentimiento, solo denotan un razonamiento netamente jurídico sin valorar criterios de otra índole que trasciendan en impactos de tipo biológico, psicológico y sociológico en la vida de los adolescentes de ambos sexos.

## VI. REFERENCIAS

- Peña Cabrera. Raúl. 1999. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Prado Saldarriaga. Víctor. 1995. *Derecho Penal. Parte General* (Materiales de enseñanza). Lima, Perú.
- Roxin Claus. 1993. *Determinación judicial de la pena*. Buenos aires: Editores del Puerto.

Villa Stein, Javier. 1998. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú:  
Editorial San Marcos.